



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Lesbisch ouderschap en het afstammingsrecht: een, twee of toch drie ouders?

Vonk, M.J.

Citation

Vonk, M. J. (2009). Lesbisch ouderschap en het afstammingsrecht: een, twee of toch drie ouders? *Tijdschrift Voor Familie- En Jeugdrecht*, 2009(11). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/29204>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/29204>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

LESBISCH OUDERSCHAP EN HET AFSTAMMINGSRECHT: EEN, TWEE OF TOCH DRIE OUDERS?

Machteld Vonk[♦]

Inleiding

De aandacht voor de juridische positie van kinderen die binnen een lesbische relatie worden geboren, is de afgelopen jaren nauwelijks verslapt. Toch is de vraag die ik in 2003 stelde in de titel van mijn artikel “Een, twee of drie ouders?” nog steeds niet overtuigend beantwoord.¹ De gelijkstelling van kinderen die opgroeien bij lesbische paren aan kinderen die opgroeien bij heteroparen is vergevorderd maar nog niet voltooid. Recentelijk is het adoptierecht gewijzigd om de adoptieregeling voor de niet-biologische moeder te versoepelen, maar wat nog steeds ontbreekt, is een adequate regeling in het afstammingsrecht. De vraag of zo’n regeling nodig is, en zo ja, hoe zo’n regeling eruit zo moeten zien is recent onderwerp geweest van twee op initiatief van de regering opgestelde rapporten: het rapport inzake lesbisch ouderschap van de Commissie Kalsbeek² en het recentere rapport inzake erkenning door de niet-biologische moeder en de positie van de bekende donor.³ In dit artikel komen deze beide rapporten aan de orde, waarbij aandacht zal worden besteed aan de voors en tegens van voorgestelde regelingen op het gebied van het afstammingsrecht.⁴ Daarnaast zal aandacht worden besteed aan alternatieven. Het artikel begint met een korte beschrijving van de huidige mogelijkheid voor de niet-biologische moeder om het juridische ouderschap te verwerven: de adoptie.

Juridisch ouderschap voor de niet-biologische moeder anno 2009

Op 1 januari 2009 is het adoptierecht aangepast om adoptie door de niet-biologische moeder eenvoudiger te maken en de juridische positie van het kind veilig te stellen wanneer een van de moeders komt te overlijden.⁵ De stand van zaken met betrekking tot niet-biologische moeder adoptie is nu als volgt: voor de adoptie door de niet-biologische moeder is niet langer vereist dat het lesbische paar voorafgaand aan

[♦] Machteld Vonk is werkzaam als docent/onderzoeker familierecht en rechtsvergelijking aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht. Teven is zij lid van het Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF).

¹ M.J. Vonk, “Een twee of drie ouders?” *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht*, nr. 6, 2003.

² Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport Lesbisch Ouderschap*, Ministerie van Justitie, 2007 (in de rest van het artikel wordt hier naar verwezen als *Rapport inzake lesbisch ouderschap*).

³ C. Forder, *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder*, *Kamerstukken II* 2008-2009 bijlage bij 30551, nr. 24.

⁴ De voorstellen met betrekking tot de beschikbaarheid van afstammingsgegevens zal in dit artikel buiten beschouwing blijven.

⁵ Wet verkorting adoptieprocedure en adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen, *Staatsblad* 2008, 425.

indiening van het verzoek enige jaren heeft samengewoond. Bovendien is het door de recente wetswijziging mogelijk om al voor de geboorte van het kind een verzoek tot adoptie in te dienen. Wordt dit verzoek na de geboorte toegewezen dan werkt de adoptie terug tot aan de geboorte. Dit kan problemen voorkomen als de geboortemoeder bijvoorbeeld bij de geboorte komt te overlijden, want ook dan, zo staat expliciet in de nieuwe regeling, kan de adoptie door de niet-biologische moeder worden uitgesproken. Wordt het adoptieverzoek niet voor de geboorte maar wel binnen 6 maanden na de geboorte ingediend, dan werkt de adoptie, indien het verzoek wordt toegewezen, terug tot op het moment van indiening van het verzoek.

Verder is er een onderscheid tussen bekende en onbekende donoren geïntroduceerd in de adoptiewetgeving. Indien gebruik is gemaakt van kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, van de Wet Donorgegevens⁶ en ter bevestiging hiervan een verklaring van de Stichting Donorgegevens kan worden overlegd,⁷ wordt het adoptieverzoek in beginsel toegewezen. Wanneer ondanks het kunnen overleggen van een degelijke verklaring de adoptie niet in het belang van het kind is of niet is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikelen 1:227 of 1:228 BW wordt het verzoek afgewezen. Is gebruik gemaakt van een bekende donor en kan er geen verklaring van de Stichting Donorgegevens worden overlegd, dan zal de rechter tijdens de adoptieprocedure moeten toetsen of het kind nog iets te verwachten heeft van de ouder met wie de relatie door de adoptie wordt verbroken (zoals nu ook het geval is).⁸ In de context van adoptie wordt onder ouder ook verstaan de donor met *family life*. Als blijkt dat het kind nu en in de toekomst niets meer van de betreffende ouder kan verwachten, mag de niet-biologische moeder adopteren. Of de niet-biologische moeder door adoptie juridisch ouder wil worden is uiteindelijk haar keuze; is ze niet van zins het kind te adopteren, dan kan zij daar niet toe worden gedwongen, ondanks haar verantwoordelijkheid voor het ontstaan van het kind.⁹

⁶Art 1c Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting

kunstmatige donorbevruchting: het beroeps-of bedrijfsmatig verrichten van handelingen, gericht op het anders dan op natuurlijke wijze tot stand komen van een zwangerschap met gebruikmaking van:

1. zaad van een ander dan de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de vrouw of
2. een eikel van een andere vrouw;

⁷ In artikel 2 lid 1 van het Reglement Stichting donorgegevens kunstmatige voortplanting staat dat de verrichter uiterlijk **60 weken** nadat kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden de volgende gegevens aan de Stichting moet toezenden: “a. de persoonsidentificerende gegevens van de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden; b. de datum waarop de donorbevruchting heeft plaatsgevonden; c. de medische, fysieke en sociale alsmede de persoonsidentificerende gegevens van de donor.” Het derde lid van artikel 2 bepaalt dat deze verplichting vervalt indien vaststaat dat als gevolg van de kunstmatige bevruchting geen kind is geboren. Het is gezien deze bepalingen maar zeer de vraag of de moeders bij een prenataal adoptieverzoek daadwerkelijk in bezit zijn van een verklaring van de Stichting donorgegevens.

⁸ Artikel 1:227 lid 3 BW.

⁹ De mannelijke levenspartner die met de verwekking van het kind heeft ingestemd kan hier wel toe worden gedwongen door de gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap artikel 1:207 BW.

De regelingen die gelden in het afstammingsrecht voor de mannelijke instemmende levensgezel van de moeder, op grond waarvan hij met haar toestemming kan erkennen of indien hij weigerachtig is de moeder en/of het kind zijn vaderschap gerechtelijk kunnen vaststellen, gelden voorts nog niet voor de vrouwelijke partner van de moeder, die toch ook als instemmende levensgezel kan worden beschouwd.

De strategie om gelijkstelling tussen kinderen van lesbische paren en kinderen van heteroseksuele paren via een versoepeling van de adoptieregeling te bewerkstelligen, is vanaf het begin af onderwerp geweest van kritiek. Tijdens de parlementaire behandeling van de huidige adoptieregeling heeft de Raad van State in zijn advies te kennen gegeven dat adoptie niet de juiste manier is om gestalte te geven aan het ouderschap van de niet-biologische moeder, maar dat dit eerder moet worden gezocht in een vorm van erkenning.¹⁰ Naar aanleiding van deze bevindingen en een daaropvolgend door Pechtold c.s. begin 2007 ingediende motie,¹¹ is in mei 2007 de Commissie Kalsbeek ingesteld met de opdracht om 'te bezien op welke andere wijze dan door adoptie [...] kan worden voorzien in een mogelijkheid voor de vrouwelijke partner van de moeder om op eenvoudige wijze ouder te worden van het kind geboren binnen de relatie van deze vrouw en de moeder'.¹²

Het rapport van de commissie Kalsbeek

Op 31 oktober 2007 heeft de Commissie Kalsbeek haar rapport uitgebracht. De Commissie was kort samengevat van mening dat het in ieder geval mogelijk moet worden voor een niet-biologische moeder om het kind van haar vrouwelijke partner te erkennen. De Commissie gaf echter geen antwoord op de vraag of ook het ouderschap van rechtswege mogelijk moet zijn indien het lesbische paar gehuwd is, hetgeen overigens niet betekent dat de Commissie in haar rapport geen aandacht aan de implicaties van deze mogelijkheid heeft besteed. De twee uitgangspunten die de Commissie heeft gehanteerd zijn enerzijds het belang van het kind bij een stabiele opvoedingssituatie en anderzijds het belang van het lesbische paar bij gelijke behandeling.

Het rapport van de Commissie betekende een grote stap voorwaarts in het streven naar een zo gunstig mogelijke juridische positie voor alle kinderen ongeacht de relatiestatus en sekse van hun *ouders*.¹³ Niettemin waren er voornamelijk bij de uitwerking van de belangen van de verschillende partijen wel enige kanttekeningen te plaatsen. Hier en daar werd soms een iets te eenvoudige voorstelling van zaken gegeven en een aantal belangrijke vragen met betrekking tot het kind en de biologische vader waren onderbelicht. Uit een door mij in april 2008 gepubliceerde analyse van het

¹⁰ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 551, nr. 4, p. 3.

¹¹ *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 800 VI, nr. 60.

¹² *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 551, nrs. 8 en 9.

¹³ Ouders in generieke zin. Zie voor meer informatie: M.J. Vonk, *Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch Law*, Intersentia, Antwerp – Oxford, 2007, p. 16.

rapport¹⁴ bleek dat de belangen van de bekende donor nadere aandacht verdiende.¹⁵ Een mening die door de minister werd gedeeld, zoals bleek uit zijn reactie op het rapport in de nazomer van 2008.

De reactie van de minister

In zijn reactie heeft de minister aangekondigd een wetsvoorstel te willen voorbereiden met de volgende strekking: lesbische partners die een huwelijk of een geregistreerd partnerschap met elkaar zijn aangegaan en gebruik hebben gemaakt van een *onbekende* donor, worden beide van rechtswege juridisch moeder van het kind dat binnen hun huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren. Dat ze gebruik hebben gemaakt van een onbekende donor zou moeten blijken uit een verklaring van de Stichting Donor Gegevens Kunstmatige Voortplanting.¹⁶ Voor lesbische paren die geen huwelijk of GP zijn aangegaan en lesbische paren die gebruik hebben gemaakt van een bekende donor, zal de mogelijkheid van erkenning door de niet-biologische moeder mogelijk worden gemaakt. Echter voordat de minister daadwerkelijk tot het indienen van een wetsvoorstel zou overgaan, wilde hij eerst dat nader onderzoek werd verricht naar de juridische positie van de bekende donor met *family life* en de rechten van het kind met betrekking tot zijn afstammingsgegevens.

Het rapport inzake erkenning en de bekende donor

In het rapport dat naar aanleiding van dit onderzoek inmiddels is verschenen,¹⁷ wordt een aantal aanbevelingen gedaan. Met betrekking tot de afstammingsgegevens van het kind wordt voorgesteld de gegevens van de biologische vader op te nemen in de geboorteakte van het kind. Dat lijkt geheel in lijn met de huidige tendens in de maatschappij en het recht.¹⁸ Aangezien dit artikel voornamelijk over de positie van de bekende donor en de niet-biologische moeder gaat, wordt hier verder niet op ingegaan. De tweede vraag die in het onderzoek aan bod is gekomen, betreft de vraag naar de

¹⁴ Zie voor een kritische analyse van het rapport M.J. Vonk, 'Duo-moeders en hun kinderen' In *Actuele ontwikkelingen in het familierecht UCERF reeks 2*, Ars Aequi, 2008. Digitaal beschikbaar via <http://igitur-archive.library.uu.nl/search/search.php>

¹⁵ Er is in het rapport weliswaar een korte sectie opgenomen over de positie van de biologische vader, maar daarin stelt de Commissie dat er "meestal geen problemen zijn tussen het lesbische paar en de biologische vader. De biologische vader krijgt de rol die hij voor ogen heeft en het lesbische paar bemoeilijkt hem niet in de uitoefening daarvan." *Rapport inzake lesbisch ouderschap*, p.

¹⁶ Een zelfde soort regeling als nu in de wet is opgenomen bij adoptie.

¹⁷ C. Forder, *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder*, *Kamerstukken II 2008-2009* bijlage bij 30551, nr. 24. In het onderzoek staan 2 vragen centraal: Wat is de rechtspositie van de biologische vader met familie- en gezinsleven in het licht van het EVRM, rekening houdend met de rechtspraak van het Europese Hof en de Hoge Raad? Inventariseer de eisen die de relevante internationale verdragen (IVRK, EVRM stellen aan het recht op afstammingsinformatie van het kind en de eisen die voortvloeien uit supranationale en nationale rechtspraak.

¹⁸ Voor een zeer recente rechtsvergelijkende studie naar het recht te weten van wie je afstamt met veel aandacht voor het mensenrechtelijk kader zie R. Blauwhoff, *Foundational Facts, Relative Truths: A comparative law study on children's rights to know their genetic origins*, Antwerp – Oxford: Intersentia 2009.

positie van de bekende donor met *family life* in het licht van het EVRM. Het antwoord op deze vraag bestaat uit twee delen: ten eerste wanneer is er sprake van *family life* tussen bekende donor en kind en ten tweede wat moeten de gevolgen daarvan zijn voor het afstammingsrecht? Deze vragen zijn op grond van 8 EVRM al grotendeels door de Hoge Raad beantwoord in de afgelopen jaren. Het bestaan van *family life* wordt relatief snel aangenomen waar moeder(s) en donor de intentie hadden om de donor een rol te laten spelen in het leven van het kind, en de donor na de geboorte van het kind vorm probeert te geven aan deze intentie. De tweede vraag betreft de consequenties die het bestaan van *family life* zou moeten hebben voor de bekende donor in het afstammingsrecht. Het *Rapport inzake erkenning en de bekende donor* beveelt aan de bekende donor met *family life* dezelfde positie te geven als de verwekker, zowel met betrekking tot de mogelijkheid om vervangende toestemming tot erkenning te verzoeken als met betrekking tot de mogelijkheid een door een derde gedane erkenning te laten vernietigen indien de donor niet in de gelegenheid is geweest om tijdig een verzoek om vervangende toestemming in te dienen. Dit idee is niet nieuw,¹⁹ en er is veel voor te zeggen om de bekende donor met *family life* dezelfde positie te geven als de verwekker, zeker waar zowel bij de moeders als bij de bekende donor voor de conceptie de intentie bestond om aan de bekende donor een ouderschapsrol in het leven van het kind te laten vervullen.²⁰

De voorstellen en aanbevelingen in combinatie: drie potentiële ouders waar er toch echt maar plaats is voor twee!

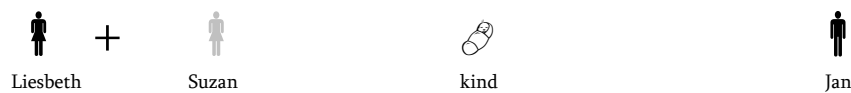
Voegen we de voorstellen van de minister op basis van het *Rapport inzake lesbisch ouderschap* met betrekking tot de juridische positie van de niet-biologische moeder en de aanbeveling uit het *Rapport inzake erkenning en de bekende donor* met betrekking tot de juridische positie van de bekende donor met *family life* samen, dan ontstaat het volgende beeld: De niet-biologische moeder krijg dezelfde positie als de mannelijke instemmende levensgezel in het afstammingsrecht en de bekende donor *met* krijgt dezelfde positie als de verwekker. Dit betekent dat in een aantal gevallen zowel de niet-biologische moeder als de bekende donor *met* aanspraak kan maken op bepaalde rechten (ontvankelijkheid bij verzoek om vervangende toestemming erkenning), maar ze ook beide aangesproken kunnen worden op bepaalde verplichtingen (bijvoorbeeld gerechtelijk vaststelling ouderschap en levensonderhoud op grond van 1:394 BW). Het afstammingsrecht zal in sommige gevallen drie potentiële ouders erkennen (geboortemoeder, niet-biologische moeder en bekende donor *met*), van wie er maar twee daadwerkelijk de status van juridisch ouder kunnen verkrijgen (geboortemoeder

¹⁹ Zie bijvoorbeeld M.J. Vonk, 'Een, twee of drie ouders', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* nr. 6 2003, en J.A. E. van Raak-Kuiper, 'De donor en zijn vaderrol, een roze wolk?' in *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht*, nr. 11, 2008.

²⁰ In mijn proefschrift *Children and their parents* uit 2007 heb ik bepleit om intentie naast (en niet louter in plaats van) genetische verwantschap als grondslag voor juridisch ouderschap aan te merken.

en de niet-biologische moeder *of* de bekende donor *met*).²¹ Waarschijnlijk zal zich in de meeste gevallen slecht één kandidaat melden voor erkenning of vervangende toestemming, maar als er zich conflicten voordoen, rijst natuurlijk de vraag wie van de twee kandidaten de meeste aanspraak kan maken op het juridische ouderschap en op grond waarvan dat zo zou moeten zijn. Daar kom ik later op terug.

In de praktijk komt dit er ongeveer zo uit te zien:



Liesbeth en Suzan hebben met behulp van hun goede vriend Jan een kind gekregen. Liesbeth en Suzan zijn al een aantal jaren getrouwd, maar omdat ze gebruik hebben gemaakt van een bekende donor, wordt Suzan niet van rechtswege de juridische moeder van het kind dat uit Liesbeth wordt geboren. Voor de conceptie van het kind was het de bedoeling van alle partijen dat Jan een rol van grote betekenis zou spelen in het leven van het kind. Hij is mee geweest naar de controles en zal ook bij de geboorte aanwezig zijn. Suzan krijgt er echter steeds meer moeite mee dat Jan een grote rol zal spelen in het leven van het kind en Liesbeth en Suzan besluiten dat Suzan het kind prenataal zal erkennen om Jan de pas af te snijden. Na de geboorte komt Jan erachter dat Suzan heeft erkend, hij is het hier niet mee eens en dient zelf een verzoek in om vervangende toestemming en vernietiging van de door Suzan gedane erkenning, omdat hij redelijkerwijs niet heeft kunnen erkennen.²² Bij de beoordeling van de door Jan ingediende verzoeken zal de rechter de verschillende belangen van de partijen tegen elkaar afwegen. Maar welke belangen moeten in deze afweging de doorslag geven? In het huidige recht, waarin een verzoek om vervangende toestemming alleen door een verwekker kan worden ingediend, is het uitgangspunt dat zowel kind als vader er belang bij hebben hun biologische relatie juridisch erkend te zien.²³ Alleen wanneer dit de verhouding tussen moeder en kind ernstig verstoort of wanneer de vervangende toestemming niet in het belang van het kind zou zijn, kan vervangende toestemming

²¹ Dit is nu ook al het geval bij de gerechtelijke vaststelling vaderschap waar zowel vaststelling van het vaderschap van de verwekker als van de instemmende levensgezel kan worden verzocht. Wanneer het kind alleen een moeder heeft kunnen moeder en kind kiezen wiens vaderschap wordt vastgesteld. Bij vervangende toestemming tot erkenning is voorsnog alleen de verwekker ontvankelijk en niet de instemmende levensgezel.

²² De Hoge Raad heeft aangegeven dat er twee situaties zijn waarin een verwekker een door een derde gedane erkenning zou kunnen aantasten, waarbij hier vooral de 2^e situatie van belang kan zijn: Indien de verwekker redelijkerwijs niet heeft kunnen erkennen, kan de door een derde gedane erkenning worden vernietigd indien de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van de verwekker bij de erkenning en de daartegenoverstaande belangen van de moeder – telkens in verband met de belangen van het kind – in redelijkheid niet tot het verlenen van toestemming aan de ander heeft kunnen komen. Hoge Raad 12 november 2004, *NJ*2005, 248.

²³ Hoge Raad 16 februari 2001, *NJ*2001, 248.

worden geweigerd. Ingeval er al een erkenning door een derde is gedaan met wie de moeder een bestendige relatie heeft, zal in beginsel eerst naar de aantastbaarheid van deze erkenning worden gekeken, voordat de rechter aan de beoordeling van het verzoek om vervangende toestemming toekomt. Waar echter geen vervangende toestemming kan worden verleend omdat dit niet in het belang van het kind is, zal de eerder gedane erkenning door de derde hoogstwaarschijnlijk niet worden aangetast.

Vraagt de bekende donor *met* vervangende toestemming tot erkenning voordat de niet-biologische moeder heeft kunnen erkennen, dan zal de niet-biologische moeder de beslissing van de rechter hierover af moeten wachten. Volgens vaste rechtspraak kan tijdens de procedure om vervangende toestemming, door de moeder geen geldige toestemming tot erkenning aan een derde (in dit geval de niet-biologische moeder) worden gegeven.²⁴ Wat uit deze voorbeelden duidelijk blijkt, is dat er een potentieel conflictueuze situatie wordt geschapen. De vraag is of dat voor de toekomstige verhoudingen tussen de partijen en de rol die zij in het leven van het kind willen spelen, de beste strategie is.

Een andere mogelijkheid

Een van consequenties van een wetswijziging die gelijktijdig de juridische positie van zowel de niet-biologische moeder als van de bekende donor *met* wil verstevigen is dat er naast de geboortemoeder *twee* potentiële ouders aanspraak kunnen maken op de status van juridisch ouder waar er maar plaats is voor een. Het is waarschijnlijk dat zich in de meeste gevallen geen problemen zullen voordoen en moeders en donor met elkaar tot overeenstemming komen over het ouderschap van het kind, maar zeker weten doen we dit niet. Des te belangrijker is het om waar zich wel problemen tussen de moeders en de donor voordoen, een regeling in de wet te hebben die conflictdempend werkt. Het kind moet hoe dan ook verder met deze drie ouders. De ouder die niet kan erkennen (dit kan of de niet-biologische moeder of de bekende donor zijn) heeft zeer waarschijnlijk wel *family life* met het kind, hetgeen betekent dat het kind ingevolge art. 1:377a BW een recht op omgang heeft met deze ouder.

Ik heb eerder in mijn proefschrift de volgende regeling voorgesteld: wanneer de moeders bij de geboorteaangifte een verklaring van de Stichting Donorgegevens kunnen overleggen of een verklaring van de bekende donor dat hij instemt met het moederschap van de niet-biologische moeder, dan komt het moederschap van de niet-biologische moeder van rechtswege tot stand.²⁵ Dit moet in ieder geval mogelijk zijn voor gehuwde duo-moeders en duo-moeders die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, maar het lijkt me ook een mogelijke regeling voor duo-moeders met een niet-geformaliseerde relatie. Het ouderschap van de niet-biologische moeder dat op deze

²⁴ Hoge Raad 31 mei 2002, *NJ*2002, 407.

²⁵ De minster heeft in zijn reactie op het *Rapport inzake lesbisch ouderschap* voorgesteld dat het moederschap van de gehuwde en geregistreerde niet-biologische moeder van rechtswege tot stand komt indien gebruik is gemaakt van kunstmatige voortplanting in de zin van de Wet Donorgegevens. *Kamerstukken II* 2007-2008, 30 551, nr. 22, p. 2.

wijze tot stand komt, kan later niet aangetast worden door de moeders zelf of de bekende donor, maar wel door het kind.²⁶

Wanneer geen verklaring van de Stichting of de bekende donor kan worden overlegd, zijn er verschillende mogelijkheden. Wanneer de moeders het ouderschap met de bekende donor willen delen, kan hij het kind met toestemming van de moeder erkennen.²⁷ Wanneer zowel de niet-biologische moeder als de bekende donor de tweede juridische ouder wil worden van het kind, lijkt ouderschap zonder tussenkomst van de rechter voor een van beiden moeilijk te bewerkstelligen. Het is dan zaak een regeling te ontwerpen waarbij de belangen van alle partijen tegen elkaar afgewogen een antwoord kan worden gegeven op de vraag of het juridisch ouderschap aan de niet-biologische moeder of aan de donor toekomt.²⁸ Anderzijds kan er ook voor worden gekozen, de dingen hun beloop te laten en te bezien wie het eerst gebruikt maakt van zijn recht om het juridisch ouderschap van het kind te claimen (zoals eigenlijk in het *Rapport inzake erkenning en de bekende donor* wordt voorgesteld). Mocht er voor deze strategie worden gekozen, dan is het zaak te zorgen dat bij een door de bekende donor geëntameerde procedure om vervangende toestemming, de niet-biologische moeder ook als belanghebbende wordt opgeroepen.

Feit blijft dat, welke oplossing er ook wordt gekozen voor de gevallen waarin de moeders en de bekende donor het niet met elkaar eens zijn, er vooralsnog geen helder standpunt is ingenomen over welke uitgangspunten de doorslag zou moeten geven bij het toekennen van juridisch ouderschap aan de niet-biologische moeder of de bekende donor. Daaraan ten grondslag ligt de fundamentele vraag wat het doel van het afstammingsrecht is en moet zijn in de toekomst en op grond van welke beginselen het juridisch ouderschap aan *ouders* wordt toegekend. Is de bedoeling van het afstammingsrecht aan te geven van wie een kind afstamt (genetische verwantschap) of willen we dat het afstammingsrecht aangeeft in welke familie een kind opgroeit (intentie/sociale werkelijkheid) of gaat het om een combinatie van beide factoren?²⁹ Vaak zullen beide samenvallen, maar soms ook niet. Ook waar ze niet samenvallen, kan het heel duidelijk zijn dat maar een van beide als grondslag kan dienen, bijvoorbeeld wanneer er een onbekende donor is gebruikt, of wanneer de bekende donor aangeeft geen ouderschapsintenties te hebben. Maar welke grondslag prevaleert wanneer zowel de donor als de niet-biologische moeder de intentie hebben om ouder te worden en hier

²⁶ Zie voor een bespreking van mogelijke problemen die bij de ontkenning van moederschap kunnen ontstaan M.J. Vonk 'Duo-moeders en hun kinderen' In *Actuele ontwikkelingen in het familierecht UCERF reeks 2*, Ars Aequi, 2008. Digitaal beschikbaar via <http://igitur-archive.library.uu.nl/search/search.php>

²⁷ Hier rijst natuurlijk de vraag of de geboortemoeder hiervoor toestemming nodig heeft van haar vrouwelijke echtgenoot of geregistreerd partner.

²⁸ Zolang wordt vastgehouden aan het maximum van twee juridische ouders zal een keuze moeten worden gemaakt.

²⁹ Asser p. 554. "In het afstammingsrecht wordt in beginsel aangesloten bij de natuurlijke afstamming van de biologische vader en de moeder die het kind baarde." Zie ook Rood-De Boer, 'Bespiegelingen over de grondslagen van het afstammingsrecht' in *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* nr. 7/8, 1991.

ook uitvoering aan geven: de biologische en zorgrelatie tussen bekende donor en het kind of de zorgrelatie tussen de niet-biologische moeder en het kind?³⁰ Het lijkt mij dat hier in eerste instantie de zorgrelatie tussen de niet-biologische moeder en het kind prevaleert, de bescherming van het gezin waarin het kind opgroeit, tenzij er duidelijk andere afspraken zijn gemaakt door de partijen of de bekende donor een substantieel aandeel in de verzorging van het kind heeft. Dit laat onverlet dat het kind recht heeft op omgang indien er sprake is van *family life* tussen kind en bekende donor.

Gevolgen voor het afstammingsrecht in bredere zin: een voorbeeld

Vragen naar de grondslagen en het doel van het afstammingsrecht spelen niet alleen een rol bij duo-moeders maar ook bij ander gezinsconstructies waarbij meerdere volwassenen betrokken zijn. De bovengenoemde voorstellen die de juridische positie van de niet-biologische moeder en de bekende donor te wijzingen, zullen consequenties hebben voor het afstammingsrecht in bredere zin. Wanneer bijvoorbeeld de bekende donor *met* gelijkgesteld wordt met de verwekker rijst ook de vraag of de verwekker gelijk moet worden gesteld aan de bekende donor *met*. Om dit probleem nader toe te lichten een casus met de eerder in dit artikel genoemde biologische vader Jan, maar dan nu in combinatie met een gehuwd heteroseksueel paar.³¹

Liesbeth is getrouwd met Kees. Op een zeker moment gaat ze een buitenechtelijke relatie aan met Jan. Ze raakt zwanger van Jan. Jan weet hiervan en wil graag de vader zijn van het kind van Liesbeth. Zij besluit echter terug te gaan naar Kees om samen met hem het kind op te voeden. Kees weet dat het kind dat Liesbeth draagt niet van hem is maar van Jan, toch wil hij het kind graag als zijn eigen kind opvoeden. Jan probeert op alle mogelijke manieren om iets van een juridische relatie te krijgen met het kind, maar dat lukt hem niet. Zelf zijn verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling wordt afgewezen. Het Hof betreurt het dat het Liesbeth en Kees niet kan dwingen het kind te vertellen dat Jan de vader is, maar het kan niets anders doen dan zeggen dat de houding van Liesbeth en Kees geen blijk geeft van goed ouderschap.

Bekende donor *met* = verwekker, maar is de verwekker ook gelijk aan de bekende donor *met*?

Het verschil in de rechtspositie van Jan, de biologische vader, in deze casus en de eerdere casus wordt veroorzaakt door het feit dat het ouderschap van de mannelijke echtgenoot van de geboortemoeder van rechtswege tot stand komt en het ouderschap van de vrouwelijke echtgenoot van de geboortemoeder niet. Er zijn zondermeer goede argumenten aan te voeren waarom het moederschap van de niet-biologische moeder in het geval van een bekende donor niet van rechtswege tot stand kan komen. Zo wordt op deze manier de mogelijkheid opgehouden om de bekende donor te laten erkennen

³⁰ Zeker waar het kind in twee gezinnen opgroeit, deels bij de geboortemoeder en haar vrouwelijke partner en deels bij de biologische vader en zijn mannelijke partner, zullen de belangenafwegingen complex zijn. Ook zaken als de gelijkheid tussen broertjes en zusjes die in hetzelfde gezin opgroeien, kunnen daarbij een rol spelen.

³¹ Een vergelijkbare zaak kwam niet al te lang geleden voor het Hof Den Haag, *LJ/NAZ6515*.

waar partijen het ouderschap willen delen.³² Bovendien sluit het afstammingsrecht daarmee aan bij de meest gebruikelijke situatie: het is zeer waarschijnlijk dat het overgrote deel van de gehuwde heteroparen kinderen krijgt zonder dat er een derde aan te pas komt, terwijl er bij lesbische paren *altijd* een derde bij de conceptie van het kind betrokken is. Maar is dit voldoende om zo'n groot onderscheid in de rechtspositie van Jan als verwekker en van Jan als bekende donor met *family life* te rechtvaardigen? Het is hierbij goed om in gedachten te houden dat de casus niet veel anders uit zou pakken als vaststond dan Jan als verwekker *family life* had met het kind.

Hoe nu verder?

De vraag naar de positie van de bekende donor *met*, de niet-biologische moeder en de verwekker kan eigenlijk pas goed worden beantwoord wanneer duidelijk is wat we in de toekomst in het afstammingsrecht geregeld willen zien. Wat tot nu toe helder is, is dat het afstammingsrecht regelt wie de *ouders* zijn van een kind. Maar wie kunnen *ouder* worden en op grond waarvan? En als meer dan twee mensen aan de gestelde eisen voldoen, kunnen het er dan ook meer dan twee zijn? Wanneer de laatste vraag ontkennend wordt beantwoord, moet er in het afstammingsrecht een keuze worden gemaakt tussen de niet-biologische moeder en de bekende donor *met*. Wanneer de moeders en de bekende donor het eens zijn, laten de beide besproken voorstellen de keuze aan de betrokkenen zelf. Dit is een verschil met de huidige adoptieregeling waar de rechter bepaalt of de niet-biologische moeder al dan niet de tweede juridische ouder van het kind kan worden indien er sprake is van *family life* tussen bekende donor en kind.

Zijn partijen het echter niet eens en ontstaan er conflicten over het juridisch ouderschap dan zal er in het afstammingsrecht een keuze gemaakt moeten worden tussen de niet-biologische moeder en de bekende donor. Het succes van een eventuele regeling wordt deels bepaald door de oplossingen die voor de conflictsituaties worden geboden. Een van de vereisten van zo'n oplossing moet zijn dat die conflictdempend in plaats van conflictverhogend werkt. Het lijkt me dat een dergelijke oplossing uitdraagt dat er talloze waardevolle vormen van *ouderschap* zijn, juridische ouderschap, sociaal ouderschap al dan niet gekoppeld aan gezag, sociaal ouderschap met een substantieel aandeel in de verzorging van het kind, sociaal ouderschap in de vorm van een kleinere of grotere omgangsregeling enzovoorts. Wanneer een kind opgroeit in een gezin met twee moeders en een bekende donor *met* die een meer of minder grote rol speelt in het leven van het kind, heeft een kind drie en misschien wel vier *ouders*, of het afstammingsrecht dat nou erkent of niet.

³² Zie bijvoorbeeld het artikel *Homovaders* in de Opzij van juli 2009.