



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Daar is de bekende donor weer: gaan we polderen of zetten we hem voorgoed buiten de deur?

Vonk, M.J.; Boer M. de, Wijers M.

Citation

Vonk, M. J. (2009). Daar is de bekende donor weer: gaan we polderen of zetten we hem voorgoed buiten de deur? In W. M. Boer M. de (Ed.), *Vrouw en recht: de beweging, de mensen, de issues*. Amsterdam: Amsterdam University Press. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/29277>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/29277>

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

Daar is de bekende donor weer! Gaan we polderen of zetten we hem voorgoed buiten de deur?

Machteld Vonk¹

De juridische positie van mee-moeders wordt eindelijk in het afstammingsrecht geregeld! Als het aan de regering ligt, wordt de mee-moeder die met de geboortemoeder is getrouwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan binnenkort van rechtswege juridisch ouder van de kinderen die binnen hun relatie worden geboren. Ongehuwde mee-moeders krijgen de mogelijkheid om het kind van hun vrouwelijke partner te erkennen. Dat klinkt prachtig, maar wat gebeurt er in dit verhaal met de bekende donor? De regering vindt dat er rekening gehouden moet worden met zijn bedoelingen. Op zich een prijzenswaardig streven, maar het antwoord op de vraag hoe en wanneer met die bedoelingen rekening wordt gehouden is bepalend voor het succes van de door de regering voorgestelde regeling. Als er om de haverklap *family-life* wordt aangenomen tussen bekende donor en kind, waardoor de mee-moeder alsnog geen juridisch ouder kan worden, heeft het invoeren van een dergelijke regeling helemaal geen zin!

1. De situatie nu

Uit recente schattingen blijkt dat er in Nederland in 2008 zo'n 4.600 gezinnen zijn met ouders van hetzelfde geslacht.² Het overgrote deel van deze gezinnen bestaat uit duo-moeder gezinnen. Het is dus niet zo gek dat de (ongunstige) juridische positie van kinderen die binnen een lesbische relatie worden geboren een punt van discussie is. Sinds de invoering van het geregistreerd partnerschap en later de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht, is er discussie geweest over de positie van kinderen in gelijkgeslachtelijke relaties. Waar er in eerste instantie niets was geregeld met betrekking tot juridisch ouderschap en gezag, omdat men er vreemd genoeg vanuit ging dat er in zulke relaties geen kinderen opgroeiden, is er sinds die tijd steeds gesleuteld aan het recht met betrekking tot ouder-kind relaties om juridisch handen en voeten te geven aan het feitelijke ouderschap van de mee-moeder. Zo werd het in 2001 mogelijk voor paren van hetzelfde geslacht om elkaars kinderen te adopteren en werd in 2002 het gezagsrecht zodanig gewijzigd dat gehuwde en geregistreerd lesbische paren van rechtswege gezamenlijk gezag krijgen over de kinderen die binnen hun relatie worden geboren, mits de kinderen niet voor de geboorte door een derde zijn erkend. Lesbische paren die geen geformaliseerde relatie zijn aangegaan kunnen via de rechter het gezamenlijk gezag verkrijgen.

Vooralsnog bestaat er echter geen regeling voor het juridisch moederschap van de mee-moeder via het afstammingsrecht. Een mee-moeder die juridisch ouder wil worden, zal moeten adopteren. De adoptieregeling voor mee-moeders is recentelijk (1 januari 2009) versoepeld. Voor de adoptie door de mee-moeder is niet vereist dat het paar een huwelijk of een geregistreerd partnerschap is aangegaan of dat zij voorafgaand aan indiening van het verzoek enige jaren hebben samengewoond. Bovendien is het nu 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 kan de adoptie worden uitgesproken. Wordt het adoptieverzoek niet voor de geboorte maar wel

¹ Machteld Vonk is als universitair onderzoeker/docent werkzaam bij het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht.

² P. Boekhoorn en T. de Jong, *Gezinnen van de toekomst*, Equality, 2008.

binnen 6 maanden na de geboorte ingediend, dan werkt de adoptie terug tot op het moment van indiending van het verzoek.

Bovendien is er een onderscheid tussen bekende en onbekende donoren geïntroduceerd in de adoptiewetgeving. Indien het kind is of wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en de ouder en het kind door en tengevolge van kunstmatige donorbevruchting³ is verwekt en een door de Stichting Donorgegevens ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring wordt overgelegd, wordt het verzoek toegewezen, tenzij de adoptie kennelijk niet in het belang van het kind is of niet is voldaan aan de wettelijke voorwaarden. Is er gebruik gemaakt van een bekende donor, en kan er (dus) 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. 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 mee-moeder adopteren. Of de mee-moeder wil adopteren is uiteindelijk haar keuze; is ze niet van plan het kind te adopteren, dan kan zij daar niet toe worden gedwongen, ook niet wanneer ze uitdrukkelijk heeft ingestemd met de conceptie van het kind.

Tijdens de behandeling van dit adoptiewetsvoorstel in de Tweede Kamer is begin 2007 door Pechtold c.s. een motie ingediend met de strekking dat de juridische bescherming van een kind dat opgroeit bij een lesbisch paar op eenzelfde eenvoudige wijze geregeld zou moeten worden als die van een kind dat wordt geboren bij een heteroseksueel paar. Deze motie is aanleiding geweest voor het instellen van de Commissie Kalsbeek in mei 2007. Er was al eerder discussie geweest over de vraag of adoptie de juiste manier is om het ouderschap van de mee-moeder vorm te geven. Adoptie is in eerste instantie een kindbeschermingsmaatregel. De Raad van State had in haar advies bij het adoptiewetsvoorstel ook al geopperd dat er voor de mee-moeder ouderschap anders dan door adoptie tot stand zou moeten kunnen komen.

2. De Commissie Kalsbeek

De Commissie heeft bij het onderzoeken van de mogelijkheden voor het juridische ouderschap van de mee-moeder twee uitgangspunten gehanteerd:

- Enerzijds het feit dat het kind gebaat is bij een stabiele opvoedingssituatie en bescherming van het feitelijke reële gezinsleven. Daarbij is ervan uit gegaan dat het voor een kind optimaal is om twee juridische ouders te hebben.
- Anderzijds de gelijke behandeling van heteroseksuele en homoseksuele paren. Wat voor vorm deze gelijke behandeling in het afstammingsrecht aan kan nemen hangt er vanaf of men het afstammingsrecht vanuit het sociaal ouderschap benadert of vanuit het biologische ouderschap.

De Commissie stelt dat het feit dat het huidige Nederlandse afstammingsrecht op biologisch ouderschap is gebaseerd niet wegneemt dat het sociale ouderschap en het feitelijke gezinsleven van twee vrouwen juridische bescherming behoeft, met name gelet op de belangen van de kinderen.

³ Art 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 eicel van een andere vrouw;”

In het rapport wordt geconcludeerd dat het voor de mee-moeder in ieder geval mogelijk moet worden om het kind van haar vrouwelijke partner te erkennen met haar toestemming. Als ze geen toestemming krijgt, moet ze vervangende toestemming kunnen vragen. Bovendien kan haar ouderschap gerechtelijk worden vastgesteld, op dezelfde wijze als dat kan ten aanzien van een man die heeft ingestemd met de verwekking van een kind bij zijn vrouwelijke partner met het zaad van een derde. Dit betekent dat het juridisch ouderschap niet langer alleen een keuzemogelijkheid is, maar dat het ook tegen de wil van de mee-moeder kan worden vastgesteld. Ook ontstaat er voor de samenwonende mee-moeder die geen gezag en geen juridisch ouderschap heeft een onderhoudsverplichting ten opzichte van het met haar instemming verwekte kind tijdens en na de relatie. De Commissie heeft in haar rapport overigens weinig aandacht besteed aan de positie van de bekende donor in een eventuele nieuwe regeling en het recht van het kind op afstammingskennis.⁴ Bovendien heeft de Commissie geen uitspraak gedaan over de wenselijkheid van ouderschap van rechtswege voor de gehuwde mee-moeder. De enige kanttekening die ze bij een eventuele ‘mee-moederschapspresumptie’ plaatst is dat er onduidelijk zou kunnen ontstaan over de vraag wie van de beide vrouwen het kind gebaard heeft. Dit probleem zou opgelost kunnen worden door op de akte te vermelden wie van de beide vrouwen het kind heeft gebaard.

3. De reactie van de minister op het rapport

De minister heeft in augustus 2008 zijn reactie op het rapport gegeven. Hij zal een wetsvoorstel voorbereiden en daarbij op hoofdlijnen de aanbevelingen van de Commissie Kalsbeek overnemen. In de uitwerking van het wetsvoorstel zal het belang van het kind centraal staan. Voor gehuwde of geregistreerde lesbische paren die gebruik hebben gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (doorgaans een onbekende donor), wordt het ouderschap van rechtswege geïntroduceerd. Het punt van de biologische vader met *family life* speelt dan niet, en afstammingsinformatie is beschikbaar onder de voorwaarden van de Wet donorgegevens. Wat de regeling wordt wanneer de moeders geen verklaring van de Stichting Donorregistratie kunnen overleggen (wat meestal het geval is wanneer er met een bekende donor wordt gewerkt), is nog niet helemaal duidelijk. Wel wordt aangekondigd dat er uitdrukkelijk aandacht zal zijn voor de positie van de biologische vader/ bekende donor met *family life* als bedoeld in artikel 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het recht van het kind op informatie over zijn afstamming. Over dit punt wordt nader advies gevraagd.

Wat dit advies zal zijn, is op dit moment nog niet duidelijk. Laten we toch kort even kijken hoe het in het Nederlands recht zit met het *family life* van de bekende donor. Wanneer is er sprake van *family life* tussen een biologische vader en het met zijn zaad verwerkte kind? Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat biologisch vaderschap alleen nog geen *family life* doet ontstaan; er moet sprake zijn van ‘bijkomende omstandigheden’. Zonder hier verder op alle details van de betreffende zaken in te gaan, kan men vaststellen dat de jurisprudentie van de Hoge Raad van de afgelopen jaren een ruime interpretatie laat zien van deze ‘bijkomende omstandigheden’, waardoor *family life* tussen kind en biologische (donor) vader relatief snel wordt aangenomen.

4. Wat doen we nu met het *family life* van de bekende donor?

Wat moeten we nu met deze ruime hantering van het begrip *family life* als we het moederschap van de mee-moeder in het afstammingsrecht willen regelen? Bij adoptie bestaat de mogelijkheid te toetsen of er tussen het kind en de donor een substantiële band is ontstaan waardoor adoptie niet in het belang van het kind zou zijn. Bij erkenning bestaat een dergelijke

⁴ M. Vonk, ‘Duo-moeders en hun kinderen’, in *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, UCERF Reeks deel 2, Ars Aequi, 2008.

toets momenteel niet. Mochten we besluiten een dergelijke toets toch te willen handhaven, dan rest de vraag *wanneer* er sprake is van zo'n substantiële band tussen kind en biologische (donor) vader, dat de mee-moeder geen juridisch ouder kan worden. Het zou bijvoorbeeld zo kunnen zijn dat een biologische (donor) vader bij een bepaalde mate van *family life* wel ontvankelijk is voor verzoek om een omgangsregeling, maar dat er voor het tegenhouden van het ouderschap van de mee-moeder een veel hogere maatstaf moet worden aangelegd, bijvoorbeeld dat er tussen de moeders en de donor expliciet afspraken zijn gemaakt over het juridische ouderschap van de donor. Het is de kunst de juiste balans te vinden tussen het belang van het kind bij een stabiel opvoedingsklimaat en het recht op afstammingskennis aan de ene kant en de belangen van de volwassenen (moeder, mee-moeder en donor) aan de andere kant. Alleen wanneer de biologische (donor) vader een aantoonbaar en substantieel belang heeft bij het tegenhouden van het juridisch moederschap van de mee-moeder, zou hij dat daadwerkelijk ook moeten kunnen doen. Hetgeen overigens niet betekent dat de donor indien hij dit belang niet heeft, helemaal buiten de deur kan worden gehouden. Het kind heeft ten slotte in ieder geval recht op afstammingskennis en, indien er een nauwe betrekking tussen het kind en de donor bestaat, op omgang.

5. Leestips voor de geïnteresseerde

Commissie Kalsbeek, *Rapport Lesbisch Ouderschap*, 31 oktober 2007.

A. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, Boom Juridische Publicaties 2002.

M. Hermans en R. Buiting, *Roze ouders*, Ploegsma 2008.

J. van Raak-Kuiper, 'De donor en zijn vaderrol, een roze wolk?' *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 2008, p. 240-245.

K. Saarloos, 'Duo-moederschap, op de grens van afstamming en adoptie' *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 2007 p. 142-148.

M. 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 2007.

M. Vonk, 'Duo-moeders en hun kinderen', in *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, UCERF Reeks deel 2, Ars Aequi 2008.