



Universiteit
Leiden

The Netherlands

'Nature' of 'nurture' in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek

Michels, M.; Punselie, E.C.C.; Boom, W.H. van; Akkermans, B.; Bollen, C.; Graaf, T.J. de; ... ; Snel, M.

Citation

Michels, M., & Punselie, E. C. C. (2023). 'Nature' of 'nurture' in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. In W. H. van Boom, B. Akkermans, C. Bollen, T. J. de Graaf, S. van Gulijk, C. Jansen, ... M. Snel (Eds.), *Vooruitgedenkboek Burgerlijk Wetboek 1992-2022* (pp. 59-70). Den Haag: Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3721901>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3721901>

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

**BURGERLIJK
WETBOEK**
1992-2022

Willem van Boom	Bram Akkermans	Carlos Bollen
Tycho de Graaf	Stéphanie van Gulijk	Chris Jansen
Carla Klaassen	Marco Loos	Charlotte Pavillon
Rianka Rijnhout	Harriët Schelhaas	Marnix Snel

Boomjuridisch

VOORUITGEDENKBOEK BURGERLIJK WETBOEK 1992-2022

Onder redactie van:

Willem van Boom (Nijmegen)
Bram Akkermans (Maastricht)
Carlos Bollen (Aruba)
Tycho de Graaf (Leiden)
Stéphanie van Gulijk (Tilburg)
Chris Jansen (Amsterdam VU)
Carla Klaassen (Nijmegen)
Marco Loos (Amsterdam UvA)
Charlotte Pavillon (Groningen)
Rianka Rijnhout (Utrecht)
Harriët Schelhaas (Rotterdam)
Marnix Snel (Curaçao/Nijmegen)

Boom juridisch
Den Haag
2023

4.1

INLEIDING

Het afstammings- en gezagsrecht is van oudsher gebaseerd op het huwelijk tussen man en vrouw. Toen vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw alternatieve leefvormen hun intrede deden in de samenleving, ontstond de wens om het recht daarop te laten aansluiten. Het net in 1970 ingevoerde Nieuwe Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek barstte daarmee al snel uit zijn voegen en moest in 1998 ingrijpend worden aangepast. Inmiddels heeft echter ook de rol(verdeling) van de ouders een verandering ondergaan. Waren vaders nog tot zeer ver in de vorige eeuw mannen die voor het gezin de kost verdienden en op zondag het vlees kwamen snijden, de moderne vader loopt achter de kinderwagen en heeft papadagen waarop hij in zijn eentje voor de kinderen zorgt, terwijl moeder (of vader nummer twee) buitenshuis aan het werk is. Juridisch komt dat gelijkwaardig ouderschap echter nog niet altijd helemaal uit de verf, niet in de laatste plaats omdat degenen die een gezin willen stichten of hebben gesticht geregeld blijken na te laten om de noodzakelijke stappen daarvoor te zetten of de wet domweg te weinig ruimte biedt om die stappen te zetten. Wie niet voor het traditionele huwelijk (of geregistreerd partnerschap) kiest,¹ kan voor de juridische vormgeving van het gezin de afstammingsrelatie tussen vader en kind regelen (de erkenning), de gezamenlijke gezagsuitoefening inschrijven in het gezagsregister,² de financiële huishouding behoorlijk inrichten en ook enkele gedachten wijden aan hoe het verder moet als de liefde mocht bekoelen. Maar helaas zien we in de rechtspraak hele volksstammen voorbij komen die als de liefde daadwerkelijk bekoeld is tot de ontdekking komen dat ze er juridisch een rommeltje van hebben gemaakt. Vaders ontdekken dan bijvoor-

1. Of kan kiezen: de huidige wet sluit uit dat een huwelijk of geregistreerd partnerschap gesloten wordt tussen meer dan twee personen (art. 1:33 in verbinding met art. 1:80a lid 1 BW).
2. Als de Wet van 7 juni 2022, *Stb.* 2022, 242 in werking is getreden (vermoedelijk 1 januari 2023), zal de gezamenlijke gezagsuitoefening van de geboortemoeder en de persoon die het kind heeft erkend in beginsel van rechtswege ontstaan. In het nieuwe art. 1:251b BW zijn echter op deze koppeling wel nog diverse uitzonderingen geformuleerd, waarmee de mogelijkheid om de gezagsuitoefening 'handmatig' op een andere manier vorm te geven blijft bestaan.

beeld dat ze nadat het gezin uiteen is gevallen geen zeggenschap over hun kinderen blijken te hebben. De vraag rijst dan hoe we in de nieuwe leefvormen de band kunnen beschermen tussen de 'ouder' en het kind die niet is voorzien van het etiket juridisch ouderschap of het etiket gezag? Hoe kan die band in stand blijven als een ouder bijvoorbeeld gaat verhuizen? Mag hij of zij het kind / de kinderen meenemen zonder toestemming van de achterblijvende ouder? Of kan het recht op omgang dat kinderen hebben met een persoon met wie ze in een nauwe persoonlijke betrekking staan nog worden afgedwongen, bijvoorbeeld met een door de rechter gegeven bevel tot terugverhuizing? En hoe wordt de mening gewogen van een ouder die in juridische zin een buitenstaander is als er beslissingen moeten worden genomen over een medische behandeling van een kind of de vraag of het misschien beter kan overstappen naar een andere onderwijsvorm? Het huidige recht biedt lang niet altijd aanknopingspunten om deze vragen te beantwoorden. Wij zullen in het navolgende eerst een korte schets geven van de ontwikkelingen op het gebied van ouderschap en de juridische vormgeving daarvan, gevolgd door het signaleren van een slingerbeweging van het recht van de waarde van biologisch/genetische betrekkingen ('nature') naar de waarde van de feitelijke zorg en continuering daarvan ('nurture') en weer terug. Wij sluiten af met een begin van een antwoord op de vraag wat deze ontwikkelingen en met name de hernieuwde aandacht voor 'nature' betekent voor de positie van kinderen in een recent ontstane nieuwe leefvorm, het meeroudergezin.

4.2 OUDERSCHAP: ONTWIKKELINGEN

Een groot deel van het Nieuw Burgerlijk Wetboek is in werking getreden op 1 januari 1992. Het nieuwe Boek 1 (Personen- en familierecht) is echter ruim twintig jaar ouder. Het trad op 1 januari 1970 in werking. Een in het oog springende wijziging ten opzichte van het oude Boek 1 vormt de titel van Boek 1. Tot 1970 luidde die *Van personen*. Het nieuwe Boek 1 kreeg als opschrift mee: *Personen- en familierecht*. Een mens vormt onderdeel van zijn sociale omgeving; familierelaties maken daar deel van uit en dat komt met dit opschrift beter tot uiting dan in het oude *Van personen*. Dat neemt niet weg dat met het nieuwe Boek 1 nog steeds werd uitgegaan van de ordening van (seksuele) relaties tussen mensen door middel van het huwelijk. Wie ongehuwd seksuele relaties aanknoopte waar kinderen uit voortkwamen, liep in die tijd nog met een denderende klap op tegen de onmogelijkheid om de juridische positie van de gezinsleden tot elkaar vorm te geven. Dat betekende overigens niet dat de samenleving zich keurig schikte in het door de wetgever bepaalde normenkader. Vanaf de jaren zeventig werd langzaamaan minder omstreden dat ook buiten het huwelijk kinderen werden geboren en dat gebeurde ook in toenemende mate. Ook deed de Bewust ongehuwde moeder (BOM-moeder) haar intrede. Het EHRM wees in 1979 België terecht in het befaamde *Marckx*-arrest en dat had baanbrekende gevolgen voor het Belgische, maar ook voor het Neder-

landse afstammingsrecht.³ In de loop van de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw werden vele kleinere wijzigingen in Boek 1 BW doorgevoerd, maar het duurde nog tot 1998 voordat – na een ellenlang politiek traject – een echte moderniseringsslag gestalte kreeg. In dat jaar traden vier nieuwe wetten in werking waarmee de positie van binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen dichterbij elkaar toe werd getrokken.⁴

Vanaf de invoering van het nieuwe Boek 1 BW deed de wetgever dus zijn best om de maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van leefvormen bij te houden en bouwde in Boek 1 telkens nieuwe kamertjes bij om de in weer nieuwe leefvormen geboren spruiten een plekje te geven. De aandacht voor 'nurture' nam op dat moment substantieel toe. Het uitgangspunt van het Nederlandse afstammingsrecht bleef echter dat kinderen geboren werden binnen de (aanvankelijk het liefst door het huwelijk geformaliseerde) relatie van een man en een vrouw, waarbij de natuurlijke afstamming – 'nature' – werd verondersteld.⁵ Wel werd het afstammingsrecht ingrijpend aangepast aan de wensen die de modernere tijd met zich bracht en werden vele ongelijkheden tussen mannen en vrouwen weggenomen. Voor koppels die niet wilden (of mochten!) trouwen, kwam een moderne vorm om de relatie toch te formaliseren: het geregistreerd partnerschap vormde aanvankelijk, naast het 'boterbriefje' dat het huwelijk al bood aan koppels van verschillend geslacht, het 'margarinebriefje' voor koppels van gelijk geslacht. In 2001 volgde voor koppels van gelijk geslacht de openstelling van het huwelijk.⁶ Het duurde dan nog wel tot 2014 voordat er aan dit zogenoemde 'homohuwelijk' ook afstam-

-
3. EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, NJ 1980/462 m.nt. E.M. Alkema. In deze uitspraak oordeelde het EHRM dat het in het Belgische afstammingsrecht gemaakte onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen en tussen gehuwde en ongehuwde moeders een schending vormt van art. 14 (discriminatieverbod) jo. art. 8 (recht op eerbiediging van familie- en gezinsleven) EVRM.
 4. Wet van 10 april 1997 tot wijziging van de artikelen 5 en 9 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en in verband daarmee van enige andere artikelen van dit Wetboek, *Stb.* 1997, 161; Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opnemingsdaarvan van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap, *Stb.* 1997, 324; Wet van 30 oktober 1997 tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij, *Stb.* 1997, 506 en Wet van 24 december 1997 tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie, *Stb.* 1997, 772.
 5. Men ging daarbij uit van een rechtsvermoeden dat de echtgenoot van de moeder tevens de verwekker en biologische vader van het uit de moeder geboren kind was. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden, bijvoorbeeld als de echtgenoot een jaar op zee was geweest en bij thuiskomst een baby in de wieg aantrof, was het mogelijk om dat kind 'uit zijn boekje' te schrappen.
 6. Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk), *Stb.* 2001, 9.

mingsrechtelijke gevolgen werden verbonden,⁷ waarmee de wetgever dan toch eindelijk afstand nam van het afstammingsrechtelijke uitgangspunt van 'nature'. Voor wie helemaal geen formalisering wilde (of daarover niet wilde nadenken), werd geregeld dat de kinderen die binnen die informele relatie geboren werden dezelfde positie konden krijgen als de binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen. Het gezag over een kind kon voortaan ook worden uitgeoefend door een juridische ouder samen met een andere persoon die niet de ouder van het kind was. Maar hier begon het stamhuis, gebaseerd op het gegeven dat kinderen worden geboren binnen de relatie van een man en een vrouw, wel wat te wringen. Er moest immers een keuze gemaakt worden wie de formele rol van tweede ouder zou krijgen.

Tot voor kort was de vrouw uit wie het kind geboren werd per definitie ook diens genetische moeder. Verder was er een zaadcel van een man nodig om de bevruchting te laten plaatsvinden. Het kind had dan in biologische zin een moeder en een vader. Dat is met de hedendaagse medische technieken anders geworden. Een kind wordt nog steeds geboren uit een vrouw (of in ieder geval uit een persoon met een baarmoeder), maar de eicel waar het kind uit voortkomt, hoeft niet van diezelfde vrouw/persoon afkomstig te zijn. Een door een andere vrouw gedoneerde eicel kan buiten het lichaam (in vitro) wordt bevrucht met door een man gedoneerde zaadcellen. Als daar een embryo uit voortkomt, kan dit worden geplaatst in de baarmoeder van een andere vrouw dan van wie de eicel afkomstig is. Als alles volgens plan verloopt en tot de geboorte van een kind leidt, heeft dit kind een geboortemoeder, een genetische 'moeder' van wie de eicel afkomstig is en een genetische/biologische 'vader' van wie de zaadcel afkomstig is.⁸ Het huidige recht dat de positie van volwassenen en kinderen regelt, biedt geen blauwdruk voor de juridische vormgeving van deze situatie. Wel biedt het huidige recht de mogelijkheid voor tal van verschillende constructies. Wie wil bereiken dat het kind uiteindelijk in familierechtelijke betrekking komt te staan tot twee volwassenen, kan dat doorgaans met behulp van het afstammingsrecht en adoptie vormgeven. Dat lukt minder goed of helemaal niet in de zogenoemde intentionele meeroudergezinnen. In deze leefvorm wordt door betrokkenen vooraf besproken en besloten om het kind of de kinderen die men gaat proberen te krijgen met meer dan twee

7. 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 en Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2013, 486.

8. In het spraakgebruik wordt doorgaans de term biologische ouders gebruikt. Die term is voor vaders goed bruikbaar (genetisch en biologisch vaderschap valt altijd samen), maar voor moeders niet helemaal sluitend: met biologisch moederschap kan bedoeld worden de vrouw uit wie het kind is geboren, maar ook de vrouw van wie de eicel afkomstig is. Om die reden wordt in dit artikel waar het onderscheid relevant is voor de vrouw uit wie het kind is geboren de term geboortemoeder gebezigd en voor de vrouw van wie de eicel afkomstig is de term genetische moeder.

personen – doorgaans drie of vier – te gaan verzorgen en opvoeden. Het huidige personen- en familierecht biedt enkele mogelijkheden om daar juridisch nog wat van te maken, maar een schoonheidsprijs verdient dat niet.⁹ Kinderen die in deze leefvorm opgroeien, genieten thans niet de bescherming die het juridisch ouderschap met alle daaraan verbonden rechtsgevolgen biedt aan kinderen die opgroeien in gezinnen met twee ouders.

De kans dat we over nog eens dertig jaar moeten vaststellen dat alle moderne leefvormen van de huidige tijd, waaronder de meeroudergezinnen, eendagsvliegen zijn geweest en we weer zijn teruggekeerd in de schoot van het huwelijk van man en vrouw, lijkt ons hoogst onwaarschijnlijk. De door internationale verdragen beschermde kinder- en mensenrechten¹⁰ dwingen ons om goed te blijven monitoren of ons huidige wettelijke stelsel voldoende autonomie biedt aan toekomstige 'ouders' en voldoende bescherming biedt aan kinderen die worden geboren en opgroeien in deze meeroudergezinnen. Waar in de rechtspraak wegen worden gevonden om de positie van kinderen afdoende te beschermen, kan de wetgever volstaan met het volgen van de ontwikkelingen. Maar kan de rechtspraak deze taak volhouden? Of noodzaken de moderne ontwikkelingen op het gebied van leefvormen de wetgever om de afstammings- en gezagswetgeving op een andere leest te gaan schoeien of op zijn minst bij te snijden? Alvorens deze vraag te beantwoorden, zullen wij bezien in hoeverre artikel 8 EVRM (in verbinding met art. 14 EVRM) mogelijkheden bieden om de leemtes in de Nederlandse wet in te vullen.

4.3

DE GENETISCHE BAND IN MENSENRECHTELIJK PERSPECTIEF

Om de bescherming te genieten die artikel 8 EVRM biedt, dient het privéleven of het gezinsleven van de betrokkene te worden geraakt.¹¹ Waar in eerste instantie deze nauwe persoonlijke betrekking slechts tussen juridische ouders en het kind werd aangenomen, werd dit in de jurisprudentie van het EHRM steeds verder verbreed. Aangenomen is dat de genetische band met het kind het privéleven van de biologische vader raakt.¹² Voor het bestaan van family life – een nauwe persoon-

9. Zie voor een beschrijving van het fenomeen intentionele meeroudergezinnen het rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap 2016.

10. Het lijkt erop dat er intussen door het EHRM op grond van art. 8 EVRM 'a whole code of family law' is geschreven. In zijn dissenting opinion bij het *Marckx*-arrest betoogde Sir Gerald Fitzmaurice dat de extensieve interpretatie van art. 8 EVRM weinig anders was dan een misplaatste poging om een heel familierechtwetboek te lezen in dit artikel, waardoor het werd opgeblazen op een manier en in een mate die totaal onverenigbaar was met zijn ware en beoogde proporties.

11. Het bestaan van gezinsleven wordt in ons Burgerlijk Wetboek aangeduid als een nauwe persoonlijke betrekking, zie bijvoorbeeld art. 1:377a lid 1 BW.

12. Onder het privéleven van de biologische vader valt onder meer de genetische band met het kind en de procedures tot erkenning en betwisting van deze genetische band, evenals de informatie over en omgang met het kind. EHRM 21 december 2010, NJ 2011/508 m.nt. S.F.M. Wortmann (*Anayo/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, EHRC 2012/130 (*Ahrens/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09 (*Kautzor/Duitsland*).

lijke betrekking – is biologisch ouderschap in beginsel onvoldoende. De biologische ouder dient bijkomende omstandigheden aan te tonen waaruit het bestaan van gezinsleven blijkt. Deze omstandigheden kunnen onder meer zijn gelegen in de relatie met de geboortemoeder, de betrokkenheid van de biologische ouder bij de zwangerschap en de ontstane relatie tussen de biologische ouder en het kind vanaf de geboorte.¹³ Aan het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking mogen echter niet te strenge eisen worden gesteld en ook het voornemen om een gezinsleven te hebben, kan voldoende zijn.¹⁴ De biologische ouder mag niet volledig worden belet in het creëren van een band met zijn kind.¹⁵

De bescherming die artikel 8 EVRM biedt, geeft de biologische ouder geen recht op het in rechte vaststellen van het biologische ouderschap.¹⁶ De bescherming leidt evenmin tot een recht op het vestigen van een juridische afstammingsrelatie als het kind reeds twee ouders heeft.¹⁷ Het belang van de biologische ouder bij het laten vaststellen van de biologische band of het vestigen van een juridische band kan bovendien botsen met het belang van het kind en zijn juridische ouders bij het ongestoord voortzetten van hun gezinsleven. Bij deze belangenafweging komt aan de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid toe.¹⁸ Door de Hoge Raad is binnen dit kader het leerstuk van de voorwaardelijke toestemming voor de erkenning ontwikkeld. Dat komt er kort gezegd op neer dat als een kind met toestemming van de moeder is erkend door een ander dan de verwekker – vaak de nieuwe partner van de moeder – de verwekker deze erkenning in sommige gevallen kan aantasten. De gedachte is dat de moeder misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om toestemming te geven voor de erkenning en die kan daarmee nietig worden verklaard. De verwekker kan dan het kind zelf erkennen en verwerft zich daarmee een positie in het gezin van de moeder, haar nieuwe partner en het kind.¹⁹

Lukt het een biologische ouder niet om het kind te erkennen, dan kan hij nog wel proberen omgang met het kind af te dwingen. De biologische ouder die in een

-
13. HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1692, NJ 1990/628 m.nt. E.A. Alkema, E.A.A. Luijten; EHRM 27 oktober 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2238, NJ 1995/248 m.nt. J. de Boer (*Kroon/Nederland*); EHRM 5 november 2002, ECLI:NL:XX:2002:AP0887, NJ 2005/34 m.nt. J. de Boer (*Yousef/Nederland*); EHRM 1 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AQ0337, NJ 2004/667 m.nt. J. de Boer (*Lebbink/Nederland*); EHRM 15 september 2011, ECLI:NL:XX:2011:BU8143, NJB 2011/1944 (*Schneider/Duitsland*); HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5798, NJ 2013/122 m.nt. S.F.M. Wortmann.
 14. EHRM 15 september 2011, NJB 2011/1944 (*Schneider/Duitsland*).
 15. EHRM 18 mei 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY1277, RvdW 2006/725 (*Róžanski/Polen*); EHRM 8 december 2016, EHRC 2017/54 (*L.D. en P.K./Bulgarije*).
 16. EHRM 29 juni 1999, nr. 27110/95 (*Nylund/Finland*); EHRM 8 december 2016, EHRC 2017/54 (*L.D. en P.K./Bulgarije*).
 17. Wanneer het kind slechts één ouder heeft, kan de verwekker of zaaddonor met *family life* een kind wel erkennen tegen de wil van de moeder en het kind in, door de rechtbank om vervangende toestemming te vragen (art. 1:204 lid 3 BW).
 18. Vonk 2013, p. 523.
 19. HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386, NJ 2005/248 m.nt. J. de Boer; zie ook Forder 2009, par. 2.3 en HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0745, NJ 2002/470 m.nt. J. de Boer; HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3196, NJ 2015/455 m.nt. S.F.M. Wortmann.

nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, heeft op grond van artikel 1:377a BW het recht om een omgangsverzoek in te dienen. Dit recht komt op grond van de wet niet toe aan de biologische ouder die (nog) niet in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, maar omdat zijn wens om contact met het kind te hebben onderdeel vormt van zijn privéleven, geniet hij daarmee toch een zekere bescherming. De beoordelingsvrijheid die het EHRM staten toestaat op het gebied van omgang is daarbij veel kleiner dan de beoordelingsvrijheid ten aanzien van het vestigen van een afstammingsband. De biologische ouder heeft bij een omgangsverzoek in ieder geval recht op een inhoudelijke toetsing waarbij zijn belang bij het leren kennen van zijn kind wordt afgewogen tegen het belang van het kind en zijn juridische ouders om hem buiten de deur te houden.²⁰ In de literatuur is wel betoogd dat de huidige Nederlandse wetgeving op dit vlak niet in overeenstemming is met de uitspraken van het EHRM, omdat geen zelfstandig recht op omgang aan de biologische ouder toekomt.²¹ In een recente uitspraak geeft de Hoge Raad hier een bijzondere draai aan door de gebruikelijke volgorde van eerst beoordelen van de ontvankelijkheid van een verzoek om daarna te komen tot een inhoudelijke beoordeling (de belangenafweging) om te draaien. De Hoge Raad bepaalde dat eerst moest worden geoordeeld of omgang in het belang van het kind is. Zo ja, dan wordt pas daarna toegekomen aan het vaststellen van de biologische verwantschap, waarmee de verzoeker dan alsnog over de ontvankelijkheidsdrempel kan stappen.²²

In de belangenafweging wordt het belang van de biologische ouder afgewogen tegen het belang van het kind en zijn ouders. Het belang van het kind kan enerzijds gelegen zijn in het recht op afstammingskennis dat volgt uit artikel 7 IVRK en het leren kennen van de biologische ouder. Anderzijds kan het belang van het kind gelegen zijn in het uit artikel 8 EVRM voortvloeiende recht op het ongestoord voortzetten van het gezinsleven met de moeder en eventuele stiefvader. Aan dit belang van het kind dat gelegen is in het recht op afstammingskennis wordt steeds meer waarde toegekend. Dit is weliswaar geen absoluut recht,²³ maar het begint

20. EHRM 21 december 2010, NJ 2011/508 m.nt. S.F.M. Wortmann (*Anayo/Duitsland*); EHRM 15 september 2011, NJB 2011/1944 (*Schneider/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09 (*Kautzor/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, EHRC 2012/130 (*Ahrens/Duitsland*).

21. Vonk 2013, p. 529-530 en Barendsen 2013, p. 93-95.

22. HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1851, NJ 2022/75 m.nt. Wortmann; Zie ook: Van der Zon 2022, p. 143-144.

23. HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, NJ 1994/608 m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*); EHRM 13 februari 2003, ECLI:NL:XX:2003:AM0347, NJ 2003/587 m.nt. S.F.M. Wortmann (*Odièvre*). Indien het recht van een persoon om te weten van wie hij afstamt, botst met het recht van de mogelijke ouder om dat verborgen te houden, moet volgens de rechtspraak van het EHRM door middel van een belangenafweging worden vastgesteld welk van deze rechten prevaleert, waarbij aan de lidstaten een *margin of appreciation* toekomt. Over de onderlinge rangorde tussen enerzijds het recht van een meerderjarig kind om te weten door wie het is verwekt en anderzijds het recht van de moeder om zulks ook tegenover haar kind verborgen te houden, heeft de Hoge Raad in het *Valkenhorst*-arrest geoordeeld dat het recht van het kind prevaleert.

daar in recente rechtspraak van de Hoge Raad intussen wel trekken van te vertonen.²⁴ Ook het oordeel van het EHRM in *Mandet/Frankrijk* duidt op de toenemende aandacht voor de bescherming van de biologische werkelijkheid boven de bescherming van de sociale werkelijkheid.²⁵

Deze rechtspraak illustreert dat het belang van biologisch ouderschap (weer) in betekenis lijkt toe te nemen. De rechtsingang van de biologische vader wordt vergroot doordat de genetische band met het kind tot zijn privéleven behoort en daarmee onder de bescherming van artikel 8 EVRM valt zonder dat de biologische vader een nauwe persoonlijke betrekking hoeft aan te tonen.²⁶ Een schending van zijn familie- of privéleven staat daarmee weliswaar nog niet vast, maar hij is zeker van een belangenafweging. En in die belangenafweging komt steeds meer gewicht toe aan het recht op afstammingskennis en het aansluiten bij de biologische werkelijkheid.

4.4 DE NAUWE PERSOONLIJKE BETREKKING IN MENSENRECHTELIJK PERSPECTIEF

Wat er van de bovenomschreven ontwikkelingen in de rechtspraak ook zij, het sociaal ouderschap en de intentie om een kind op te voeden en te verzorgen hebben zoals in de eerste twee paragrafen aangegeven door de jaren heen terrein gewonnen binnen het Nederlandse afstammings- en gezagsrecht. Artikel 8 EVRM beschermt wel degelijk ook het gezinsleven zonder dat een genetische band tussen

-
24. HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:349, NJ 2022/169 m.nt. S.F.M. Wortmann: 'Het hof heeft miskend dat het belang bij het verkrijgen van informatie over de eigen afstamming in de eerste plaats is gelegen in het kunnen vormen en ontwikkelen van een eigen identiteit en persoonlijkheid en dat dit belang als zodanig voorrang heeft boven het belang van de vermoedelijke biologische vader om die informatie niet prijs te geven. De omstandigheid dat medewerking verlenen aan het DNA-onderzoek voor de vermoedelijke verwekker belastend is, kan slechts onder uitzonderlijke omstandigheden tot een andere uitkomst leiden.'
 25. EHRM 14 januari 2016, EHRC 2016/76 m.nt. S. Florescu (*Mandet/Frankrijk*). In deze zaak ging het om een kind dat opgroeide bij zijn moeder en haar partner, die beiden de juridische ouders van het kind waren. De biologische ouder was erin geslaagd het ouderschap van de partner van de moeder te laten vernietigen en zijn eigen ouderschap gerechtelijk te laten vaststellen. Het EHRM oordeelde dat dit weliswaar een inbreuk vormde op het gezinsleven van het kind en zijn (oorspronkelijke) juridische ouders, maar dat de inbreuk gerechtvaardigd was vanwege de bescherming van de rechten van de biologische ouder en de inbreuk noodzakelijk was voor het belang van het kind bij afstammingskennis. Ondanks dat het kind zelf de vaststelling van het ouderschap van de biologische ouder niet wilde, oordeelde het EHRM dat het in zijn belang was om op de hoogte te zijn van wie zijn biologische ouders waren. In eerdere zaken werd meer belang toegekend aan de sociale werkelijkheid: EHRM 2 november 2002, NJ 2005/34 m.nt. J. de Boer (*Yousef/Nederland*); EHRM 19 juni 2003, nr. 46165/99 (*Nekvedavicius/Duitsland*) en EHRM 22 maart 2012, EHRC 2012/130 (*Ahrens/Duitsland*). Zie ook Chébtí 2017, par. 2.
 26. Zie ook HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:622, NJ 2022/176, waarin werd geoordeeld dat een verwekker die niet in familierechtelijke betrekking tot het kind stond en gehuwd was met een andere vrouw met wie hij zes kinderen had, als belanghebbende diende te worden aangemerkt in een procedure die de moeder van het overspelig verwekte kind wilde voeren tot wijziging van de voornamen van het kind.

een ouder en een kind bestaat, maar waarbij de niet-ouder gedurende enige tijd de zorg voor het kind draagt.²⁷ Deze bescherming lijkt echter de laatste jaren steeds vaker te moeten wijken voor de bescherming die toekomt aan de biologische vader van het kind. Zoals gezegd is *intended family life* voldoende voor het toekennen van een recht op een omgangsverzoek aan de biologische vader. Dit betekent dat de biologische ouder het gezinsleven van een niet-biologische juridische ouder kan verstoren alvorens een betekenisvolle inhoudelijke band met het kind is ontstaan.²⁸ Daarnaast vormt de aantasting van het juridisch ouderschap van een niet-biologische ouder volgens het EHRM slechts een inbreuk op het gezinsleven van de niet-ouder en het kind als de aantasting leidt tot het verlies van alle rechten ten opzichte van het kind. De sociale ouder behoudt feitelijk alleen het recht op een inhoudelijke toetsing van een omgangsverzoek.²⁹ Dat de sociale ouder het al snel moet afleggen tegen de biologische ouder, blijkt ook uit de recente (wetgeving en) rechtspraak over het via de rechter afdwingen van de erkenning van een kind en de mogelijkheden tot ongedaanmaking van juridisch ouderschap van een niet-biologische ouder. Hieruit blijkt dat de wens tot overeenstemming tussen de biologische en juridische werkelijkheid steeds zwaarder weegt en dat geldt temeer als de moeder en de niet-biologische ouder niet langer op één lijn zitten. Ondanks dat de erkenner jarenlang de zorg voor het kind heeft gedragen, gaat er dan geregeld een streep door de erkenning die is gedaan door een persoon die niet de biologische ouder van het kind is.³⁰

In de recente uitspraak *Valdis Fjölfnisdóttir en anderen/IJsland* lijkt de bescherming van niet-biologische ouders nog verder te worden ingeperkt.³¹ In deze zaak liet het EHRM zich uit over het gezinsleven tussen de sociale ouders en het kind tussen wie geen biologische verwantschap bestond. Het EHRM constateerde dat er sprake was van gezinsleven tussen de niet-biologische wensouders (twee vrouwen) en het kind, maar oordeelde dat de weigering van de IJslandse autoriteiten om in het buitenland ontstane familierechtelijke betrekkingen tussen kind en wensouders te erkennen geen onrechtmatige inbreuk op hun gezinsleven maakte. Het gezinsleven

27. EHRM 22 april 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4539, *NJ* 1998/235 m.nt. J. de Boer (X, Y en Z/*Verenigd Koninkrijk*); EHRM 27 april 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN2897, *RvdW* 2010/1353 (*Moretti en Bernardetti/Italië*).
28. EHRM 21 december 2010, *NJ* 2011/508 m.nt. S.F.M. Wortmann (*Anayo/Duitsland*); EHRM 15 september 2011, *NJB* 2011/1944 (*Schneider/Duitsland*).
29. EHRM 16 juli 2015, *EHRC* 2015/202 (*Nazarenko/Rusland*). Het omgangsverzoek wordt dan evenals voor de biologische ouder gebaseerd op art. 1:377a BW.
30. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10856; Hof Amsterdam 9 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3433; Rb. Noord-Holland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:5743; Hof Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2462; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8783; Rb. Noord-Nederland 25 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1793. In deze laatste zaak komt tot uitdrukking dat vervangende toestemming voor erkenning door een duomoeder (in tegenstelling tot die door een verwekker / biologische vader) doorgaans slechts wordt verleend als de duomoeder een aanzienlijke rol in de verzorging en opvoeding van het kind blijft spelen en er geen tweede biologische ouder in het spel is.
31. EHRM 18 mei 2021, *NJB* 2021/2412 (*Valdis Fjölfnisdóttir en anderen/IJsland*).

werd volgens het Hof namelijk niet belemmerd omdat het kind 'gewoon' bij de wensouders kon opgroeien in een pleegzorgconstructie. Aan staten komt een ruime beoordelingsvrijheid toe als het gaat om het vestigen en aantasten van de afstammingsrelatie tussen een niet-biologische ouder en het kind.

4.5 BETEKENIS VAN HET MENSENRECHTELIJK PERSPECTIEF VOOR MEEROUDERGEZINNEN

De in het voorgaande beschreven ontwikkelingen in de rechtspraak illustreren dat vrij plotsklaps de klepel weer de andere kant op is gezwaaid en in plaats van de ingeslagen weg met ruimte voor 'nurture' opnieuw meer nadruk op 'nature' is komen te liggen. Het is voor de juridische vormgeving van de betrekkingen met een kind niet langer zozeer van belang wie de dagelijkse zorg heeft/hebben voor de kinderen, maar weer veel meer wiens DNA in die kinderen zit. Met deze hernieuwde aandacht voor 'nature' lijken we dus feitelijk weer terug bij af. En dat betekent dat als de wetgever niet opstaat, de positie van kinderen in meeroudergezinnen wankel is en blijft. Kinderen worden door een vrouw gebaard en haar juridische positie staat, behoudens in draagmoederschapsconstructies, in de praktijk buiten discussie. Het is aan de volwassen deelnemers in een meerouderschapconstructie overgelaten in welke juridische vorm de rest van het gezin gegoten wordt. Soms zal de geboortemoeder het gezag uitoefenen met haar vrouwelijke echtgenoot of geregistreerde partner en kan het kind na de geboorte worden erkend door een van de andere meerouders. Daarmee hebben dan drie volwassenen een enigszins formele juridische positie – in de vormen van afstamming en/of gezag – ten opzichte van het kind. Een eventuele vierde meerouder staat echter aan de zijlijn. Voor hem of haar is geen plek in het juridische huis. Als het leven in het meeroudergezin anders loopt dan gedacht, zullen alleen de genetische ouders met de nieuwe nadruk op 'nature' wellicht met succes hun juridische positie kunnen opeisen. Dat kan nadelige effecten hebben op de stabiliteit en continuïteit van de verzorging en opvoeding van het kind of de kinderen.

Door het ontbreken van afdoende mogelijkheden om meerouderschap juridisch adequaat vorm te geven, staan de rechten van kinderen in deze nieuwe leefvormen onder druk. Gelet op de hernieuwde aandacht voor 'nature' kan de rechter te weinig doen om het belang dat kinderen hebben bij stabiliteit en continuïteit in de opvoeding te beschermen. Dat betekent dat de wetgever nu echt aan zet is om ervoor te zorgen dat de positie van kinderen die opgroeien in meeroudergezinnen dezelfde bescherming zal gaan genieten als die van kinderen die opgroeien in traditionele tweerelaties. De Staatscommissie Herijking ouderschap heeft in een eind 2016 uitgebracht rapport gedetailleerde aanbevelingen gedaan over de juridische vormgeving van meeroudergezinnen, waarbij de door de meerouders gemaakte

afspraken de basis vormen voor daaraan te verlenen rechterlijke goedkeuring.³² Het kabinet heeft vooralsnog afgezien van het starten van een wetgevingstraject om meerouderschap juridisch vorm te geven. Begin 2020 is volstaan met het in consultatie brengen van een conceptregeling waarin wordt voorgesteld meerouders zogenoemd deelgezag te geven.³³ Dit voorstel is dermate lauw ontvangen dat wij niet verwachten dat hier nog een wetgevingstraject op zal volgen.³⁴ Dat zou betekenen dat kinderen die opgroeien in meeroudergezinnen voorlopig nog zullen zijn overgelaten aan het spel der krachten en als het leven anders loopt dan de volwassenen het zich vooraf hadden voorgesteld, dan zal wellicht het recht van de sterkste – de 'nature' – gelden.

4.6 CONCLUSIE

De samenleving evolueert en gezinnen evolueren. Toen in 1970 het nieuwe Boek 1 van het BW van de rol kwam, was nog niet te voorzien hoe snel de ontwikkelingen op het gebied van gezinsvorming en nieuwe leefvormen zouden gaan. Intussen is duidelijk dat de 'nature'-grondslag van het afstammings- en gezagsrecht uit 1970, waar vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw enkele kleine kamertjes zijn aangebouwd voor de 'nurture', langzamerhand een tochtig en bouwvallig bouwsel is geworden. Het lijkt ons dan ook tijd voor een nieuw en duurzaam ontwerp, waarin de nieuwe leefvormen een volwaardige plek krijgen en de belangen van de kinderen die erin opgroeien dezelfde bescherming gaan genieten als die in de meer traditionele tweeoudergezinnen.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Barendsen 2013

A.E. Barendsen, 'Private life als nieuwe grondslag voor het omgangsrecht van de biologische ouder', *REP* 2013/3, p. 93-95.

Chébtí 2017

M. Chébtí, 'De verhouding tussen het recht van het kind om te weten van wie het afstamt versus het recht op toegang tot de rechter van de biologische ouder', *FJR* 2017/9, afl. 2, p. 33-40.

Forder 2009

C. Forder, *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder. In welke mate heeft de biologische vader het recht het kind te erkennen, hoe werkt prenatale erkenning in deze context en welk recht heeft het kind van duo-moeders op afstammingsinformatie in het licht van het EVRM en IVRK?*, eindrapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, 2 februari 2009.

32. Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, aanbeveling nrs. 35, 41 en 44.

33. Kort gezegd betekent dit dat de meerouders het recht krijgen om mee te praten over de verzorging en opvoeding van de in het meeroudergezin opgroeiende kinderen. Meepraten dus, niet meebeslissen.

34. Zie internetconsultatie.nl voor de reacties op de Wet deelgezag.

Staatscommissie Herijking ouderschap 2016

Staatscommissie Herijking ouderschap, *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw*, Den Haag: 2016.

Vonk 2013

M.J. Vonk, 'Weten, kennen en erkennen: kinderen van ouders die niet samen zijn', *NTM NJCM-Bull.* 2013/40, p. 515-531.

Van der Zon 2022

K.A.M. van der Zon, 'De tijd zal het leren. De Hoge Raad over het recht van het kind op afstammingsinformatie', *EB* 2022/54, p. 140-144.