

Afstamming ongeacht gerichtheid of geslacht ¹

door Kees Waaldijk ²

versie 7 januari 2015

verschenen in:

Ernee Loeb, Caroline Martens, Nora van Oostrom, Leo Vollebregt (red.), *Alle kleuren Jaap! Liber Amicorum ter gelegenheid van de 60e verjaardag van Jaap van Straaten*, z.p., z.j. (13 december 2014), p. 29-37, rechtwijis.nl/jcvslxla.

1. Weer iets minder rechtsongelijkheid

In 2014 zijn opnieuw enkele belangrijke en welkome stappen gezet ter beperking van het onderscheid dat het familierecht van oudsher placht te maken tussen heteroseksuele en homoseksuele relaties. De Duomoederwet, die op 1 april 2014 in werking trad,³ realiseert weer wat meer rechtsgelijkheid – en handhaaft nog steeds een laatste restje ongelijkheid. Dit is inmiddels een vast patroon, want ook vorige stappen (invoering geregistreerd partnerschap, invoering gezamenlijk gezag en gezamenlijke voogdij, openstelling huwelijk, openstelling adoptie, invoering gezamenlijk gezag van rechtswege, nadere regels inzake adoptie) verkleinden de rechtsongelijkheid telkens slechts een beetje.

¹ Een eerdere versie van de gedachten in deze bijdrage publiceerde de auteur in 2010 online als 'Reactie op concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap ten behoeve van de internetconsultatie van het Ministerie van Justitie'. Die reactie, die destijds ondanks voorafgaande verhelderende en inspirerende gesprekken met Jaap van Straaten toch deels tevergeefs bleef, is nog na te lezen via www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder en www.law.leidenuniv.nl/waaldijk.

² Hoogleraar *comparative sexual orientation law*, Universiteit Leiden.

³ Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480; zie ook het inwerkingtredingsbesluit van 20 maart 2014, *Stb.* 2014, 132.

Dat is jammer, want het zou zo goed geweest zijn als het proces van geleidelijke erkenning van homoseksualiteit in het Nederlandse recht nu eindelijk voltooid zou raken. Bij indiening van het wetsvoorstel in 2011 was er bovendien sprake van een mooi moment. Precies 200 jaar nadat de Franse wetgeving een einde maakte aan de criminalisering van homoseksuele handelingen in Nederland, precies 40 jaar nadat het Nederlandse Wetboek van Strafrecht een laatste antihomoseksuele bepaling (uit 1911) verloor, precies 20 jaar nadat de eerste Nederlandse wet werd aangenomen die discriminatie op grond van seksuele gerichtheid met zoveel woorden verbood, en precies 10 jaar nadat Nederland als eerste land het huwelijk ook openstelde voor gelijkgeslachtelijke paren, zou er dan ook volledige rechtsgelijkheid komen tussen kinderen die ter wereld komen in een hetero-gezin en kinderen die geboren worden in een lesbisch gezin.

Het is ook niet te rechtvaardigen dat er een laatste restje ongelijkheid blijft bestaan. Dit restje betreft immers een vorm van bevruchting (met zaad van een bekende donor of van een bereidwillige buitenrelationele verwekker) die zich niet alleen bij lesbische stellen voordoet, maar evenzeer bij hetero-stellen. De biologie biedt derhalve geen rechtvaardiging. De in de memorie van toelichting aangevoerde rechtvaardiging (zie hierna, onder 5) snijdt geen hout, omdat op een simpele wijze recht gedaan kan worden aan alle te beschermen belangen, zonder daarbij onderscheid te maken naar het geslacht van partner van de vrouw uit wie het kind geboren wordt. Die andere oplossing kan gevonden worden door rekening te houden met *prenatale erkenning*.

2. Meer wegen naar het moederschap

De Duomoederwet heeft enkele nieuwe mogelijkheden voor juridisch moederschap ingevoerd. De voornaamste daarvan zijn te vinden in art. 1:198, eerste lid, onder b, c en d.⁴ Dit lid luidt sinds 1 april 2014 als volgt:

1. Moeder van een kind is de vrouw:

a. uit wie het kind is geboren;

b. die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd of door een geregistreerd partnerschap is verbonden met de vrouw uit wie het kind is geboren, indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, sub 1, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en een door de stichting, bedoeld in die wet, ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is, tenzij de laatste zin

⁴ Tenzij anders gespecificeerd, betreffen verwijzingen naar wetsartikelen hier steeds Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

van dit onderdeel of de eerste zin van artikel 199, onder b, geldt. De verklaring dient bij de aangifte van de geboorte te worden overgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en werkt terug tot aan de geboorte van het kind. Indien het huwelijk of geregistreerd partnerschap na de kunstmatige donorbevruchting en voor de geboorte van het kind is ontbonden door de dood van de echtgenote of geregistreerde partner van de vrouw uit wie het kind is geboren, is de overleden echtgenote of geregistreerde partner eveneens moeder van het kind als de voornoemde verklaring wordt overgelegd bij de aangifte van de geboorte van het kind, zelfs indien de vrouw uit wie het kind is geboren was hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren;

c. die het kind heeft erkend;

d. wier ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of

e. die het kind heeft geadopteerd.

Dat het moeizame nieuwe onderdeel b veel eenvoudiger kan en moet, zal ik hieronder laten zien.

3. Erkenning van een kind van een gehuwde vrouw

In de memorie van toelichting werd, na een korte aanduiding van de nieuwe mogelijkheid van het moederschap van rechtswege, gesteld: ‘In alle andere gevallen kan de duomoeder het kind erkennen’.⁵ Dat impliceert dat een kind dat staande een lesbisch huwelijk wordt geboren, maar niet dankzij een onbekende donor, erkend kan worden door de duomoeder. Dat moet inderdaad kunnen.

Verderop in de memorie van toelichting (p. 7) viel te lezen dat het (in geval van een lesbisch echtpaar en een bekende donor) wenselijk is ‘aan de moeder, de duomoeder en de biologische vader de keuze te laten of de biologische vader de juridische ouder van het kind zal zijn’. Dat zal dan door erkenning kunnen gebeuren. En ook dat moet inderdaad kunnen.

Het zal in beide gevallen dan gaan om erkenning van het kind van een gehuwde vrouw. In de literatuur is wel eens aangenomen dat een kind van een gehuwde vrouw niet erkend kan worden. Die aanname is naar mijn mening echter onjuist, omdat art. 1:204, eerste lid, zich slechts verzet tegen erkenning ‘terwijl er twee ouders zijn’.⁶ Een ongebooren niet-erkend kind heeft ook in een huwelijk of

⁵ *Kamerstukken II 2011/12, 33032, 3, p. 2.*

⁶ Sinds 1 april 2014 staat dat in art. 1:204, eerste lid, onder e. Daarvoor stond het onder f, en werd onder e nog rechterlijke toestemming vereist voor erkenning door een ‘met een andere vrouw gehuwd man’. Zie de Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie

geregistreerd partnerschap slechts één ouder, want in art. 1:199, onder a, en 1:198, eerste lid, onder b, is nadrukkelijk sprake van het ‘tijdstip van geboorte’ bij het aanwijzen van de tweede ouder van het kind. En dat kind kan volgens mij ook niet als ‘reeds geboren aangemerkt’ worden op grond van art. 1:2, omdat het niet altijd in het belang van dat kind zal zijn om de echtgenoot of geregistreerde partner van zwangere vrouw van rechtswege tot tweede ouder te krijgen.

4. Prenatale erkenning

Zorgvuldige ongehuwde ouders zorgen ervoor dat het kind al voor geboorte erkend wordt. (Tot 1 april 2014 werd deze proactieve zorgvuldigheid ook gevegd van geregistreerde partners, maar art. 1:199, onder a, bepaalt nu dat ook in een geregistreerd partnerschap de man van rechtswege vader wordt.⁷)

Prenatale erkenning heeft diverse voordelen boven postnatale, bijvoorbeeld wat betreft de aangifte door de partner van de barendende vrouw, en ook wat betreft het nationaliteitsrecht. Ook kan tijdige prenatale erkenning grote problemen voorkomen indien er tijdens of kort na de zwangerschap problemen ontstaan in de relatie tussen de ouders, of indien het kind met een beperking wordt geboren waar de partner van de moeder voor terugdeinst. En in ieder geval biedt prenatale erkenning het kind vanaf het moment van geboorte maximale rechtszekerheid.

De Duomoederwet maakt het mogelijk dat een kind erkend kan worden door een vrouw (veelal de duomoeder). Ook die erkenning zou idealiter prenataal moeten plaats vinden. En dat kan, niets in de wet verzet zich ertegen.

Nu het inderdaad mogelijk is om een kind van een gehuwde (of als partner geregistreerde) vrouw te erkennen (zie hierboven, onder 3), en om dit prenataal te doen, ontstaat overigens wel een ingewikkeldheid. Stel dat de erkenner niet de partner is van de zwangere vrouw, zou de notaris of de ambtenaar van de burgerlijke stand dan niet eerst moeten navragen of de prenatale erkenning misschien afbreuk zou doen aan een ouderschapsverwachting van de huwelijkse of geregistreerde partner (m/v) van de zwangere vrouw? Pleitbaar is dat die vraag alleen al op grond van het recht op bescherming van *family life* in art. 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens bevestigend moet worden beantwoord. Het zou naar mijn mening de wetgever sieren dat ook in de wet vast te leggen: prenatale erkenning alleen met instemming van de echtgenoot of geregistreerde partner van de zwangere. In art. 1:204, eerste lid, zou daartoe een nieuw onderdeel moeten worden toegevoegd met een nieuwe voorwaarde voor erkenning in gevallen waarin het kind nog niet geboren is: die

van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2013, 486, en het inwerkingtredingsbesluit van 20 maart 2014, *Stb.* 2014, 134.

⁷ Zie de in de vorige noot genoemde wijzigingswet.

erkenning moet dan niet mogen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de echtgenoot of geregistreerde partner van de zwangere vrouw.

5. Onderscheid wat betreft de weg van het zaad

De hierboven geschetste mogelijkheden van prenatale erkenning staande huwelijk of geregistreerd partnerschap, laten zich verder doordenken. En daarbij blijkt dan dat de terughoudendheid van de wetgever bij het opstellen van de Duomoederwet niet gerechtvaardigd is.

De Duomoederwet elimineert vrijwel alle overgebleven afstammingsrechtelijke verschillen tussen de relatie van twee vrouwen en de relatie van een vrouw en een man. Dat is welkom om tenminste drie redenen. Dergelijke verschillen maken het familierecht nodeloos complex en moeilijk te doorgronden. Door dergelijke verschillen genieten kinderen die ter wereld komen in het gezin van twee vrouwen tijdelijk of permanent een geringere rechtszekerheid dan kinderen in een hetero-gezin. En dergelijke verschillen zijn krenkend voor lesbische vrouwen.

Tegelijkertijd laat de wet één belangrijk verschil bestaan, namelijk dat er in geval van een lesbisch huwelijk of lesbisch geregistreerd partnerschap geen tweede moederschap van rechtswege ontstaat, indien het kind niet geboren is dankzij zaad van een onbekende donor. Het is de vraag of dat verschil zich laat rechtvaardigen. De rechtvaardiging die de memorie van toelichting aanvoerde (p. 7) was, zoals al aangestipt, dat de betrokkenheid van een derde (de biologische vader van het kind) dan regel is, en dat de moeder doorgaans met die biologische vader afspraken zal hebben gemaakt over zijn rol in het leven van het kind. En dat het wenselijk is in die gevallen ‘aan de moeder, de duomoeder en de biologische vader de keuze te laten, dat de biologische vader de juridische ouder van het kind zal zijn.’ Dat is allemaal juist, maar deze redenering noopt er niet toe om dan toch onderscheid te blijven maken tussen de positie van kinderen die bij twee gehuwde vrouwen worden geboren, en kinderen die in het huwelijk van een man en een vrouw worden geboren. Immers, moeder, duomoeder en biologische vader kunnen er gezamenlijk altijd voor zorgen dat laatstgenoemde het juridisch vaderschap verwerft door prenatale erkenning.

Indien die mogelijkheid expliciet wordt vastgelegd in art. 1:198, eerste lid, dan is het niet langer nodig om onderscheid te maken tussen kinderen die geboren worden dankzij een onbekende donor enerzijds, en kinderen die geboren worden dankzij een andere vorm van bevruchting anderzijds. Art. 1:198, eerste lid, onder b, zou dan kunnen bepalen dat moeder is de vrouw: ‘die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd of door een geregistreerd partnerschap is verbonden met de vrouw uit wie het kind is geboren, tenzij het kind voor de geboorte is erkend door een ander’. Zoals hierboven betoogd, moet toch al in art.

1:204, eerste lid, vastgelegd worden dat een dergelijke prenatale erkenning de toestemming vereist van de echtgenoot of geregistreerde partner van de zwangere vrouw.

Met deze wijziging zou er niet langer onderscheid gemaakt worden naar de wegen waarlangs de vrouwen zaad hebben gevonden. Indien ook in art. 1:199, onder a, expliciet wordt vastgelegd dat het vaderschap van echtgenoot of geregistreerde partner alleen van rechtswege tot stand komt indien het kind niet al prenataal is erkend, dan wordt er helemaal geen onderscheid meer gemaakt tussen kinderen die geboren worden bij twee vrouwen en kinderen die geboren worden bij een vrouw en man.

Een dergelijk stelsel biedt alle betrokken volwassenen het voordeel dat zij gedurende negen maanden een keuzemogelijkheid hebben, terwijl tegelijkertijd de rechtszekerheid van het kind beter gegarandeerd is, doordat het vanaf het moment van geboorte altijd in beginsel twee juridische ouders zal hebben.

6. Andere voordelen van de hier voorgestelde gerichtheids-neutrale afstammingsregels

De hier voorgestelde uitbreiding van ouderschap van rechtswege, die iets verder gaat dan de Duomoederwet die op 1 april 2014 in werking trad, zou het familierecht niet alleen minder discriminerend, maar ook weer een stukje minder ingewikkeld maken.⁸ Tevens zou eindelijk helemaal buiten twijfel komen te staan dat ook het kind van een gehuwde vrouw erkend kan worden, ook prenataal. En dat prenatale erkenning instemming vergt van de huwelijkse of geregistreerde partner van de zwangere vrouw.

Bovendien zou een omissie van de Duomoederwet ondervangen worden. Die wet heeft namelijk niet voorzien in een regeling voor het geval dat het kind wél is verwekt dankzij een onbekende donor, maar de bedoelde verklaring niet wordt overgelegd bij aangifte. Dit lijkt nu te impliceren dat in dat geval het kind slechts één moeder zal hebben. Dat gevolg zou naar mijn mening onwenselijk zijn indien de verklaring zoek geraakt is of vergeten is door degene die aangifte komt doen. Complexer is de situatie die ontstaat wanneer iemand anders dan de twee vrouwen aangifte doet (iets wat soms kan op grond van art. 1:19e, derde lid), en die persoon daarbij niet op de hoogte is van het bestaan van de verklaring, of opzettelijk de verklaring niet overlegt. Nog dramatischer kan het

⁸ Dat de huidige moeilijk leesbare chaos in de Nederlandse familiewetgeving voor een deel te wijten is aan de aanhoudende terughoudendheid waarmee de Nederlandse wetgever is tegemoetgekomen aan de roep om meer rechtsgelijkheid bij geslachtsgelijkheid, heb ik al betoogd in mijn preadvies 'Partnerschapsregistratie en huwelijk: toenemende rechtsgelijkheid voor geslachtsgelijke partners en hun kinderen', in: Lenters, H. e.a., *De familie geregeld?*, Lelystad: Vermande 2000, p. 179-180. Dat dat preadvies voor de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie mede tot stand kwam na verhelderende en inspirerende gesprekken met Jaap van Straaten, mag ook hier vermeld worden.

zijn als één van beide vrouwen opzettelijk de verklaring niet overlegt bij de aangifte, om daarmee te bewerkstelligen dat zij zelf of haar partner toch niet de tweede moeder van het kind wordt. Dat kan allemaal voorkomen worden door in art. 1:198, eerste lid, onder b, het moederschap van rechtswege niet langer te beperken tot gevallen waarin er een verklaring is omtrent de onbekendheid van de donor.

En als die beperking dan inderdaad opgeheven wordt, dan kan het hele afstammingsrecht zelfs geslachts-neutraal – en dus korter – worden geformuleerd. Onder meer art. 1:198 en 1:199 kunnen dan in elkaar geschoven worden. Afgezien van de moeilijke gevallen waarin de relatie kort voor de geboorte tot een einde is gekomen,⁹ en die beter in een apart artikel kunnen, kan dan één leesbaar artikel de kern van het afstammingsrecht formuleren:

Ouder van een kind is de persoon:

a. uit wie het kind is geboren;

b. die het kind heeft erkend;

c. die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd of door een geregistreerd partnerschap is verbonden met de persoon uit wie het kind is geboren, tenzij het kind voor de geboorte is erkend door een ander;

d. van wie het ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of

e. die het kind heeft geadopteerd.

Een dergelijk geslachts-neutrale en gerichtheids-neutrale bepaling is overigens ook wenselijk om een andere reden. Voor juridische geslachtsverandering is sinds kort – terecht – niet langer vereist is dat betrokkene ‘nimmer meer in staat zal zijn kinderen te baren’ of ‘nimmer meer in staat zal zijn kinderen te verwekken’, zoals art. 1:28, eerste lid, tot 1 juli 2014 nog bepaalde.¹⁰ Kortom, nu ook vruchtbare transgenders juridisch van geslacht kunnen veranderen, is het volgens mij helemaal niet meer houdbaar dat het afstammingsrecht nog steeds – nodeloos – onderscheid maakt naar seksuele gerichtheid en geslacht.

⁹ Zie art. 1:198, eerste lid, onder b, en tweede lid; art. 1:199, onder b.

¹⁰ Art. 1:28 is gewijzigd bij Wet van 18 december 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte, *Stb.* 2014, 1; zie ook het inwerkingtredingsbesluit van 19 juni 2014, *Stb.* 2014, 222.