



Rapport

Lesbisch Ouderschap

Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie

Voorzitter

Mw. mr. N.A. Kalsbeek

Leden

Prof. mr. G.R. de Groot

Mw. prof. dr. F. Juffer

Mr. A.P. van der Linden

Mw. mr. E.C.C. Punselie

Mw. mr. E. Steendijk

Mr. A.W.M. Willems

Secretariaat

Mw. mr. L. van Hoppe

Mw. mr. J.L.M. Janse

Mw. mr. H. Lenters

Mw. H.A.T. Verleg

Drs. B. Baks



Rapport

Lesbisch Ouderschap

Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie

Inhoudsopgave

Voorwoord	7
Conclusie	9
Samenvatting	11
1. Inleiding	13
2. Feitelijke verzorgings- en opvoedingsrelaties	15
3. Uitgangspunten Commissie	17
3.1 <i>Belang van het kind</i>	17
3.2 <i>Gelijke behandeling</i>	19
3.2.1 <i>Algemeen</i>	19
3.2.2 <i>Twee benaderingen</i>	19
3.3 <i>Bestaande juridisch systeem</i>	20
4. De juridische vader en moeder	21
4.1 <i>De vrouw uit wie het kind is geboren: de moeder</i>	21
4.2 <i>De mannelijke partner van de moeder</i>	21
4.2.1 <i>Gehuwde paren</i>	21
4.2.2 <i>Ongehuwde paren</i>	22
4.2.3 <i>Adoptie</i>	24
4.3 <i>De vrouwelijke partner van de moeder: de duomoeder</i>	24
5. Erkenning door de duomoeder	27
5.1 <i>Overwegingen van de Commissie</i>	27
5.2 <i>Overwegingen ten aanzien van erkenning</i>	27
5.2.1 <i>Aanvaarding van het ouderschap</i>	27
5.2.2 <i>Keuzevrijheid</i>	27
5.2.3 <i>Eenvoudige en minder belastende procedure</i>	28
5.2.4 <i>Tijdstip totstandkoming familierechtelijke betrekking</i>	28
5.2.5 <i>Positie biologische vader</i>	29
5.2.6 <i>Achterhalen identiteit biologische ouder</i>	29
5.2.7 <i>Vernietiging erkenning door het kind</i>	30
5.2.8 <i>Vernietiging van de erkenning door de moeder(s) en het Openbaar Ministerie</i>	30
5.2.9 <i>Duomoeder weigert te erkennen: gerechtelijke vaststelling moederschap</i>	30
5.2.10 <i>Moeder weigert toestemming tot erkenning duomoeder: vervangende toestemming?</i>	31
5.2.11 <i>Erkenning in het buitenland</i>	31

6. Gehuwde lesbische paren	33
6.1 <i>Overwegingen van de Commissie</i>	33
6.2 <i>Overwegingen ten aanzien van door huwelijk ontstaan ouderschap van de duomoeder</i>	33
6.2.1 <i>Tijdstip totstandkoming familierechtelijke betrekking</i>	33
6.2.2 <i>Eenvoudige en minder belastende procedure</i>	33
6.2.3 <i>Huwelijk en de veronderstelling ten aanzien van kinderen</i>	34
6.2.4 <i>Positie biologische vader</i>	34
6.2.5 <i>Ontkenning moederschap door het kind</i>	35
6.2.6 <i>Ontkenning moederschap door de moeder(s)</i>	35
7. Andere mogelijkheden voor lesbische paren om ouder te worden	37
7.1 <i>Een nieuwe rechtsfiguur</i>	37
7.2 <i>Meer dan twee ouders</i>	39
8. Adoptie	41
9. Internationale aspecten lesbisch ouderschap	43
9.1 <i>Overwegingen van de Commissie</i>	43
9.2 <i>Overige aandachtspunten</i>	44
9.2.1 <i>Wet conflictenrecht afstamming</i>	44
9.2.2 <i>Oneigenlijk gebruik van de regeling van erkenning</i>	44
9.2.3 <i>Rijkswet op het Nederlanderschap</i>	44
10. Conclusie	45

Voorwoord

Het is 2007. Nog niet zo heel lang geleden was het huwelijk hét instituut waarmee man en vrouw aantoonde bij elkaar te horen, samen een gezin te willen stichten. Andere samenlevingsvormen genoten veel minder of zelfs geen bescherming van de Nederlandse wet. Een huwelijk tussen twee vrouwen of twee mannen was lange tijd ondenkbaar. Pas met de invoering van het geregistreerde partnerschap in 1998 kwam het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht in zicht. Het werd uiteindelijk in 2001 in Nederland geïntroduceerd. Inmiddels hebben enkele andere landen Nederland hierin gevolgd.

De ontwikkelingen gaan verder. Binnen relaties van twee vrouwen kunnen kinderen worden geboren. Aan het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht zijn naar huidig recht echter geen afstammingsrechtelijke gevolgen verbonden. Wanneer een kind wordt geboren binnen een relatie van twee vrouwen, kan de vrouwelijke partner van de moeder, de 'duomoeder', het kind evenmin erkennen. Dit betekent dat de vrouwelijke partner van de moeder alleen door adoptie 'juridisch' moeder kan worden van het kind. 'Juridisch', want als het kind wordt verzorgd en opgevoed door de vrouwelijke partner van de moeder, zal het kind haar evenzeer als tweede moeder beschouwen.

Het in 2006 ingediende wetsvoorstel 'adoptie door homoparen' beoogt adoptiebepalingen te versoepelen: de duomoeder kan ingevolge dit wetsvoorstel ook al vanaf het tijdstip van geboorte van het kind door adoptie juridisch moeder worden. Een stap in de goede richting, maar volgens een Kamermeerderheid nog niet voldoende, zo blijkt uit een door de Tweede Kamer in het voorjaar van 2007 aangenomen motie van het lid Pechtold. De rechtsfiguren erkenning en ouderschap van rechtswege zouden ook voor de duomoeder open moeten staan, aldus die motie.

Mede naar aanleiding van deze motie is aan de Commissie gevraagd te onderzoeken op welke andere wijze dan door adoptie, zoals in het wetsvoorstel voorgesteld, het ouderschap van de duomoeder op eenvoudige wijze kan worden verkregen. De Commissie heeft daarbij het belang van het kind als belangrijkste uitgangspunt genomen. Dat belang kan heel goed samenvallen met het belang van zijn of haar verzorgers en opvoeders. Het kind is immers gebaat bij een stabiele opvoedings- en verzorgingsrelatie. De juridische bescherming zou daarop gericht moeten zijn. Door naast dit belang het beginsel van gelijke behandeling als uitgangspunt te nemen, is de Commissie gekomen tot haar bevindingen.

De Commissie heeft over het onderwerp met het COC Nederland van gedachten gewisseld. De Commissie heeft dit overleg als zeer nuttig ervaren en ik wil het COC Nederland daarvoor dan ook hartelijk dank zeggen. Het is juridisch complexe materie. De Commissie was dan ook verheugd dat drie deskundigen bereid waren om op zeer korte termijn naar het conceptrapport te kijken. Ik wil deze deskundigen, Jan de Boer, Machteld Vonk en Sylvia Wortmann, namens de Commissie hartelijk dank zeggen voor hun waardevolle suggesties en advies.

Tot slot wil de Commissie het secretariaat nadrukkelijk danken voor de grote inzet waarmee heel veel werk in korte tijd is verzet. Een enorme prestatie!

De Commissie spreekt de hoop uit dat haar werk de wetgever behulpzaam zal zijn bij het maken van verdere keuzes met betrekking tot het lesbisch ouderschap.

Ella Kalsbeek

Conclusie

De Commissie is gevraagd te bezien op welke andere wijze dan door adoptie de vrouwelijke partner van de moeder ouder kan worden van het kind dat wordt geboren binnen de relatie van deze vrouw met de moeder. De conclusie van de Commissie is dat daartoe juridisch twee mogelijkheden bestaan: erkenning door de duomoeder bij niet gehuwde lesbische ouders en het van rechtswege ouder worden van de duomoeder bij gehuwde lesbische ouders. Mogelijk is ook om indien er sprake is van een huwelijk erkenning te introduceren. Dat biedt de keuzemogelijkheid aan lesbische ouders om of de duomoeder of de biologische vader het kind te laten erkennen. Mocht hierover – bij nader inzien – een geschil ontstaan tussen de biologische vader en de duomoeder, dan staat de duomoeder hierin sterker. Het is te verwachten dat de rechter de wens van de moeders om het kind te erkennen zwaarder zal laten wegen dan die van de biologische vader.

De Commissie heeft bij haar overwegingen twee uitgangspunten gehanteerd, namelijk dat van het belang van het kind en dat van gelijke behandeling.

Het kind is gebaat bij een stabiele opvoedingssituatie, bij juridische bescherming van de feitelijke (reële) gezinssituatie. Twee ouders kunnen het kind meer houvast bieden dan één ouder. Hoewel ook aan het gezag belangrijke consequenties zijn verbonden, onderstreept de Commissie het belang dat aan beide verzorgers en opvoeders dezelfde juridische positie toekomt. Gezag is niet op één lijn te stellen met juridisch ouderschap. Er vloeien meer rechten en plichten uit het juridisch ouderschap voort dan uit gezag. Bovendien is juridisch ouderschap van belang voor de identiteit van betrokkenen. Zij krijgen op die manier het gevoel voor altijd bij elkaar te horen.

Het uitgangspunt van gelijke behandeling houdt in de kern in dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. Wat 'gelijk' is in het kader van het lesbische ouderschap hangt af van het antwoord op de vraag welk aspect van het ouderschap men het belangrijkste vindt, sociaal of biologisch ouderschap. De Commissie heeft gelet op haar opdracht aansluiting gezocht bij het bestaande juridische systeem. Het feit dat aan dat systeem een bepaald uitgangspunt ten grondslag ligt, neemt echter niet weg dat de Commissie meent dat ook het sociale ouderschap en het feitelijke *family life* van twee vrouwen juridische bescherming behoeft, mede gelet op de belangen van het kind. De Commissie is van mening dat het in ieder geval mogelijk moet zijn voor de duomoeder om het kind te erkennen. In zoverre prevaleert de bescherming van het sociale ouderschap boven het vasthouden aan (het vermoeden) van biologisch ouderschap. Over het antwoord op de vraag of ook het ouderschap van rechtswege mogelijk moet zijn indien het lesbische paar gehuwd is, laat de Commissie zich niet uit. Al naar gelang de betekenis die wordt toegekend aan het beginsel van gelijke behandeling van heteroseksuele en lesbische relaties is het ter beoordeling van de wetgever of de gehuwde duomoeder van rechtswege ouder wordt. Een rechtspolitieke keuze als deze is niet aan deskundigen, maar aan de wetgever. Zou besloten worden dat de duomoeder door huwelijk ouder van het kind kan worden, dan zou het kind moeten kunnen achterhalen uit welke moeder het geboren is. In dat geval is een aantekening vereist. Deze aantekening leidt er weer toe dat het ouderschap van rechtswege veel gelijkenis vertoont met de erkenning.

Samenvatting

Wanneer een kind wordt geboren binnen een relatie van twee vrouwen zal er altijd een derde, een biologische vader, bij betrokken zijn. Deze man kan een meer of minder actieve rol spelen in het leven van het kind. Er kunnen zich dan ook verschillende opvoedings- en verzorgingssituaties voordoen. Deze situaties worden in paragraaf 2 omschreven. Zo kan de biologische vader de verwekker van het kind zijn, maar ook de donor. Zijn rol in het leven van het kind kan variëren van geen contact of betrokkenheid bij de opvoeding tot (sommig) contact met het kind, omgang met het kind of zelfs erkenning van het kind.

In paragraaf 3 wordt uiteengezet welke uitgangspunten de Commissie aan haar advies ten grondslag heeft gelegd. Ten eerste is dat het belang van het kind. Het kind is gebaat bij een stabiele opvoedingssituatie en bij juridische bescherming van de feitelijke (reële) gezinssituatie. Het gezag kan daarin grotendeels voorzien, maar ouder(s) en kind hebben pas echt het gevoel bij elkaar te horen als hun familieband juridisch is bevestigd. Als het gaat om gelijke behandeling van heteroseksuele en lesbische relaties in het afstamingsrecht onderscheidt de Commissie twee benaderingen van het beginsel van gelijke behandeling. In de eerste benadering is het sociaal ouderschap uitgangspunt. Voor bescherming van een gezin zou geen onderscheid gemaakt mogen worden op grond van de samenstelling van een gezin. De andere benadering neemt het biologisch ouderschap als uitgangspunt. De vraag staat daarbij centraal of in het afstammingsrecht een onderscheid mag worden gemaakt tussen een heteroseksuele relatie en een homoseksuele relatie, nu er biologisch gezien binnen de ene relatie wel en binnen de andere relatie eenmaal geen kinderen geboren kunnen worden.

De wijze waarop een vrouw juridisch moeder wordt en een man juridisch vader, wordt in paragraaf 4 uiteengezet. Zo is de vrouw uit wie het kind geboren is de moeder van het kind. Vader is de man die met deze vrouw gehuwd is, als tijdens het huwelijk een kind wordt geboren. Is de man niet getrouwd met de moeder, dan kan hij door erkenning vader van het kind worden. Steeds wordt vermoed dat de man ook de biologische vader is van het kind. Dit blijkt ook uit de mogelijkheden om het juridische vaderschap aan te tasten. Dat kan – onder bepaalde voorwaarden en binnen bepaalde termijnen - alleen als de vader niet de biologische vader van het kind is. Als de ongehuwde man het kind niet wil erkennen, dan kan een rechter vaststellen dat hij de vader is. Dat kan niet alleen wanneer de man de verwekker van het kind is, maar ook wanneer hij als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad – zoals kunstmatige inseminatie. De vrouwelijke partner van de moeder – in het rapport ook wel aangeduid als ‘de duomoeder’ - kan alleen moeder van het kind worden door het te adopteren. Deze procedure kost tijd en geld. Bovendien is er sprake van rechterlijke tussenkomst. Op dit moment is een wetsvoorstel in behandeling waarin in een aanpassing van de adoptieprocedure wordt voorzien voor die gevallen dat een kind wordt geboren binnen een relatie van twee vrouwen (wetsvoorstel 30 551). Zo wordt er bijvoorbeeld in voorzien dat de adoptie, indien tijdig verzocht, kan terugwerken tot het tijdstip van geboorte van het kind. Zie verder paragraaf 4.

De mogelijkheid voor de vrouwelijke partner van de moeder om een kind te erkennen, komt in paragraaf 5 aan de orde. De verschillende aspecten van de erkenning worden daar belicht, evenals de mogelijkheid dat de rechter het moederschap van de duomoeder vaststelt. Door een kind te erkennen ‘aanvaardt’ een man dat hij vader wordt van dat kind. Ook een vrouw zou zo het kind van haar partner kunnen aanvaarden. Het is aan de moeder om daarvoor toestemming te geven. Met erkenning kan het juridisch ouderschap vorm krijgen op een wijze die past bij de feitelijke verzorgings- en opvoedingssituatie die het lesbische paar en de biologische vader voor ogen hebben. Erkenning heeft bovendien voordelen boven adoptie, ook boven de adoptieregeling zoals voorgesteld in wetsvoorstel

30 551: er komt geen rechterlijke toets aan te pas. Dat spaart tijd en kosten en voorkomt de emotionele belasting van een procedure. Adoptie kan echter minder gemakkelijk ongedaan worden gemaakt dan erkenning of ouderschap van rechtswege, en levert daarom voor de duomoeder een sterker ouderschap op.

Op de vraag of de duomoeder ook door huwelijk ouder zou moeten kunnen worden, gaat de Commissie in paragraaf 6 in. Het antwoord op die vraag is naar haar mening afhankelijk van de gekozen benadering van het beginsel van gelijke behandeling, zoals uiteengezet in paragraaf 3. De Commissie besteedt aandacht aan de verschillende aspecten van het ouderschap van rechtswege door huwelijk.

In paragraaf 7 belicht de Commissie haar voorkeur voor aansluiting bij de bestaande Nederlandse rechtsfiguren. Het risico bestaat dat een nieuwe rechtsfiguur zal worden gezien als een tweederangs optie voor een persoon die niet mag erkennen. Ook kan een nieuwe rechtsfiguur mogelijk minder gemakkelijk op erkenning in het buitenland rekenen dan wanneer aangesloten wordt bij een bestaande rechtsfiguur. Deze paragraaf gaat verder kort in op de Zweedse, Canadese en Spaanse regelingen van het lesbisch ouderschap, waarbij wordt aangeknoopt bij kunstmatige bevruchting. Tot slot wordt stilgestaan bij de mogelijkheid van drie ouders. De Commissie acht dit niet wenselijk. Het zou een zeer ingrijpende wijziging van het afstammingsrecht met zich brengen, terwijl van een maatschappelijke behoefte daaraan niet is gebleken. Daarnaast zou daarmee de kans op conflict over het gezag worden vergroot.

In paragraaf 8 wordt kort ingegaan op de vraag of lesbische paren ook nog gebruik moeten kunnen maken van de versoepelde adoptieprocedure, mede in verband met het wetsvoorstel 30 551. De Commissie meent dat, bij invoering van erkenning door de duomoeder of ouderschap van rechtswege, de adoptiebepalingen weer zouden moeten worden 'teruggedraaid' tot de mogelijkheid van stiefouderadoptie.

De vraag hoe andere landen zullen reageren op het feit dat een vrouw op andere wijze moeder is geworden van een kind dan door geboorte of adoptie, behandelt de Commissie in paragraaf 9. De Commissie vangt deze paragraaf aan met op te merken dat er tot heden geen systematisch onderzoek is gedaan naar de internationale aspecten van lesbisch ouderschap en dat zij deze aspecten dus alleen kan benaderen vanuit een veronderstelling hoe er in andere landen zal worden gereageerd. In veel landen is erkenning een waarheidshandeling en niet, zoals in Nederland, een rechtshandeling. Het gevolg daarvan kan zijn, dat die landen erkenning door een vrouw minder makkelijk zullen aanvaarden. Het is dan immers objectief waarneembaar dat er van biologisch ouderschap geen sprake kan zijn. Problemen van erkenning in het buitenland mogen naar de mening van de Commissie echter niet doorslaggevend zijn voor de vraag of lesbisch ouderschap anders dan door adoptie mogelijk moet zijn. Nederland heeft steeds een emancipatoir homobeleid gevoerd. Dat is altijd gebeurd in de wetenschap dat dit in het buitenland niet altijd op begrip zou kunnen rekenen. De Commissie is ervan uitgegaan dat de wetgever dit emancipatoire beleid wil blijven voortzetten.

De conclusie van de bevindingen van de Commissie is te vinden in paragraaf 10.

1. Inleiding

De Commissie heeft tot taak te adviseren over lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie. Haar is verzocht in oktober 2007 haar bevindingen over het lesbisch ouderschap kenbaar te maken en het advies over interlandelijke adoptie in het voorjaar van 2008 uit te brengen. Hier gaat het over het lesbisch ouderschap.

De Commissie is ingesteld in het kader van de uitvoering van de motie Pechtold c.s. (Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 60). Deze motie verzocht het destijds nog in de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen (hierna: wetsvoorstel 30 551) uit te breiden.

Samengevat betreft het wetsvoorstel 30 551 de volgende punten. Enerzijds gaat het om de interlandelijke adoptie: het beoogt adoptie van een buitenlands kind open te stellen voor echtgenoten van gelijk geslacht tezamen. Anderzijds wil het de nationale adoptieprocedure versoepelen, zodat het kind dat is geboren binnen de relatie van de moeder en haar vrouwelijke partner sneller kan worden geadopteerd.

De motie Pechtold luidt als volgt:

“constaterende, dat duizenden kinderen die opgroeien bij een lesbisch(echt)paar, jarenlang in juridische onzekerheid verkeren doordat de sociale moeder de juridische band met haar kind alleen kan veiligstellen doormiddel van een tijdrovende en kostbare adoptieprocedure;

van mening, dat het feit dat de juridische bescherming van een kind dat opgroeit bij een lesbisch paar nog niet op eenzelfde eenvoudige wijze is geregeld als die van een kind dat wordt geboren bij een heteroseksueel paar, geen recht doet aan het gelijkheidsbeginsel;

verzoekt de regering wetsvoorstel 30 551 uit te breiden met een mogelijkheid tot ouderschap van rechtswege ten aanzien van kinderen die geboren worden bij een lesbisch echtpaar en met de mogelijkheid tot «erkenning» door de sociale moeder bij een lesbisch paar, en de nota naar aanleiding van het verslag bij dit wetsvoorstel spoedig naar de Kamer te zenden.”

Naar aanleiding van deze motie heeft de minister van Justitie, mede namens de minister voor Jeugd en Gezin, op 15 mei 2007 een brief aan de Tweede Kamer gezonden, waarin hij heeft aangegeven een Commissie te willen instellen. Vervolgens vond op 29 mei 2007 een algemeen overleg plaats (Kamerstukken II, 2006/07, 30 551, nr. 10). Op 8 juni 2007 heeft de minister van Justitie, mede namens de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de minister voor Jeugd en Gezin, de Tweede Kamer schriftelijk geïnformeerd over de opdracht aan de Commissie, de samenstelling en het tijdpad (Kamerstukken II 2006/07, 30 551, nr. 9).

In deze brief is de opdracht betreffende het lesbisch ouderschap als volgt verwoord:

“a. Te bezien op welke andere wijze dan door adoptie – zoals uitgangspunt in het wetsvoorstel adoptie door homoparen (30 551) – kan worden voorzien in een mogelijkheid voor een 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, het

belang van alle betrokken personen, ook dat van het kind, alsmede de tijd en kosten van de procedure daarbij in aanmerking nemend.

b. Een beeld te schetsen van de juridische implicaties die erkenning, ouderschap van rechtswege of een nieuwe rechtsfiguur met zich brengen; meer in het bijzonder:

1. de bescherming van de positie van de biologische vader, daarbij onderscheid makend tussen de verwekker en bekende donor (met family life) enerzijds en de anonieme donor anderzijds, waarbij tevens wordt betrokken het feit dat de wet reeds de mogelijkheid kent voor een niet-biologische vader om een kind te erkennen of van rechtswege juridisch vader van het kind te worden.

2. de erkenning van denkbare rechtsfiguren in het buitenland en de problemen die niet-erkenning daarvan voor het kind en de ouders in het buitenland met zich kan brengen alsmede de mogelijkheden om in een oplossing van die problemen te voorzien.”

Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel 30 551 op 27 en 28 juni 2007 is vervolgens door een Kamermeerderheid steun voor de instelling van de Commissie uitgesproken. Wel heeft de Tweede Kamer na deze plenaire behandeling het wetsvoorstel 30 551 aangenomen. De Commissie heeft met de mogelijke aanvaarding van het wetsvoorstel rekening gehouden in haar advies. Zij heeft haar opdracht zo gelezen om ook te bezien of het wenselijk is, naast de versoepeling van de adoptieregeling zoals voorgesteld in wetsvoorstel 30 551, een andere mogelijkheid voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen met de vrouwelijke partner van de moeder te creëren.

Op 14 september 2007 ging de Ministerraad akkoord met de instelling van de Commissie (zie instellingsbesluit gepubliceerd in de Staatscourant van 15 oktober 2007, nr. 193, p. 6).

De opdracht is uitdrukkelijk gespecificeerd. Aanverwante onderwerpen, zoals onder meer het naamrecht, onderhoudsverplichtingen, het gezagsrecht en het nationaliteitsrecht, komen in het advies niet of slechts zijdelings (ter illustratie) aan de orde.

De situatie waarin twee mannen het ouderschap vorm geven, heeft de Commissie niet in haar advies betrokken. De opdracht strekt daar niet toe. Deze situatie verschilt van de situatie van het lesbisch ouderschap. Een kind kan immers niet binnen de relatie van twee mannen geboren worden.

Hierna wordt allereerst ingegaan op mogelijke feitelijke verzorgings- en opvoedingssituaties (paragraaf 2). Vervolgens wordt uiteengezet welke uitgangspunten de Commissie aan haar advies ten grondslag heeft gelegd (paragraaf 3). Daarna worden kort de mogelijkheden belicht in het huidige Nederlandse recht om familierechtelijke betrekkingen te vestigen en wordt ingegaan op wetsvoorstel 30 551 (paragraaf 4). Voorts komen andere wijzen waarop de vrouwelijke partner van de moeder juridisch ouder kan worden van het kind aan bod. Achtereenvolgens gaat het hierbij over de mogelijkheid van (on)gehuwde vrouwelijke partner van de moeder om door erkenning ouder te worden van het kind (paragraaf 5), en de mogelijkheid voor de echtgenote van de moeder om door huwelijk ouder te worden (paragraaf 6). Vervolgens worden andere mogelijkheden voor lesbische paren om ouder te worden besproken (paragraaf 7). Daarna wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid van adoptie door de duomoeder in het licht van de bevindingen van de Commissie (paragraaf 8). Daarnaast wordt ingegaan op enige internationale aspecten van het moederschap anders dan door geboorte of adoptie (paragraaf 9). Tot slot volgt de conclusie van de Commissie (paragraaf 10).

2. Feitelijke verzorgings- en opvoedingsrelaties

Feitelijk ouderschap doet zich in vele gedaanten voor. Om de situaties waarover de Commissie adviseert inzichtelijk te maken, worden hierna de verschillende mogelijke feitelijke situaties geschetst. Deze paragraaf gaat dus niet in op de juridische mogelijkheden.

Een kind kan worden geboren binnen een relatie van een vrouw en een man, of een vrouw en een vrouw. Hiervoor is al opgemerkt dat een kind niet kan worden geboren binnen een relatie van twee mannen. De situatie dat een kind wordt geboren uit een alleenstaande moeder wordt buiten beschouwing gelaten.

De biologische vader is de verwekker of de donor:

- Verwekker: de man die met de vrouw gemeenschap heeft gehad, ten gevolge waarvan de bevruchting heeft plaatsgevonden.
- Donor: de man met wiens zaad de bevruchting heeft plaatsgevonden, zonder dat er sprake is geweest van gemeenschap tussen de man en deze vrouw.

De verwekker van het kind kan zijn:

- De partner, of
- Een derde.

Is de verwekker een derde, dan zijn de volgende situaties te onderscheiden:

- De derde was eerder de partner van de moeder. Voordat het door hem verwekte kind werd geboren, is de moeder een relatie aangegaan met een andere man of met een vrouw;
- De moeder en haar partner hebben deze derde verzocht bij de vrouw een kind te verwekken, met de bedoeling dat de moeder en haar partner het kind zullen verzorgen en opvoeden (en dat het met haar partner in familierechtelijke betrekking komt te staan);
- Er is sprake van overspel;
- Door de moeder ongewenst seksueel contact (verkrachting).

Er zijn twee typen donoren:

- De bekende donor: moeder en haar partner kennen de man met wiens zaad de bevruchting heeft plaatsgevonden door middel van kunstmatige inseminatie of IVF. Deze donor kan tevens de partner van de moeder zijn;
- De onbekende donor:¹ de bevruchting heeft plaatsgevonden met het zaad van een onbekende man.

Met de bekende donor kunnen verschillende afspraken zijn gemaakt. Te denken valt onder meer aan de volgende situaties:

- De donor wil anoniem blijven; hij wil op geen enkele wijze betrokken zijn bij de opvoeding of verzorging van het kind. Ook wil hij niet betrokken worden, of genoemd worden in de adoptieprocedure. Hij is een bekende donor voor de moeder en haar partner, maar een onbekende donor voor alle anderen (ook voor het kind);
- De donor wil geen familierechtelijke betrekkingen met het kind, maar wil wel betrokken zijn bij de verzorging en opvoeding van het kind;
- De donor wil juridisch vader worden van het kind.

¹ Er is geen sprake van echte onbekendheid: ingevolge de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting kan een kind vanaf de leeftijd van 16 jaar persoonsidentificerende gegevens van de donor opvragen. Dit kan alleen worden geweigerd wanneer de belangen om onbekend te blijven van de donor zwaarder wegen dan de belangen van het kind om te weten wie de donor is.

Het kan ook zijn dat er met de bekende donor geen duidelijke afspraken zijn gemaakt, of dat de moeder en haar partner of de bekende donor zich niet aan de gemaakte afspraken houden.

Biologische moeder: de vrouw uit wie het kind geboren wordt. Het is echter ook mogelijk dat er gebruik wordt gemaakt van een donoreicel van een andere vrouw. Bijvoorbeeld, binnen een relatie van twee vrouwen: de eicel van de partner. In dat geval is het genetisch materiaal (de eicel) afkomstig van een andere vrouw dan de vrouw die het kind ter wereld brengt.

De verzorging en opvoeding van een kind kan geschieden door zowel de biologische ouders als door anderen. Feitelijk kan de verzorging en opvoeding ook in handen zijn van meer dan twee volwassenen.

3. Uitgangspunten Commissie

De Commissie heeft als uitgangspunten gehanteerd het belang van het kind en het beginsel van gelijke behandeling. Hierna wordt op beide beginselen ingegaan.

3.1 Belang van het kind

De Commissie heeft onderzocht hoe het belang van een kind, mede gelet op artikel 3 lid 1 Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), geboren binnen een relatie van twee vrouwen, optimaal kan worden beschermd.² Dit belang zal overigens vaak samenvallen met de belangen van de verzorgers en opvoeders van het kind.

Het kind is gebaat bij een stabiele opvoedingssituatie en bescherming van zijn feitelijke (reële) gezinssituatie.³

In de psychologische en pedagogische wetenschappelijke literatuur wordt al lang erkend dat de vertrouwensrelatie met de feitelijke, opvoedende ouders een cruciale factor vormt die richting geeft aan de verdere ontwikkeling van het opgroeiende kind.⁴ Het kind ontleent veiligheid aan de gehechtheidsrelatie met de opvoedende ouder, veiligheid die nodig is om zich geborgen te voelen en om de persoonlijkheid te ontplooiën. Het ontstaan van een gehechtheidsrelatie is niet voorbehouden aan biologisch verwante ouders en kinderen, maar kan in gelijke mate en van gelijke kwaliteit plaatsvinden bij niet-biologisch verwante 'sociale' ouders en kinderen (bijvoorbeeld in adoptiegezinnen).⁵

Recente longitudinale studies bevestigen het belang van stabiele gezinssituaties en tonen tevens aan (bij zowel biologisch als bij niet-biologisch verwante ouders en kinderen) dat de gehechtheidsrelatie tussen ouder en kind een voorspellende factor is voor de latere ontwikkeling van het kind tijdens de kinderjaren, de adolescentie en de volwassenheid.⁶

Uit onderzoek blijkt verder dat de ontwikkelingskansen van kinderen die opgroeien in gezinnen met lesbische ouders even gunstig zijn, als die van kinderen die bij hetero-ouders opgroeien.⁷

² Artikel 3 lid 1 IVRK luidt als volgt: "Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging."

³ Zie in die zin bijvoorbeeld *Committee of Experts on Family Law, Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage - the white paper*, Straatsburg, 23 oktober 2006, p. 6, 7.

⁴ Erikson, *Childhood and society*, 1963 (2nd ed), Bowlby, *A secure base. Clinical applications of attachment theory*, 1988 en Van IJzendoorn *Gehechtheid van ouders en kinderen*, 1994.

⁵ Juffer, *Verbonden door adoptie. Een experimenteel onderzoek naar hechting en competentie in gezinnen met een adoptiebaby*, 1993.

⁶ Sroufe, Egeland, Carlson, en Collins, *The development of the person. The Minnesota study of risk and adaptation from birth to adulthood*, 2005; Grossmann, Grossmann en Waters, *Attachment from infancy to adulthood. The major longitudinal studies*, 2005 en ook Jaffari-Bimmel, Juffer, Van IJzendoorn, Bakermans-Kranenburg en Mooijaart, *Social development from infancy to adolescence: Longitudinal and concurrent factors in an adoption sample. Developmental Psychology*, 2005, 42, p. 1143-1153.

⁷ Patterson, *Children of lesbian and gay parents. Child Development*, 1992, 63, 1025-1042 en Patterson, *Children of lesbian and gay parents. Current Directions in Psychological Science*, 2006, 15, p. 241-244. Zie ook Bos, Van Balen en Van den Boom, *Child adjustment and parenting in planned lesbian-parent families, American Journal of Orthopsychiatry*, 2007, 77, p. 38-48; Bos en Hakvoort, *Child adjustment and parenting in planned lesbian families with known and as-yet unknown donors, Journal of Psychosomatic Obstetrics en Gynecology*, 2007, 28, p. 121-129 en Gartrell, Peyser en Bos, *Planned lesbian families: A review of the U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study*, gepubliceerd in Brodzinsky, Pertman en Kunz (Red.), *Lesbian and gay adoption: A new American reality*, (n.n.g.).

In het advies staat de bescherming van het sociaal ouderschap, het feitelijke *family life*, dan ook centraal. Voor de vraag naar de juridische bescherming van dit sociale ouderschap wordt aansluiting gezocht bij de bescherming van *family life*, zoals vastgelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM). De Commissie is zich er van bewust dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag of het gezinsleven van een lesbisch paar en hun kind(eren) kan worden gekwalificeerd als *family life*. De Hoge Raad heeft deze vraag tot dusverre evenmin bevestigend beantwoord.⁸ De bescherming die artikel 8 EVRM biedt aan feitelijk gezinsleven - en die nader vorm heeft gekregen in de rechtspraak van het EHRM - dient naar de mening van de Commissie ook te worden geboden aan lesbische paren. Uit de rechtspraak van het EHRM vloeit slechts een minimale bescherming voort. Het staat Nederland vrij om verdergaande bescherming te bieden (artikel 53 EVRM).

De bescherming van dit *family life* behelst de bescherming van het feitelijke *family life* waarin de opvoeding van het kind plaatsvindt. Biologische of juridische afstammingsbanden zijn hierin op zich zelf niet doorslaggevend, maar kunnen een factor van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van *family life* en zo ja, op welke wijze dit dient te worden beschermd.⁹

De Commissie heeft verder, mede met het oog op het voorgaande, tot uitgangspunt genomen dat het kind is gebaat bij twee juridische ouders. Twee ouders kunnen het kind meer houvast bieden dan één ouder. Hoewel ook aan het gezag belangrijke consequenties zijn verbonden, onderstreept de Commissie het belang dat beide verzorgers en opvoeders dezelfde juridische positie toekomt. Als de één ouder is, zou de ander dat ook moeten zijn. Dit is alleen anders wanneer er redenen zijn om daarvan af te wijken, bijvoorbeeld omdat er al een andere ouder is (te denken valt daarbij vooral aan echtscheiding).

In dit verband ziet de Commissie het hebben van gezag niet als volwaardig of daarmee gelijk te stellen ouderschap. Als twee vrouwen het gezamenlijk gezag over een kind uitoefenen, vloeien daaruit rechten en plichten voort. Te denken valt aan onderhoudsverplichtingen en aan de mogelijkheid van naamskeuze.¹⁰ Het belang van het zijn van juridisch ouder gaat echter verder dan de rechten en plichten die ook uit gezag voortvloeien. Een eerste belang betreft de identiteit. Zowel het kind als de ouder krijgen op die manier het gevoel voor altijd bij elkaar te horen.¹¹ Dit belang is niet alleen gelegen in (juridische) rechten en plichten, maar ook in een diepe emotie, voelbaar in het persoonlijke leven. Daarnaast zijn aan de familierechtelijke betrekkingen erfrechtelijke gevolgen verbonden. Ook de nationaliteit van een kind wordt naar Nederlands recht bepaald door de nationaliteit van zijn ouders. Ouderschap geeft voorts meer mogelijkheden tot het doen van naamskeuze dan gezag.

8 Zie Hoge Raad 10 augustus 2001, NJ 2002, 278 m. nt. JdB.

9 Zie onder meer EHRM 26 mei 1994, appl. no. 16969/90 (*Keegan tegen Ierland*), EHRM 28 oktober 1998 appl. no. 24484/94 (*Söderback tegen Zweden*).

10 Als de vrouwen gehuwd zijn, of geregistreerde partners zijn, oefenen zij vanaf de geboorte gezamenlijk gezag uit. Zij kunnen (uiterlijk bij de geboorteaangifte) verklaren dat het kind de naam van de echtgenote of geregistreerde partner van de moeder zal krijgen (artikel 253sa lid 3 BW). Zijn de vrouwen niet gehuwd en zijn zij evenmin geregistreerde partners, dan kunnen zij bij het verzoek om gezamenlijk het gezag over het kind uit te oefenen, verzoeken de geslachtsnaam van het kind te wijzigen in de geslachtsnaam van de andere vrouw (artikel 1:253t BW).

11 Zie in dit verband artikel 8 IVRK en voorts Heimerle, *International law and identity rights for adopted children*, *Adoption Quarterly*, 2003, 7 (2), 85-96, Brodzinsky, Schechter en Marantz Henig, *Being adopted. The lifelong search for self*, 1993.

3.2 Gelijke behandeling

3.2.1 Algemeen

Ook gelijke behandeling van heteroseksuele en homoseksuele paren is tot uitgangspunt genomen voor het onderzoek van de Commissie. In artikel 1 Grondwet is het beginsel van gelijke behandeling neergelegd. Voorts is in artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM het verbod van discriminatie opgenomen. De vraag is in hoeverre het beginsel van gelijke behandeling vereist dat een vrouwelijke partner van de moeder op gelijke wijze wordt behandeld als een mannelijke partner van de moeder.

Het is daarbij ten eerste de vraag of het om gelijke gevallen gaat. Als dat zo is en deze gelijke gevallen worden niet gelijk behandeld, zal moeten worden bezien of daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat en of er sprake is van proportionaliteit tussen de (maat)regel en het doel ervan. In paragraaf 3.1 is al uiteen gezet, dat het EHRM zich nog niet heeft gebogen over de vraag of de vrouwelijke en de mannelijke partner van de moeder in gelijke mate aanspraak moeten kunnen maken op het vestigen van familierechtelijke betrekkingen met het kind. Ook onthoudt het EHRM zich van uitspraken over de verenigbaarheid van een rechtsstelsel met het EVRM in algemene zin. Bovendien bestaat er geen gemene deler binnen de verdragssluitende staten over de vraag of lesbisch ouderschap (door erkenning of van rechtswege) mogelijk moet zijn of niet. Dit brengt met zich dat het EHRM de verdragssluitende staten een grote beleidsvrijheid laat op dit terrein.¹²

3.2.2 Twee benaderingen

Inzake de gelijke behandeling van lesbische en heteroseksuele paren, kunnen twee benaderingen worden onderscheiden. Afhankelijk van de gekozen benadering, krijgt het beginsel van gelijke behandeling een andere invulling. Ouderschap kent meerdere aspecten.

a. Het sociale ouderschap

Het beginsel van gelijke behandeling kan worden benaderd vanuit de gedachte dat het sociale ouderschap centraal dient te staan. Over het sociale ouderschap en het belang van bescherming daarvan is in de vorige paragraaf al het nodige gezegd.

Deze benadering neemt het samenleven van volwassenen met een kind als gezin, het *family life*, als uitgangspunt voor de vraag of er sprake is van gelijke gevallen. De samenstelling van het gezin is daarbij niet van belang. Indien aangenomen wordt dat het gaat om gelijke gevallen, is de volgende vraag of een gemaakt onderscheid tussen lesbische en heteroseksuele paren redelijk en objectief gerechtvaardigd is.

b. Het biologisch ouderschap

Daarnaast kan het beginsel van gelijke behandeling worden benaderd vanuit de gedachte dat het biologisch ouderschap centraal dient te staan. Heteroparen en lesbische paren, die een kind verzorgen en opvoeden, hebben veel gemeen, maar één ding niet: de biologische afstamming.

¹² Vergelijk Hoge Raad 10 augustus 2001, NJ 2002, 278 m. nt. JdB.

Deze benadering neemt de biologische werkelijkheid als uitgangspunt voor het beantwoorden van de vraag of sprake is van gelijke gevallen.¹³ De Commissie heeft het belang van het kind als uitgangspunt genomen en daarbij het belang van het sociaal ouderschap benadrukt (zie paragraaf 3.1). Vanuit die optiek zou men ook kunnen betogen dat er weliswaar sprake is van gelijke gevallen, gelet op het in beide gevallen aanwezige sociale ouderschap, maar dat toch voor het maken van onderscheid een redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond is. Het ene sociale ouderschap is namelijk verbonden met (een vermoeden van) biologisch ouderschap en het andere niet.

3.3 Bestaande juridisch systeem

Aan het huidige afstammingsrecht ligt het (vermoeden van) biologisch ouderschap ten grondslag; dat is voor de Commissie een gegeven. De hele wettelijke regeling borduurt daarop voort. Hoewel een man juridisch vader kan worden van een kind, van wie hij niet de biologische vader is, is de biologische waarheid uiteindelijk doorslaggevend. Het kind kan immers het vaderschap aantasten op de enkele grond dat de juridische vader niet zijn biologische vader is (zie paragraaf 4.2).

Hierbij kan worden opgemerkt dat de Commissie Kortmann in 1997 concludeerde dat aan het huwelijk van een homoseksueel paar geen afstammingsrechtelijke gevolgen zouden moeten worden verbonden.¹⁴ Zij baseerde zich daarbij vooral op de gedachte dat daarmee te vergaand zou worden geabstraheerd van het vermoeden van biologisch ouderschap, dat in het afstammingsrecht uitgangspunt is.

De Commissie heeft gelet op haar opdracht aansluiting gezocht bij het bestaande juridische systeem. Het feit dat aan dit systeem een bepaald uitgangspunt ten grondslag ligt, neemt echter niet weg dat de Commissie meent dat ook het sociale ouderschap en het feitelijke *family life* van twee vrouwen juridische bescherming behoeft, mede gelet op de belangen van het kind. Afhankelijk van de gekozen benadering van het beginsel van gelijke behandeling kan het sociale ouderschap naast het vermoeden van biologisch ouderschap een plaats krijgen in het afstammingsrecht.

¹³ *Illustratief is in dit verband de positie van twee mannen. Binnen een relatie van een man en een vrouw kan een kind worden geboren. Daar is geen derde voor nodig. Binnen een relatie van twee vrouwen kan ook een kind worden geboren, maar daar is wél een derde voor nodig. Binnen een relatie van twee mannen kán geen kind worden geboren. De biologie staat in deze benadering in de weg aan volledige gelijke behandeling van heteroseksuele paren, lesbische paren en homoseksuele paren (twee mannen).*

¹⁴ *Rapport Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, Ministerie van Justitie, Den Haag, oktober 1997.*

4. De juridische vader en moeder

Deze paragraaf gaat in op de wijze waarop juridisch ouderschap kan ontstaan. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het ouderschap van de moeder, haar mannelijke partner en haar vrouwelijke partner.

4.1 De vrouw uit wie het kind is geboren: de moeder

Moeder is de vrouw uit wie het kind is geboren (zie artikel 1: 198 BW en artikel 1, eerste lid, onder c, Rijkswet op het Nederlandschap).¹⁵ Dit is ook het geval wanneer de eicel afkomstig is van een andere vrouw. De geboorte is bepalend voor het moederschap en niet de genetische afstamming.¹⁶ Het moederschap kan slechts door adoptie worden verbroken.

In iedere relatie (lesbisch of heteroseksueel) waarbinnen een kind wordt geboren, zal - naar Nederlands recht - een moeder zoals hiervoor omschreven aanwezig zijn. De vrouw uit wie het kind geboren is, is van rechtswege moeder van het kind. Dit is voor de Commissie een gegeven. Tenzij anders is aangegeven bedoelt dit rapport met “moeder” dan ook steeds: de vrouw uit wie het kind is geboren.

4.2 De mannelijke partner van de moeder

Wanneer de moeder een partner heeft, kan deze op verschillende manieren vader worden van het kind. Dit is onder meer afhankelijk van de vraag of de moeder met hem getrouwd is of niet.

4.2.1 Gehuwde paren

Is de moeder getrouwd, dan wordt haar echtgenoot van rechtswege vader van het kind dat tijdens hun huwelijk geboren wordt.¹⁷ De echtgenoot van de moeder wordt vermoed de biologische vader van het kind te zijn. Het vermoeden is gebaseerd op de in het huwelijk meest gangbare gezinssituatie, waarbij de echtgenoot ook de vader van het kind is.

Het kan voorkomen dat de echtgenoot van de moeder niet de biologische vader is van het kind dat tijdens zijn huwelijk met de moeder is geboren. In dat geval kunnen de vader, de moeder of het kind het vaderschap ontkennen (artikel 1: 200 lid 1 BW). De vader en de moeder kunnen dat niet als de man voor het huwelijk al wist van de zwangerschap van de vrouw. Zij kunnen dat evenmin wanneer de echtgenoot heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (artikel 1: 200 leden 2 en 3 BW). Is de vader echter door de moeder bedrogen omtrent de verwekker, dan staat de mogelijkheid van ontkenning voor hem wel open (artikel 1: 200 lid 4 BW). In verband met de rechtszekerheid is de ontkenning aan een termijn gebonden (artikel 1: 200 leden 5 en 6 BW).

¹⁵ Moeder is ook de vrouw die het kind heeft geadopteerd.

¹⁶ Zie hierover voormalig Staatssecretaris Schmitz, Kamerstukken II 1995/96, 24 649, nr. 3, blz. 7: “De moeder van het kind is de vrouw die het kind heeft gebaard, ook als het genetische materiaal waaruit het kind is ontstaan, niet van haar afkomstig is. Het gaat mij te ver om, nu er technische mogelijkheden tot embryodonatie zijn voor alle gevallen het vaste uitgangspunt ten aanzien van het moederschap te vervangen door een vermoeden van moederschap dat zonodig door de vrouw die het kind heeft gebaard of het kind en eventueel door de vader kan worden ontkracht. Het gegeven dat de vrouw op deze wijze een kind wilde krijgen, de zwangerschap en de geboorte vormen voor deze opvatting de grondslag.” Zie in deze zin ook *Committee of Experts on Family Law, Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage - the white paper*, Straatsburg, 23 oktober 2006, p. 7, 8.

¹⁷ Vader van rechtswege wordt voorts de man wiens huwelijk met de moeder binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden (artikel 1: 199 onder a en b BW).

4.2.2 Ongehuwde paren

Zijn de man en vrouw niet gehuwd, dan wordt de man niet van rechtswege vader van het kind. Ook niet als de moeder en de man geregistreerde partners zijn. Om vader te worden van het kind zal de man het kind moeten erkennen. Dit kan hij doen voor of na de geboorte van het kind. Erkenning is een eenzijdige rechtshandeling gericht op het tot stand brengen van familierechtelijke betrekkingen met een kind. Ook bij erkenning wordt de man vermoed de biologische vader van het kind te zijn. Van dit vermoeden wordt geen bewijs verlangd.

De moeder moet schriftelijk toestemming verlenen aan de erkenning als het kind jonger is dan zestien jaar. Is het twaalf jaar of ouder, dan moet ook het kind toestemming geven. Zonder deze toestemming is de erkenning nietig (artikel 1: 204 lid 1 BW). Wel kan de man verzoeken om vervangende toestemming van de rechtbank (artikel 1: 204 lid 3 BW). Daartoe is vereist dat hij de verwekker is van het kind. Daarnaast zal worden getoetst of de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind zou schaden. Is dat het geval, dan is er reden om de vervangende toestemming niet te verlenen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de moeder haar toestemming aan de verwekker gerechtvaardigd kan weigeren, omdat zij een gezin wenst te vormen met haar vrouwelijke partner en het kind.¹⁸

Uit deze rechtspraak volgt verder dat naast de verwekker ook de donor met *family life* aanspraak moet kunnen maken op het vestigen van familierechtelijke betrekkingen met het kind.¹⁹ De erkenning heeft gevolg vanaf het tijdstip waarop zij is gedaan. Als de man het kind vóór de geboorte heeft erkend (prenatale erkenning), dan geldt de erkenning vanaf de geboorte.

De man die door erkenning vader is geworden van het kind, hoeft niet de biologische vader van het kind te zijn. Als dat het geval is, kunnen de vader, de moeder en het kind verzoeken om vernietiging van de erkenning. Evenals bij de ontkenning van het vaderschap is de vernietiging van het vaderschap gebonden aan een termijn in verband met de rechtszekerheid (artikel 1: 205 leden 3 en 4 BW).

De mogelijkheden tot vernietiging van de erkenning door de vader en de moeder zijn beperkter dan de mogelijkheden tot ontkenning van het vaderschap dat door het huwelijk is ontstaan. Dit verschil hangt samen met het feit dat aan de erkenning een expliciete keuze ten grondslag ligt. Erkenning is een rechtshandeling. Dit impliceert dat de vader en de moeder (of de rechter) de betrokken belangen hebben afgewogen en hebben aanvaard dat de man juridische vader van het kind wordt. Op deze keuze kan slechts in uitzonderlijke gevallen worden teruggekomen.²⁰

¹⁸ Hoge Raad 24 januari 2003, NJ 2003, 386 m. nt. JdB

¹⁹ Hoge Raad 24 januari 2003, NJ 2003, 386 m. nt. JdB (rov. 3.5): "Vooropgesteld zij dat het Hof met juistheid op grond van de wetsgeschiedenis van art. 1:204 BW, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.2 en 2.3, heeft geoordeeld dat art. 1:204 lid 3 BW niet geldt voor de biologische vader die niet is de verwekker van het kind. Zulks laat echter onverlet de gelding van het bepaalde in art. 8 EVRM. Ingevolge dit artikel heeft de biologische vader die *family life* heeft met zijn kind, ongeacht de wijze waarop de zwangerschap is ontstaan, recht op bescherming van dit *family life*.

Het Hof was ingevolge art. 8 EVRM verplicht na te gaan of de man voldoende concrete omstandigheden had gesteld op grond waarvan het bestaan van *family life* tussen hem en het kind kon worden aangenomen. Het Hof heeft dit echter nagelaten. Het oordeel van het Hof de man niet in zijn verzoek te ontvangen alleen omdat het bepaalde in art. 1:204 lid 3 BW geen grond biedt tot behandeling van het verzoek van de man tot vervangende toestemming om L. te erkennen, is derhalve in zoverre op een onjuiste rechtsopvatting gebaseerd."

²⁰ Dat de mogelijkheden tot vernietiging van het vaderschap beperkter zijn dan die tot ontkenning, omdat er een keuze aan de erkenning ten grondslag ligt, komt eveneens tot uiting in de mogelijkheden van de vernietiging van de erkenning door het kind: het kind kan de erkenning niet vernietigen, indien hij zijn toestemming aan de erkenning heeft verleend tijdens zijn meerderjarigheid.

Het vaderschap van de erkenner kan worden vernietigd door de moeder en de erkenner wanneer de juridische vader niet de biologische vader van het kind is. Daarnaast is vereist dat de erkenning tot stand is gekomen onder invloed van een zogenaamd wilsgebrek: bedreiging, dwaling, bedrog, of, tijdens de minderjarigheid: door misbruik van omstandigheden (artikel 1: 205 lid 1 onder b en c BW).²¹ Erkenning is dus minder gemakkelijk aan te tasten dan door huwelijk ontstaan ouderschap.

Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat ook het Openbaar Ministerie kan verzoeken om de vernietiging van de erkenning (artikel 1: 205 lid 2 BW).

Op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad heeft ten slotte ook de verwekker een beperkte mogelijkheid tot vernietiging van de erkenning van de niet biologische vader. Relevant hiervoor is de uitspraak van de Hoge Raad van 12 november 2004, NJ 2005, 248. De Hoge Raad maakt in deze beschikking onderscheid tussen de volgende gronden van vernietiging.

Indien de verwekker het kind kon erkennen, maar dit heeft nagelaten, kan de erkenning slechts worden vernietigd met een beroep op misbruik van bevoegdheid. Van misbruik van bevoegdheid is sprake, indien door de moeder toestemming is gegeven voor erkenning aan de niet-verwekker met het enkele oogmerk de belangen van de verwekker te schaden (rov. 3.5.3). Deze bevoegdheid wordt meestal aan de orde gesteld in die gevallen dat de moeder hangende de procedure om vervangende toestemming voor erkenning een derde het kind laat erkennen.

Indien de verwekker niet of niet tijdig om vervangende toestemming voor erkenning heeft kunnen vragen, bijvoorbeeld omdat hem niet bekend was dat hij de verwekker van het kind was, wordt een minder strikte maatstaf voor vernietiging gehanteerd. In dat geval toetst de rechter of de moeder in redelijkheid tot verlening van de toestemming aan de andere man heeft kunnen komen. Hierbij neemt de rechter de onevenredigheid tussen de belangen van de verwekker bij erkenning en de daar tegenoverstaande belangen van de moeder in aanmerking, telkens in verband met de belangen van het kind (rov. 3.5.5).

Uit deze jurisprudentie blijkt dat de verwekker aan zijn verwekkerschap reeds een bescherming ontleent, waar het de vernietiging van de erkenning betreft. Of hij *family life* heeft met het kind, is daarbij niet relevant.²²

Als de moeder een kind heeft gebaard, maar de man weigert het kind te erkennen, dan staat voor de moeder en het kind de mogelijkheid open om het vaderschap van de man door de rechter vast te laten stellen.²³ Dat kan worden verzocht als de man de verwekker van het kind is, maar ook als de man als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (artikel 1: 207 lid 1 BW).

21 De vader kan de erkenning slechts vernietigen, indien hij onder invloed van de zogenaamde wilsgebreken (bedreiging, dwaling, bedrog, of tijdens de minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden) het kind heeft erkend (artikel 1: 205 lid 1 onder b BW). De moeder kan dit slechts, indien zij onder die omstandigheden is bewogen toestemming tot de erkenning te geven (artikel 1: 205 lid 1 onder c BW).

Voor de vader die, in de wetenschap dat hij niet de biologische vader van het kind is, het kind heeft erkend, kan worden aangenomen dat hij de erkenning slechts kan vernietigen, indien hij een beroep kan doen op de algemene regeling van bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 BW). Dit geldt eveneens voor de moeder die haar toestemming tot erkenning heeft verleend aan een man die niet de biologische vader van het kind is.

22 De Commissie acht het aannemelijk dat deze rechtspraak ook van toepassing is op de donor met *family life* vergelijk HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386 m. nt. JdB. In deze beschikking bepaalde de Hoge Raad dat op grond van artikel 8 lid 1 EVRM ook de donor met *family life* kan verzoeken om vervangende toestemming voor erkenning vergelijkbaar met de verwekker op grond van artikel 1: 204 lid 3 BW.

23 Als het kind ouder is dan 16 jaar, kan de moeder de gerechtelijke vaststelling niet meer verzoeken.

De vaststelling werkt terug tot aan de geboorte van het kind. In een aantal gevallen kan niet tot de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap worden overgegaan, bijvoorbeeld als het kind al twee juridische ouders heeft (artikel 1: 207 lid 2 BW). Het verzoek van de moeder is gebonden aan een termijn (artikel 1: 207 lid 3 BW). Het verzoek van een kind is niet aan een termijn gebonden. Is het vaderschap eenmaal door de rechter vastgesteld, dan kan het niet meer worden aangetast, ook niet op de grond dat de vader niet de biologische vader van het kind is.

4.2.3 Adoptie

Tot slot kan een man door adoptie vader worden van een kind (artikelen 1: 227 – 1: 232 BW). Adoptie door een man wordt verder buiten beschouwing gelaten.

4.3 De vrouwelijke partner van de moeder: de duomoeder

De duomoeder kan op dit moment alleen door adoptie ouder worden van het kind van haar echtgenote of partner. Het maakt daarbij niet uit of de vrouwen gehuwd zijn, geregistreerd partner zijn of op andere wijze samenleven.²⁴

Dit betekent dat de duomoeder pas juridisch ouder is, nadat de rechter de adoptie heeft uitgesproken.²⁵ Voor de adoptie moet aan een aantal vereisten zijn voldaan.²⁶ Zo moeten de moeder en de duomoeder voorafgaand aan de indiening van het adoptieverzoek drie jaar met elkaar hebben samengeleefd (artikel 1: 227 lid 2 BW). Het verzoek kan voorts alleen worden toegewezen, indien het in het kennelijk belang van het kind is. Op het tijdstip van de adoptie moet verder vaststaan en ook voor de toekomst redelijkerwijs te voorzien zijn dat het kind niets meer van zijn ouder als ouder te verwachten heeft (artikel 1: 227 lid 3 BW). Onder 'ouder' dient ook de biologische vader met *family life* te worden begrepen.²⁷

Omdat lesbische paren nadeel ondervinden van de huidige adoptieregeling, is in 2006 het wetsvoorstel 30 551 ingediend. Het wetsvoorstel voorziet erin dat de duomoeder in een zo vroeg mogelijk stadium door adoptie juridisch ouder kan worden van het kind dat binnen de relatie van de twee vrouwen wordt geboren.²⁸ Er wordt in voorzien dat de adoptie van het kind door de duomoeder al op het tijdstip van de geboorte werking kan hebben. Het is niet langer nodig dat de vrouwen eerst drie jaar hebben samengeleefd voordat zij een verzoek tot adoptie kunnen indienen.²⁹ De adoptie kan, mits binnen zes maanden na geboorte van het kind verzocht, terugwerken tot het tijdstip van geboorte (indien verzocht vóór de geboorte) of tot het tijdstip van indiening van het adoptieverzoek (indien verzocht ná de geboorte).³⁰ Tot slot wordt het mogelijk de adoptie uit te spreken als de duomoeder na indiening van het verzoek is overleden.³¹ Deze wijzigingen sluiten sterk aan bij de rechtsfiguur erkenning. De erkenning geldt immers vanaf het tijdstip waarop deze is gedaan en als het kind voor de geboorte is erkend, vanaf de geboorte.

24 De wetgever heeft de adoptiebepalingen tot uitgangspunt genomen vanuit de gedachte dat de vrouwelijke partner van de moeder niet de biologische ouder van het kind kan zijn (uitzonderlijke gevallen van eiceldonatie daargelaten).

25 Dat wil zeggen: nadat de adoptieuitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Als de adoptie is verzocht en uitgesproken vóór de geboorte van het kind, kan de duomoeder al vanaf de geboorte ouder zijn van het kind. Zie in dit verband o.a. Rechtbank Utrecht 18 oktober 2006, FJR 2007, 40, vooruitlopend op wetsvoorstel 30 551.

26 Zie de artikelen 1: 227 en 228 BW.

27 Zie de beschikking van de Hoge Raad van 21 april 2006, NJ 2006, 584 m. nt. JdB.

28 Zie de memorie van toelichting, Kamerstukken II 2005/06, 30 551, nr. 3, blz. 2.

29 Artikel I, onder A, van het wetsvoorstel.

30 Indien voor de adoptie familierechtelijke betrekkingen waren gevestigd tussen het kind en een andere ouder en deze door de adoptie zijn verbroken, wordt aan de adoptie geen terugwerkende kracht verleend.

31 Artikel I, onder C, van het wetsvoorstel.

Ook de toetsing door de rechter of de adoptie in het kennelijk belang van het kind is, wordt gewijzigd.³² Als de vrouwen een verklaring kunnen overleggen van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting, waaruit blijkt dat zij gebruik hebben gemaakt van een onbekende donor, dan wordt de adoptie toegewezen, tenzij de adoptie kennelijk niet in het belang van het kind is.

Uit het voorgaande volgt dat het voor de vrouwelijke partner van de moeder minder eenvoudig is om in een familierechtelijke betrekking tot het kind van de moeder te komen te staan dan voor de mannelijke partner. Dit vindt zijn oorsprong in de keuze van de wetgever om het afstammingsrecht te funderen op het vermoeden van biologisch ouderschap. Hoewel op dit vermoeden al enkele uitzonderingen zijn gemaakt voor het geval een man heeft ingestemd met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, heeft de wetgever het nog niet wenselijk geacht het afstammingsrecht uit te breiden tot de vrouwelijke 'instemmende' levensgezel. Hierna wordt aangegeven op welke wijze het ouderschap van de duomoeder volgens de Commissie ook - en om een aantal redenen beter - vorm kan krijgen.

³² Artikel I, onderdeel A, van het wetsvoorstel.

5. Erkenning door de duomoeder

5.1 Overwegingen van de Commissie

De Commissie meent dat het ontstaan van het ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder eenvoudiger kan. Hiervoor bestaan twee mogelijkheden:

1. Een duomoeder (gehuwd of ongehuwd) kan een kind erkennen;
2. Een ongehuwde duomoeder kan een kind erkennen en een gehuwde duomoeder wordt van rechtswege ouder van het kind dat tijdens haar huwelijk met de moeder wordt geboren.

De Commissie is van mening dat het in ieder geval mogelijk moet zijn voor de duomoeder om het kind te erkennen. Voor gehuwde lesbische paren zouden voorts zelfs twee mogelijkheden denkbaar zijn: erkenning dan wel ouderschap van rechtswege. In geval van ouderschap van rechtswege zouden lesbische paren op dezelfde wijze als heteroseksuele paren juridische ouders kunnen worden. De keus voor een van deze mogelijkheden hangt in belangrijke mate af van de benadering van het gelijkheidsbeginsel zoals verwoord in paragraaf 3.2.1. De Commissie vindt dit een rechtspolitieke keuze die aan de wetgever is en waarover de Commissie zelf geen voorkeur uitspreekt. Wel gaat de Commissie hieronder in op een aantal aspecten van erkenning (paragraaf 5) en ouderschap van rechtswege (paragraaf 6), die de wetgever bij zijn keuze in overweging dient te nemen.

5.2 Overwegingen ten aanzien van erkenning

Deze paragraaf gaat in op de volgende aspecten van de erkenning door een ongehuwde of een gehuwde vrouw:

1. Aanvaarding van het ouderschap
2. Keuzevrijheid
3. Eenvoudige en minder belastende procedure
4. Tijdstip totstandkoming familierechtelijke betrekking
5. Achterhalen identiteit biologische ouder
6. Positie biologische vader
7. Vernietiging erkenning door het kind
8. Vernietiging erkenning door de moeder(s) en het Openbaar Ministerie
9. Duomoeder weigert te erkennen: gerechtelijke vaststelling moederschap
10. Moeder weigert toestemming tot erkenning duomoeder: vervangende toestemming?
11. Erkenning in het buitenland

5.2.1 Aanvaarding van het ouderschap

Wanneer een man een kind erkent, 'aanvaardt' hij daarmee dat hij vader wordt van dit kind. Deze aanvaarding van vaderschap kan worden verbreed tot aanvaarding van ouderschap. De erkenning is een rechtshandeling gebaseerd op het vermoeden van biologisch ouderschap. Een waarheidshandeling is deze niet. Van oudsher kan ook de man die niet de verwekker is het kind erkennen. Daarmee werd voorzien in een behoefte omdat Nederland tot 1956 geen adoptie kende. Het adoptie-element in de erkenning maakt het geschikt voor het openstellen voor de vrouwelijke partner van de moeder. In het geval van erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder vormt het sociale ouderschap (de intentie van ouderschap) de grondslag van het moederschap. Zo wordt de feitelijke opvoedingssituatie van het kind beschermd.

5.2.2 Keuzevrijheid

Met de rechtsfiguur erkenning tijdens huwelijk kan ruimte worden gelaten aan het lesbische paar en/of de biologische vader om het juridisch ouderschap vorm te geven op een wijze die bij de sociale, feitelijke opvoedings-

en verzorgingssituatie past. Zo kan ervoor worden gekozen dat een derde, bijvoorbeeld de verwekker of de (bevriende) donor van het kind, het kind erkent. Wanneer een duomoeder door huwelijk ouder zou worden van een kind, zou een mogelijkheid om de biologische vader op die manier te betrekken, slechts te realiseren zijn door niet met elkaar te trouwen.

5.2.3 Eenvoudige en minder belastende procedure

De erkenning is eenvoudiger te realiseren dan een adoptie. Erkenning kan worden gedaan bij notariële akte, of bij akte van erkenning ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand (artikel 1: 203 lid 1 BW). Daarbij hoeft de duomoeder slechts te tonen dat de moeder van het kind toestemming heeft verleend tot erkenning. Voor adoptie is een juridische procedure noodzakelijk. Adoptie valt echter minder gemakkelijk ongedaan te maken dan een erkenning en levert daarom voor de duomoeder een sterker ouderschap op.

Erkenning is voor het lesbische paar emotioneel minder belastend dan het doorlopen van een adoptieprocedure. Lesbische paren ervaren de tussenkomst van een rechter in de adoptieprocedure nu ook wel alsof de duomoeder moet worden 'goedgekeurd'. Bij een erkenning bepaalt de moeder zelf of zij degene die haar kind wil erkennen daarvoor toestemming geeft of niet. Het zou daarbij geen verschil mogen maken of het om een man of een vrouw gaat.

Om een kind te kunnen erkennen hoeven verder geen kosten te worden gemaakt. Voor een adoptieprocedure is vertegenwoordiging door een advocaat verplicht. Daarnaast moeten ook griffierechten worden betaald.³³

5.2.4 Tijdstip totstandkoming familierechtelijke betrekking

Vanaf het tijdstip van de erkenning is de duomoeder juridisch ouder van het kind. Het lesbische paar heeft daarmee zelf invloed op het tijdstip waarop de erkenning een feit is. Bij adoptie is dat anders. Een adoptieprocedure kan enkele maanden duren. De vrouwen kunnen het tijdstip waarop de adoptie wordt uitgesproken niet zelf bepalen. Zij zijn afhankelijk van het verloop van de juridische procedure. Overigens brengt wetsvoorstel 30 551 hierin enige verandering door erin te voorzien dat de adoptie, indien tijdig verzocht, terugwerkt tot aan de geboorte of het tijdstip van indiening van het adoptieverzoek (zie over dit wetsvoorstel paragraaf 4.3).

De erkenning kan vóór de geboorte worden gedaan en geldt in dat geval vanaf het tijdstip van de geboorte. Een adoptieverzoek kan ook al vóór de geboorte worden ingediend. Echter, als de vrouwelijke partner van de moeder overlijdt nadat zij het adoptieverzoek heeft ingediend, maar vóórdat de rechter uitspraak heeft gedaan of vóórdat het kind is geboren, komen de familierechtelijke betrekkingen niet meer tot stand. Ook op dit punt komt wetsvoorstel 30 551 met een wijziging door te bepalen dat de adoptie ook kan worden uitgesproken ná overlijden van de verzoekster.

Het kind heeft vanaf het tijdstip van erkenning (of de geboorte) twee juridische ouders. Als de biologische vader meent dat de moeder geen toestemming had mogen verlenen aan de duomoeder om het kind te erkennen (misbruik van haar bevoegdheid), dan kan hij dit aan de rechter voorleggen, teneinde de erkenning te laten vernietigen.

³³ Overigens zijn de kosten van de adoptieprocedure als buitengewone uitgave fiscaal aftrekbaar. Zie artikel 6.16 jo. 6.23 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Ook de kosten voor een advocaat worden aangemerkt als buitengewone uitgaven, wanneer deze rechtstreeks voortvloeiën uit de indiening en behandeling van een verzoek tot het uitspreken van een adoptie door de rechter. Dat is bij verplichte procesvertegenwoordiging het geval.

De kans van slagen van zijn verzoek is klein (zie paragraaf 4.2.2). Indien er tijdens de adoptieprocedure onenigheid tussen de belanghebbenden (de biologische vader³⁴ en het lesbische paar) ontstaat, kan dit ertoe leiden dat het kind gedurende lange periode een tweede ouder wordt ‘onthouden’. Dit kan zelfs een impasse tot gevolg hebben. Erkenning kan dit nadeel grotendeels ondervangen. Tot het tijdstip waarop het geschil is beslecht, heeft het kind immers in ieder geval de twee vrouwen als ouder.

5.2.5 Positie biologische vader

De Commissie stelt voorop 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. De Commissie meent dat moet worden aangeknoopt bij deze gangbare en meest voorkomende situatie en niet aan de daarop mogelijke uitzonderingen. De erkenning is daarvoor een geschikte rechtsfiguur. Veelal is het *family life* tussen vader en kind ingevuld door een vorm van omgangsregeling. Zonodig kan de rechter een omgangsregeling vaststellen op grond van artikel 1: 377f BW.

De biologische vader heeft bij erkenning een minder sterke positie dan in de adoptieprocedure. Hierdoor kan aan de feitelijke opvoedings- en verzorgingssituatie van het kind en de moeder(s) meer bescherming worden geboden. In de adoptieprocedure wordt de biologische vader betrokken voordat de familierechtelijke betrekkingen tussen duomoeder en kind worden gevestigd. De adoptie heeft alleen plaats, indien vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs te voorzien is dat het kind niets meer van zijn ouder als ouder te verwachten heeft. Bij erkenning door de duomoeder heeft de verwekker of de donor met *family life* alleen in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid het kind te erkennen, dan wel de door de duomoeder reeds verrichte erkenning aan te tasten (zie paragraaf 4.2).³⁵ Indien de vrouwen een gerechtvaardigd belang hebben bij het moederschap van de duomoeder, omdat zij samen een gezin vormen, is het voor de biologische vader niet mogelijk familierechtelijke betrekkingen met het kind te vestigen (in plaats van de duomoeder).

5.2.6. Achterhalen identiteit biologische ouder

Een vraag die bij introductie van de mogelijkheid van erkenning door de duomoeder opkomt, is of het belang van het kind met zich brengt dat het kind moet kunnen achterhalen van wie het (biologisch) afstamt, vergelijk het Zweedse systeem (paragraaf 7.1).

De Commissie is van mening dat kinderen in beginsel recht hebben op status- en afstammingsinformatie. De Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting geeft kinderen de mogelijkheid om vanaf de leeftijd van zestien jaar de identiteit van de donor te achterhalen. Deze wet verplicht instellingen of behandelaars om donorgegevens bij de Stichting donorgegevens te laten registreren. Als een heteroseksueel paar een kind verwekt met behulp van een derde (een donor of verwekker), maar daarbij niet een instelling of behandelaar als bedoeld in die wet betrokken is, valt de identiteit van deze derde niet te achterhalen via de Stichting donorgegevens. Niet is in te zien waarom voor lesbische paren in een verplichting moet worden voorzien om de identiteit van de biologische vader te laten vastleggen, terwijl deze verplichting voor heteroseksuele paren niet geldt. De vraag is of het wenselijk en uitvoerbaar is om alle juridische ouders die niet tevens biologische ouder zijn van het kind, te verplichten om het kind te

³⁴ De verwekker of de donor met *family life*.

³⁵ In zijn beschikking van 24 januari 2003, NJ 2003, 386 m. nt. JdB bepaalde de Hoge Raad dat op grond van artikel 8 lid 1 EVRM ook de donor met *family life* kan verzoeken om vervangende toestemming voor erkenning vergelijkbaar met de verwekker op grond van artikel 1: 204 lid 3 BW. De Commissie gaat ervan uit dat de donor met *family life* eveneens op grond van artikel 8 EVRM gelijk dient te worden gesteld met de verwekker, waar het de vernietiging van de erkenning door de niet biologische vader betreft.

informerend over de wijze van verwekking en de identiteit van de biologische ouder. Dit valt evenwel buiten de reikwijdte van de opdracht van de Commissie.

5.2.7 Vernietiging erkenning door het kind

De vraag komt aan de orde of het kind dat is erkend door de vrouwelijke partner van de moeder de erkenning steeds moet kunnen vernietigen op grond van het enkele feit dat de duomoeder niet de biologische ouder van het kind is, vergelijk artikel 1:205 BW. Omdat die vernietigingsgrond steeds aanwezig is, leidt dit ertoe dat de duomoeder door erkenning een in beginsel aantastbaar ouderschap krijgt. Zij heeft als ouder een minder beschermde positie dan wanneer zij door middel van adoptie moeder van het kind is geworden. Bij een conflict tussen het kind en de duomoeder zou het kind (mogelijk onder druk van de moeder) om vernietiging van de erkenning door de duomoeder kunnen verzoeken. Dit kan het al op de enkele grond dat de duomoeder niet zijn biologische ouder is. Na vernietiging van die erkenning zou vervolgens een andere partner van de moeder tot erkenning kunnen overgaan. De Commissie merkt in dit verband op dat aan de herroeping van adoptie zwaardere eisen zijn gesteld.

Overigens verdient de mogelijkheid tot vernietiging van de erkenning door het kind enige relativisering. Tijdens de minderjarigheid kan dit namelijk alleen met tussenkomst van een bijzondere curator. De bijzondere curator en ook overigens de rechter zullen daarbij steeds toetsen aan het belang van het kind.

5.2.8 Vernietiging van de erkenning door de moeder(s) en het Openbaar Ministerie

Voor de vraag of de beide moeders het moederschap van de vrouwelijke partner van de moeder moeten kunnen vernietigen, kan worden aangesloten bij de huidige regeling tot vernietiging van het vaderschap (zie hiervoor in paragraaf 4.2). Indien deze regeling naar analogie wordt toegepast op de moeder en haar vrouwelijke partner, geldt voor hen hetzelfde als voor de vader en moeder in het geval dat de vader het kind heeft erkend in de wetenschap dat hij niet de biologische vader is: vernietiging is niet mogelijk, behoudens een beroep op bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden (artikel 3: 44 BW).

Voor de mogelijkheid tot vernietiging van de erkenning door het Openbaar Ministerie kan eveneens worden aangesloten bij de huidige regeling van vernietiging van het vaderschap (zie paragraaf 4.2). De Commissie ziet hierin geen obstakels.

5.2.9 Duomoeder weigert te erkennen: gerechtelijke vaststelling moederschap

De situatie zou zich ook kunnen voordoen dat de duomoeder het kind weigert te erkennen, nadat zij samen met de moeder had besloten een gezin te vormen. De Commissie meent dat de moeder en het kind, het moederschap van de duomoeder in dat geval gerechtelijk moeten kunnen laten vaststellen. Zij ziet geen reden om wat dit betreft een onderscheid te maken met de man die hier als levensgezel heeft ingestemd met de daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad.³⁶

De instemming van de (voormalige) vrouwelijke partner van de moeder zal niet altijd eenvoudig aannemelijk te maken zijn. Bewijstechnische problemen zijn evenwel inherent aan de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de ‘instemmende levensgezel’ en vormen dus geen argument om deze rechtsfiguur niet voor de duomoeder te introduceren.³⁷

³⁶ Vergelijk artikel 1:207 lid 1 BW.

³⁷ Problemen van bewijstechnische aard kunnen zich ook voordoen indien de vermeende biologische vader is overleden.

Ten aanzien van de mogelijkheid om het ouderschap van de 'instemmende levensgezel' door de rechter vast te laten stellen, meent de Commissie ten slotte dat het kind de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap ongedaan zou moeten kunnen maken, als de ouder niet de biologische ouder van het kind is. Dat is in het huidige recht niet mogelijk. Als het kind de erkenning door de duomoeder kan laten vernietigen, dan heeft dat ook te gelden voor de gerechtelijke vaststelling van het moederschap en van het vaderschap indien de (mannelijke of vrouwelijke) levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Deze wijziging lijkt onvermijdelijk om de consistentie in het afstammingsrecht te behouden.

5.2.10 Moeder weigert toestemming tot erkenning duomoeder: vervangende toestemming?

Ook kan zich de situatie voordoen dat de moeder weigert haar partner toestemming te geven om het kind te erkennen. Artikel 1:204 lid 3 BW geeft de verwekker de mogelijkheid om in dat geval om vervangende toestemming te vragen aan de rechtbank. Voor de "instemmende levensgezel" is deze mogelijkheid er niet. De Commissie geeft de wetgever in overweging deze constructie mogelijk te maken voor de duomoeder en/of de "instemmende levensgezel".

5.2.11 Erkenning in het buitenland

Internationaal gezien is het de vraag hoe met een erkenning door een duomoeder zal worden omgegaan. Tot heden is aangenomen dat een adoptie in het buitenland meer kans heeft erkend te worden dan een erkenning. Of dat echt zo is, is niet zeker. Zie hierover paragraaf 9 over internationale aspecten.

6. Gehuwde lesbische paren

6.1 Overwegingen van de Commissie

De Commissie heeft ook gezien of de echtgenote van de moeder van rechtswege ouder zou moeten worden van het kind dat geboren wordt tijdens haar huwelijk met diens moeder. In dat geval zouden lesbische paren op precies dezelfde wijze als heteroseksuele paren ouder kunnen worden van een kind. In paragraaf 3.2 is ingegaan op de twee benaderingen van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van het afstammingsrecht. Afhankelijk van de benadering die wordt gekozen, wordt het beginsel van gelijke behandeling op andere wijze ingevuld en zal het antwoord op de vraag of de gehuwde duomoeder van rechtswege ouder zou moeten worden, anders luiden (zie paragraaf 5.1).

6.2 Overwegingen ten aanzien van door huwelijk ontstaan ouderschap van de duomoeder

Deze paragraaf gaat in op de volgende aspecten van het door huwelijk ontstaan ouderschap van de duomoeder:

1. Tijdstip totstandkoming familierechtelijke betrekking
2. Eenvoudige en minder belastende procedure
3. Huwelijk en de veronderstelling ten aanzien van kinderen
4. Positie biologische vader
5. Ontkenning moederschap door het kind
6. Ontkenning moederschap door de moeder(s)

6.2.1 Tijdstip totstandkoming familierechtelijke betrekking

Het kind heeft vanaf het tijdstip van de geboorte twee juridische ouders als het wordt geboren binnen een huwelijk van deze ouders. Dit is niet afhankelijk van een adoptie of erkenning. Het sluit aan bij de gedachte dat de volwassenen die binnen hun huwelijk een kind verzorgen en opvoeden vanaf de geboorte juridisch ouder zijn van dat kind.

6.2.2 Eenvoudige en minder belastende procedure

Ouderschap dat ontstaat door huwelijk met de moeder is de meest eenvoudige wijze waarop ouderschap kan worden verkregen. In paragraaf 5.2.3 is uiteengezet dat de erkenning eenvoudiger en minder belastend is voor het lesbische paar dan de adoptieprocedure. Dezelfde overwegingen gelden ten aanzien van het door huwelijk ontstaan ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder. Hierbij plaatst de Commissie een kanttekening. Wordt de vrouwelijke partner van de moeder namelijk niet van rechtswege moeder van het kind door huwelijk, maar moet zij het kind erkennen, dan is het voor een kind mogelijk te achterhalen wie van de twee moeders het kind heeft gebaard. Bij door huwelijk ontstaan ouderschap volgt dat in principe niet uit de geboorteakte. Dat is een probleem. Dat de vrouw uit wie een kind is geboren, moeder van een kind is, is een gegeven dat is vastgelegd in artikel 1:198 BW (zie paragraaf 4.1). In geval van ouderschap van rechtswege van de duomoeder zou die wetsbepaling, overeenkomstig artikel 1:199 aanhef en sub a BW, kunnen worden uitgebreid met de woorden “of die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd”.³⁸ Dan is in ieder geval vereist dat wordt geregistreerd wie de barendende moeder is en wie de echtgenote van de moeder. Dit vloeit ook voort uit de bewijskracht van de akten van de burgerlijke stand.³⁹

³⁸ Waarbij het nog de vraag is of de bepaling in artikel 1:199 aanhef en sub b BW – geschreven voor het geval de echtgenoot voor de geboorte van het kind is overleden – analoog moet worden overgenomen.

³⁹ Artikel 1:22 lid 1 BW bepaalt immers: “De akte van geboorte bewijst ten aanzien van een ieder dat de op de in de akte vermelde plaats, dag en uur uit de daarin genoemde moeder een kind van het daarin vermelde geslacht is geboren...”

De eerste die moet kunnen vertrouwen op de bewijskracht van de geboorteakte is het kind zelf, dat immers het recht krijgt te vragen om vernietiging van het moederschap van de duomoeder. Het moederschap van de barende moeder is, behoudens adoptie, onaantastbaar, ook voor het kind. Het kind moet zeker zijn van zijn “staat”, wat in dit geval wil zeggen dat het moet weten uit wie het geboren is. De wetgever stelt “verduistering van staat” strafbaar in artikel 236 van het Wetboek van Strafrecht. Het is moeilijk te verenigen met ons systeem van de burgerlijke stand dat vitale afstammingsinformatie niet in de geboorteakte wordt vermeld. Dat is ook niet in het belang van het kind dat op grond van het algemene persoonlijkheidsrecht (vergelijk het EHRM in de zaak Gaskin en de Hoge Raad in de Valkenhorstjurisprudentie)⁴⁰ over die informatie moet kunnen beschikken. Het is niet voldoende dat het kind die informatie (in de meeste gevallen) wel zal krijgen van de ouders of andere familieleden.

Als de wetgever er voor zou kiezen dat de gehuwde duomoeder van rechtswege ouder wordt van het kind van haar vrouw, dan zal dus op basis van de verklaring van een arts of verloskundige in de geboorteakte moeten worden vastgelegd wie de barende moeder is en wie de duomoeder. Ook nu al kan de ambtenaar van de burgerlijke stand vragen om een dergelijke verklaring (artikel 1:19e lid 8 BW). De vraag rijst waarin het van rechtswege ontstaan ouderschap zich dan nog onderscheidt van de erkenning.

6.2.3 *Huwelijk en de veronderstelling ten aanzien van kinderen*

Uit de gesprekken van de Commissie met het COC blijkt dat lesbische paren die trouwen er soms vanuit gaan dat daarmee ook geregeld is, dat zij beiden juridisch ouder worden van de kinderen die tijdens hun huwelijk worden geboren. Dit is immers ook het geval bij heteroseksuele paren. Wanneer de duomoeder door het huwelijk moeder wordt van het kind, kan dit misverstand geen rol meer spelen.

Overigens merkt de Commissie hierbij op dat het enkele feit dat personen anders iets kunnen vergeten, niet doorslaggevend zou mogen zijn. Van mensen mag worden verwacht dat zij zich informeren over hun rechten en plichten wanneer zij kinderen krijgen.

6.2.4 *Positie biologische vader*

Er bestaat geen mogelijkheid voor de biologische vader om ouderschap dat is ontstaan door huwelijk aan te tasten. Op zichzelf vindt de Commissie dit niet problematisch. Als de man wist van het huwelijk van de twee vrouwen, en zichzelf als donor beschikbaar heeft gesteld, kan hij moeilijk tegenwerpen dat hij dacht dat hij juridisch vader van het kind zou worden. In zoverre heeft hij door het huwelijk van de twee vrouwen de schijn tegen zich.

Als de biologische vader voor het huwelijk van de vrouwen zijn medewerking aan de verwekking van het kind heeft verleend en de moeder vervolgens voor de geboorte van het kind met de duomoeder is getrouwd, heeft de biologische vader niet de mogelijkheid het moederschap van de duomoeder aan te tasten. Deze situatie is vergelijkbaar met de huidige situatie waarin de verwekker evenmin het vaderschap dat van rechtswege is ontstaan door huwelijk kan aantasten. Ook hier geldt dat de biologische vader met *family life* wel kan verzoeken om omgang met het kind.

40 Hoge Raad, 15 april 1994, NJ 1994, 608, m.nt. WHS (Valkenhorst); EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659, m. nt. EJD (Gaskin)

6.2.5 Ontkenning moederschap door het kind

Voorts dient de vraag te worden beantwoord of het kind het moederschap van de duomoeder moet kunnen ontkennen. Naar het huidige recht kan het kind het vaderschap ontkennen op de grond dat de vader niet zijn biologische vader is. Zo kan het kind, indien hij dat wenselijk acht, de weg vrij maken voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen met bijvoorbeeld zijn biologische ouder. Het kind geboren uit een huwelijk van een lesbisch paar dient deze mogelijkheid eveneens te kunnen benutten. Gelet op het belang van de rechtszekerheid dient de mogelijkheid van ontkenning door het kind - vergelijkbaar met de thans bestaande mogelijkheid tot ontkenning van het vaderschap (artikel 1: 200 lid 6 BW) - te worden gebonden aan een termijn.

Ook hier merkt de Commissie op dat adoptie minder gemakkelijk ongedaan kan worden gemaakt dan ouderschap van rechtswege, en om die reden voor de duomoeder een sterker ouderschap oplevert.

6.2.6 Ontkenning moederschap door de moeder(s)

Voor de mogelijkheid tot ontkenning van het door huwelijk ontstane ouderschap van de duomoeder door (één van) de moeders kan worden aangesloten bij de huidige regeling van ontkenning van het vaderschap (zie paragraaf 4).

Het uitgangspunt van deze regeling is altijd van toepassing: het moederschap kan worden ontkend, omdat de vrouwelijke partner van de moeder niet de biologische ouder van het kind is (artikel 1: 200 lid 1 BW). Voorts kan aansluiting worden gezocht bij de ratio van de uitzonderingen op deze regel (artikel 1: 200 lid 2 en 3 BW). Dit betekent dat indien de moeders gezamenlijk hebben gekozen voor het moederschap, zij hier vervolgens niet meer op kunnen terugkomen. Het belang van het kind bij zekerheid over zijn juridische ouders staat hieraan in de weg. Een mogelijke uitzondering is het geval dat de biologische moeder haar partner heeft voorgelogen over de persoon van de verwekker (artikel 1: 200 lid 4 BW). Dan acht de Commissie het wenselijk dat de vrouwelijke partner van de moeder haar moederschap eveneens kan ontkennen.

7. Andere mogelijkheden voor lesbische paren om ouder te worden

7.1 Een nieuwe rechtsfiguur

De Commissie heeft onderzocht of er voor lesbische paren een nieuwe mogelijkheid zou moeten zijn om ouder te worden van een kind dat binnen hun relatie wordt geboren. In de literatuur is dit verschillende malen geopperd.⁴¹ In het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel 30 551, merkte de Raad het volgende op:⁴²

“Indien geen regeling van erkenning ten behoeve van de partner van de moeder wordt overwogen, maar wel een aan de erkenning gelijkwaardige regeling wenselijk wordt geacht, adviseert de Raad af te zien van een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen, en een aan de erkenning gelijkwaardige regeling te formuleren, waarin rekening wordt gehouden met de positie van de biologische ouder, als deze bekend is, en waarin rekenschap wordt gegeven van de beperkte mate waarin de met de partner van de moeder ontstane familierechtelijke betrekkingen in het buitenland zullen worden erkend.”

Uit het advies van de Raad van State blijkt dat ook aan een nieuwe rechtsfiguur haken en ogen zitten. Zo zal volgens de Raad bij een nieuwe rechtsfiguur ook rekening moeten worden gehouden met de positie van de biologische vader.

De Commissie heeft in dit verband gekeken naar de regelingen voor lesbische paren die Zweden, Canada en Spanje kennen en heeft onderzocht of daarbij voor de Nederlandse situatie aansluiting kan worden gezocht.

Zweden kent sinds 1 juli 2005 een vorm van erkenning door de duomoeder. Het lesbische paar kan daar slechts gebruik van maken wanneer de identiteit van de donor te herleiden is. Dat houdt in dat alleen wanneer de kunstmatige bevruchting heeft plaatsgevonden in een *public hospital* de vrouwelijke partner van de moeder het kind kan erkennen. De Zweedse regeling voorziet er niet in dat de vrouwelijke partner van de moeder van rechtswege moeder wordt van het kind dat binnen hun relatie wordt geboren. Er wordt voorzien in een toetsing door een instantie (*social welfare board*). De duomoeder moet instemmen met de totstandkoming van de familierechtelijke betrekking tussen haar en het kind. Doet ze dat niet, maar heeft zij wel ingestemd met de conceptie, dan kan haar familierechtelijke betrekking in een gerechtelijke procedure worden afgedwongen; vergelijkbaar met de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.⁴³

Voorts kent Canada (Québec) *la filiation maternelle*: de vrouwelijke partner van de moeder van het kind dat is geboren tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap met de moeder, wordt vermoed moeder te zijn van het kind.⁴⁴ Dit is overigens uitsluitend het geval als het lesbische paar gebruik heeft gemaakt van een methode van

41 Zie onder meer Wortmann, *sekseneutraal afstammingsrecht?*, FJR 2001, nr. 9, p. 235, Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, diss. 2002 p. 181, 185.

42 Kamerstukken II, 2006/07, 30551, nr. 4, p. 3.

43 Informatie over het Zweedse systeem, vgl. Jänterä-Jareborg, *Parenthood for Same-Sex Couples: Challenges of Private International Law from a Scandinavian Perspective* en Jänterä-Jareborg, *Sweden: Lesbian couples are entitled to assisted fertilization and to equal rights of parentage*, FamRZ 2006, p. 1329 e.v. In maart 2007 is in Zweden een onderzoek uitgebracht over de mogelijkheid om nog een stap verder te gaan en ouderschap van rechtswege voor de vrouwelijke partner van de moeder te introduceren waar dat voor heteroseksuele paren ook al bestaat en om bovendien de mogelijkheid van erkenning uit te breiden voor die gevallen waarin de bevruchting heeft plaatsgehad buiten een *public hospital* ('*Föräldraskap vid assisterad befruktning*', Zweden, maart 2007). De Zweedse regering heeft nog geen standpunt ingenomen over dit onderzoek.

44 Zie artikel 539.1 van de *Code Civil de Québec*, dat bepaalt dat de rechten en plichten die de wet aan de vader toekent van toepassing zijn op de duomoeder (wanneer de vrouwen gebruik hebben gemaakt van kunstmatige bevruchtingstechnieken).

kunstmatische bevruchting binnen een gezamenlijk ‘ouderschapsproject’ (*projet parentale*). De duomoeder kan haar moederschap ontkennen als het kind niet is geboren uit een door beide vrouwen ingezet ‘ouderschapsproject’, of als wordt vastgesteld dat het kind is verwekt op andere wijze dan door de kunstmatische bevruchting. Ook kan de verwekker gedurende het geboortjaar, zijn vaderschap laten vaststellen.⁴⁵

In Spanje is sinds 2005 het huwelijk opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Tussen een huwelijk voor personen van verschillend geslacht en een huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht bestaan nauwelijks verschillen. Er is echter een verschil op het gebied van het afstammingsrecht. De vaderschapspresumptie van de echtgenoot van de moeder geldt niet voor de echtgenote van de moeder. Die echtgenote is niet van rechtswege juridisch ouder van het kind. Paren van hetzelfde geslacht kunnen wel samen ouders van kinderen zijn. Het Spaanse recht voorziet dan in de volgende mogelijkheden. In de eerste plaats is het voor echtparen mogelijk om te adopteren, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen echtparen van verschillend geslacht en die van gelijk geslacht. In de tweede plaats is er de mogelijkheid van stiefouderadoptie. Het kind van een van de echtgenoten kan door de andere echtgenoot worden geadopteerd. Dit is een enigszins vereenvoudigde adoptieprocedure, omdat er geen voorafgaand voorstel en toetsing van geschiktheid door officiële instanties nodig is. Tot slot is er sinds maart 2007 in de wet over technieken van kunstmatische voortplanting een nieuwe bepaling toegevoegd. Daarin wordt de mogelijkheid gegeven voor de echtgenote van de moeder van een kind om voor de geboorte een verklaring af te leggen, waardoor zij vanaf de geboorte in familierechtelijke betrekking tot dat kind komt te staan.⁴⁶ Deze verklaring is te vergelijken met de instemming van de echtgenoot van de vrouw, die vereist is voor het toepassen van een kunstmatische bevruchtingstechniek.

De Commissie meent dat aansluiting bij één van de hiervoor genoemde varianten niet wenselijk is. In die stelsels wordt aangesloten bij het gegeven dat de vrouwen gebruik hebben gemaakt van kunstmatische bevruchtingstechnieken. Zweden beperkt die mogelijkheid bovendien tot *public hospitals*; het kind zal dan altijd kunnen achterhalen van wie het afstamt. De Canadese regeling geeft de biologische vader de mogelijkheid om het ouderschap van de duomoeder aan te tasten gedurende het eerste jaar na de geboorte van het kind. Vanuit het uitgangspunt van bescherming van de feitelijke verzorgings- en opvoedingssituatie heeft de Commissie zich niet willen beperken tot de situatie waarin gebruik is gemaakt van kunstmatische bevruchtingstechnieken (zie in dit verband ook paragraaf 5.2.6).

De Commissie overweegt voorts het volgende. Een geheel nieuwe rechtsfiguur, wanneer deze afwijkt van erkenning, heeft het risico dat lesbische paren die regeling zullen ervaren als een tweederangs optie. Een vergelijking kan hier worden getrokken met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht naast de reeds bestaande mogelijkheid van het geregistreerd partnerschap. Het werd door sommigen als krenkend ervaren dat het huwelijk niet werd opengesteld voor homoseksuele paren op het moment dat het geregistreerd partnerschap werd ingevoerd.⁴⁷

45 Zie Pratte, *La tension entre la filiation légale, biologique et sociale dans le droit québécois de la filiation*, in : Schwenzer, t.a.p., p. 103, 104.

46 De Boer, *Gelijkgeslachtelijk huwelijk in Spanje*, FJR, nr. 12, 2007 (n.n.g.).

47 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1998-1999, 26 672, nr. 3, p. 2 (*Openstelling huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht*): “Sommigen ervaren het als krenkend dat het huwelijk niet is opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Aan het huwelijk wordt maatschappelijk gezien een bepaalde symbolische en emotionele waarde toegekend. Uit het feit dat voor paren van gelijk geslacht de gehuwde staat niet bereikbaar is, zou kunnen worden afgeleid dat aan hun relatie mindere waarde wordt toegekend. Juist de openstelling van het huwelijk zou ertoe kunnen bijdragen dat relaties van paren van gelijk geslacht meer worden geaccepteerd. Verwezen wordt ook naar de «separate, but equal»-doctrine. Het toekennen van een aparte status aan homoseksuele paren zou in dit licht nog steeds discriminatie betekenen, ook al zouden de rechtsgevolgen hiervan praktisch identiek zijn aan het huwelijk. Het huwelijk heeft in het verleden bewezen een flexibel instituut te zijn dat maatschappelijke veranderingen heeft verwerkt.”

Aansluiting bij een bestaande rechtsfiguur zal mogelijkterwijs ook op minder problemen van erkenning in het buitenland stuiten dan een nieuwe rechtsfiguur. Veel landen kennen de rechtsfiguren van erkenning en adoptie. Dit vergemakkelijkt de acceptatie in het buitenland van deze rechtsfiguren. Een nieuwe rechtsfiguur die in andere rechtsstelsels onbekend is, is lastiger in te passen of te begrijpen.

7.2 Meer dan twee ouders

De Commissie heeft bij de vraag naar bescherming van de biologische vader ook stil gestaan bij de mogelijkheid van drie ouders. Op die wijze zouden er familierechtelijke betrekkingen kunnen bestaan tussen de twee vrouwen en het kind en bovendien tussen de biologische vader en het kind.

De Commissie acht een dergelijke ontwikkeling echter niet wenselijk. De vervolgvragen zijn talrijk en complex. Door een dergelijke wijziging zouden onder andere het erfrecht, het nationaliteitsrecht, het naamrecht, het recht op alimentatie en het gezagsrecht dienen te worden herzien. Daar komt bij dat het ouderschap van meer dan drie personen niet beperkt zou kunnen blijven tot lesbische relaties, maar ook gevolgen zou hebben voor heteroseksuele relaties.

Een ander nadeel is dat de kans op conflict groter wordt, nu meer dan twee ouders zich met de verzorging en opvoeding van het kind zouden kunnen bemoeien. Hoewel het gezag bepalend is voor de beslissingen over opvoeding en verzorging van het kind, en niet het ouderschap, bestaat het gevaar dat het ouderschap leidt tot conflicten over het gezag.⁴⁸

Ook zullen er problemen ontstaan rond de erkenning van het ouderschap van meer dan twee personen en de hieraan gekoppelde rechtsgevolgen in het buitenland. Er zijn geen landen waar het ouderschap van meer dan twee personen tot de wettelijke mogelijkheden behoort.

De Commissie merkt voorts nog op dat haar niet is gebleken van een maatschappelijke behoefte hieraan.

Tot slot vestigt de Commissie nog de aandacht op het volgende. Het verbinden van afstammingsrechtelijke gevolgen aan sociaal ouderschap zou wellicht zijn eigen dynamiek kunnen krijgen. Als men het gelijkheidsbeginsel zo zou uitleggen dat een gezin bescherming behoeft ongeacht zijn samenstelling (zie hiervoor paragraaf 3.2.1, onder a), dan rijst de vraag wat zich verzet tegen de mogelijkheid dat een kind drie ouders heeft. Stel dat een lesbisch (echt)paar gaat scheiden en het kind blijft bij de duomoeder die een nieuwe relatie aangaat met een vrouw. Het moederschap van de barendende moeder zal niet ontkend kunnen worden, maar wat als de tweede duomoeder met een beroep op het gelijkheidsbeginsel ook ouder wil worden, omdat zij in gezinsverband leeft met het kind en daarvoor zorgt? Waarom zou zij het kind niet mogen erkennen, aangenomen dat adoptie door de twee duomoeders geen uitkomst biedt? De Commissie geeft hiervoor geen oplossingen, maar signaleert slechts dat het gelijkheidsbeginsel in combinatie met het verbinden van afstammingsrechtelijke gevolgen aan sociaal ouderschap zulke vragen kan oproepen.

⁴⁸ *Uit de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens blijkt immers dat het uitoefenen van het ouderlijk gezag een fundamenteel element vormt van het family life van ouder en kind, zoals beschermd door de Conventie, meer in het bijzonder door artikel 8 lid 1 EVRM. Zie o.m.: EHRM 9 februari 1995, Series A, Vol. 307 (McMichael tegen het Verenigd Koninkrijk) rou. 86; EHRM 28 februari 1988, Series A, Vol. 144 (Nielsen tegen Denemarken), rou. 61; EHRM 8 juli 1987, Series A, Vol. 121 (R. tegen het Verenigd Koninkrijk) rou. 64.*



8. Adoptie

Zoals in paragraaf 4 is uiteengezet, kan de vrouwelijke partner van de moeder onder de huidige wet uitsluitend door adoptie ouder worden van het kind.

Als de erkenning (of ouderschap van rechtswege) voor de duomoeder wordt geïntroduceerd, meent de Commissie dat aan een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen (wetsvoorstel 30 551, dat wil zeggen: de daarin opgenomen wijzigingen van titel 12 Boek 1 BW en van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting) geen behoefte meer bestaat. De reden om de adoptiebepalingen verder aan te passen vervalt daarmee. Ook de eerder gemaakte aanpassingen van de adoptiebepalingen ten behoeve van lesbische paren zouden moeten worden ‘teruggedraaid’.⁴⁹ Dit betekent dat lesbische paren uitsluitend kinderen kunnen adopteren onder dezelfde voorwaarden als heteroseksuele paren. Op die wijze worden heteroseksuele en lesbische paren immers gelijk behandeld.

Het kan zijn dat de duomoeder het kind liever adopteert dan erkent, bijvoorbeeld omdat zij hoopt op een sterkere positie als ouder (in het buitenland). Wanneer de duomoeder geen beroep meer kan doen op de versoepelde adoptieregels, betekent dit dat zij, indien zij ouder wenst te worden door middel van adoptie, zal moeten voldoen aan de voor stiefouderadoptie geldende verzorgings- en samenlevingstermijnen. Deze termijnen brengen met zich dat de adoptie niet op het tijdstip van de geboorte kan worden gerealiseerd.

In dit verband zij nog verwezen naar het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel 30 551, waarin de Raad overweegt:

“De Raad is er echter niet van overtuigd dat een verdere aanpassing van de regels voor adoptie de juiste weg is om tegemoet te komen aan de wens dat de vrouwelijke partner van de moeder vanaf de geboorte van het kind binnen hun relatie in familierechtelijke betrekking kan komen te staan tot dat kind. De adoptie is een maatregel van kindbescherming. Een adoptie dient in het kennelijk belang van het kind te zijn, terwijl ten tijde van het verzoek tot adoptie moet vaststaan dat het kind, voorzover redelijkerwijs te voorzien, niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft. Voorts moet aan een aantal specifieke in artikel 1:228 BW opgenomen voorwaarden worden voldaan. Een adoptie leidt tot volledige verbreking van de familierechtelijke betrekkingen met de oorspronkelijke ouder(s) en vestiging van familierechtelijke betrekkingen met de adoptiefouder(s). Gelet hierop werkt een adoptie niet terug tot de geboorte van het kind. In de gevallen die het wetsvoorstel beoogt te regelen gaat het niet om een adoptie als kindbeschermingsmaatregel, maar om een invulling van de hiervoor geformuleerde wens een aan de erkenning gelijkwaardige regeling in het leven te roepen. Door daartoe in de adoptiebepalingen nieuwe uitzonderingen op te nemen, en daarmee af te wijken van de grondslag van de adoptie, ontstaat een gewrongen constructie.”

⁴⁹ Op grond van artikel 1:228 lid 1, onder f, BW moet de adoptant het kind ten tijde van het adoptieverzoek ten minste een jaar samen met de ouder hebben verzorgd en opgevoed. Deze verzorgingstermijn is niet van toepassing op lesbische paren.

9. Internationale aspecten lesbisch ouderschap

9.1 Overwegingen van de Commissie

De Commissie is gevraagd te kijken naar de erkenning van denkbare rechtsfiguren in het buitenland en de problemen die niet-erkenning daarvan voor het kind en de ouders in het buitenland met zich kan brengen. Zij is ook verzocht de mogelijkheden te onderzoeken ter oplossing van die problemen. Deze vragen zijn niet eenvoudig te beantwoorden. Er is tot dusverre geen systematisch onderzoek gedaan naar de problemen die kunnen ontstaan bij het in het buitenland erkennen van het ouderschap van de duomoeder. De Commissie is evenmin bekend met problemen van structurele aard die lesbische paren in het buitenland hebben ondervonden, bijvoorbeeld met door hen uitgeoefend gezamenlijk gezag. De Commissie kan de internationale aspecten dan ook alleen benaderen vanuit een veronderstelling hoe andere landen zullen reageren op het lesbisch ouderschap. Hierbij dient nog in aanmerking te worden genomen dat er in verschillende landen ook weer verschillend zal worden gereageerd.

Als een lesbisch paar naar het buitenland reist, kan het geconfronteerd worden met het feit dat daar het ouderschap van de duomoeder niet wordt erkend. Het is de vraag of om die reden van de introductie in Nederland van een bepaalde rechtsfiguur, zoals erkenning dan wel ouderschap van rechtswege, zou moeten worden afgezien en of voor het probleem van mogelijke niet-erkenning in het buitenland een oplossing bestaat.

De Commissie signaleert dat in veel landen erkenning van het kind door de vader geen rechtshandeling is, zoals in Nederland, maar een waarheidshandeling. In deze landen wordt echter vaak niet gecontroleerd of de man die het kind erkent ook daadwerkelijk de biologische vader is.⁵⁰ In de praktische toepassing van deze verschillende uitgangspunten is er dus weinig verschil met Nederland. Het verschil tussen deze uitgangspunten kan wel een probleem opleveren bij erkenning van het ouderschap door de vrouwelijke partner van de moeder in het buitenland. Indien twee vrouwen allebei aangeven de ouder van het kind te zijn, is het objectief waarneembaar dat de erkenning door één van hen niet conform de biologische waarheid geschiedt (of is geschied).

De Commissie meent evenwel dat het gegeven dat een Nederlandse rechtsfiguur in het buitenland niet zou kunnen worden erkend, niet doorslaggevend dient te zijn bij de beslissing om de erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder in Nederland te introduceren. Het belang van de verbetering van de rechtspositie van lesbische paren op nationaal niveau weegt zwaarder dan de mogelijke problemen in het buitenland. Nederland loopt, met nog enkele andere westerse landen, wereldwijd voorop waar het homo-emancipatie betreft.

De vraag rijst of de lesbische paren in het buitenland meer rechtszekerheid hebben indien de duomoeder door adoptie ouder is geworden in plaats van door erkenning.⁵¹ De regering heeft het zekere voor het onzekere genomen en met de indiening van wetsvoorstel 30 551 gekozen voor een aanpassing van de adoptiebepalingen. Het is niet ondenkbaar dat adoptie in meer landen op erkenning kan rekenen dan het moederschap door erkenning of van rechtswege, omdat er bij adoptie een rechterlijke toets plaatsvindt.⁵²

⁵⁰ Er zijn echter ook landen, zoals Zweden, waarin dit wel wordt gecontroleerd. Het verschil met andere landen zit veelal in de mogelijkheden van aantasting van de erkenning.

⁵¹ De Commissie heeft haar bevindingen mede gebaseerd op bestaand rechtsvergelijkend onderzoek: zoals 'Huwelijk of geregistreerd partnerschap?' Evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, Molengraaf Instituut, Universiteit Utrecht, november 2006, Deel III C, p. 136 -158 en Schwenzer (ed), *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, Antwerpen-Oxford 2007.

⁵² Kamerstukken II 2006/07 30 551, nr. 6, blz. 3.

Om de eventuele extra bescherming van een adoptie (vanwege de rechterlijke toets) te ondervangen, zou gedacht kunnen worden aan de mogelijkheid van een declaratoire beschikking. De rechter zou op verzoek van de vrouwen een verklaring voor recht moeten kunnen geven, dat de duomoeder juridisch ouder is van het kind. Een declaratoire beschikking zou aantrekkelijk kunnen blijken, wanneer de vrouwen met hun kind(eren) naar het buitenland vertrekken of daar al zijn.

9.2 Overige aandachtspunten

De Commissie volstaat ten slotte met het signaleren van een aantal aandachtspunten, die verbonden zijn aan het mogelijk maken van erkenning (of ouderschap van rechtswege) voor de duomoeder.

9.2.1 Wet conflictenrecht afstamming

De Commissie signaleert dat zou moeten worden bezien of een speciale regel van toepasselijk recht moet worden geformuleerd. Het is daarbij de vraag of aansluiting kan worden gezocht bij de regeling van de erkenning van het vaderschap, of dat er een specifieke regel zou moeten worden ontworpen.⁵³

9.2.2 Oneigenlijk gebruik van de regeling van erkenning

Indien de erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder mogelijk wordt, dient ook te worden bezien of hiervan geen oneigenlijk gebruik zal worden gemaakt. De Commissie signaleert in dit verband het probleem van schijnerkenningen ten behoeve van het verkrijgen van het Nederlanderschap. Ook bestaat het risico dat de introductie van de mogelijkheid voor de vrouwelijke partner van de moeder om een kind te erkennen zal worden gebruikt om de bepalingen voor interlandelijke adoptie te omzeilen. De Commissie volstaat met de opmerking hier bij het opstellen van een regeling rekening mee te houden.

9.2.3 Rijkswet op het Nederlanderschap

Hoewel de verkrijging van het Nederlanderschap een Koninkrijksaangelegenheid is, heeft de Commissie het van belang geacht in deze paragraaf op te merken dat ook artikel 1 van de Rijkswet op het Nederlanderschap (RWN) aanpassing behoeft, indien erkenning of ouderschap van rechtswege mogelijk wordt voor de vrouwelijke partner van de moeder. Ingevolge artikel 1, eerste lid, van deze wet is 'moeder' de vrouw die het kind ter wereld heeft gebracht en is 'vader' de man tot wie het kind, anders dan door adoptie, in de eerste graad in opgaande lijn in familierechtelijke betrekking staat. Het ligt voor de hand om in de toekomst voor de definitie van 'moeder' aansluiting te zoeken bij de bestaande definitie van 'vader'. De nationaliteitsrechtelijke gevolgen van adoptie zijn in deze Rijkswet afzonderlijk geregeld en houden reeds rekening met de mogelijkheid van adoptie door personen van gelijk geslacht.

⁵³ Zie artikel 4 van de Wet conflictenrecht afstamming: voor de vraag naar het toepasselijke recht wordt primair aangeknoopt bij het recht van de staat waarvan de man de nationaliteit bezit. Als volgens dat recht erkenning niet of niet meer mogelijk is, is bepalend het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.

10. Conclusie

De Commissie is gevraagd te bezien op welke andere wijze dan door adoptie de vrouwelijke partner van de moeder ouder kan worden van het kind dat wordt geboren binnen de relatie van deze vrouw met de moeder. De conclusie van de Commissie is dat daartoe juridisch twee mogelijkheden bestaan: erkenning door de duomoeder bij niet gehuwde lesbische ouders en het van rechtswege ouder worden van de duomoeder bij gehuwde lesbische ouders. Mogelijk is ook om indien er sprake is van een huwelijk erkenning te introduceren. Dat biedt de keuzemogelijkheid aan lesbische ouders om of de duomoeder of de biologische vader het kind te laten erkennen. Mocht hierover – bij nader inzien – een geschil ontstaan tussen de biologische vader en de duomoeder, dan staat de duomoeder hierin sterker. Het is te verwachten dat de rechter de wens van de moeders om het kind te erkennen zwaarder zal laten wegen dan die van de biologische vader.

De Commissie heeft bij haar overwegingen twee uitgangspunten gehanteerd, namelijk dat van het belang van het kind en dat van gelijke behandeling.

Het kind is gebaat bij een stabiele opvoedingssituatie, bij juridische bescherming van de feitelijke (reële) gezinssituatie. Twee ouders kunnen het kind meer houvast bieden dan één ouder. Hoewel ook aan het gezag belangrijke consequenties zijn verbonden, onderstreept de Commissie het belang dat aan beide verzorgers en opvoeders dezelfde juridische positie toekomt. Gezag is niet op één lijn te stellen met juridisch ouderschap. Er vloeien meer rechten en plichten uit het juridisch ouderschap voort dan uit gezag. Bovendien is juridisch ouderschap van belang voor de identiteit van betrokkenen. Zij krijgen op die manier het gevoel voor altijd bij elkaar te horen.

Het uitgangspunt van gelijke behandeling houdt in de kern in dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. Wat 'gelijk' is in het kader van het lesbische ouderschap hangt af van het antwoord op de vraag welk aspect van het ouderschap men het belangrijkste vindt, sociaal of biologisch ouderschap. De Commissie heeft gelet op haar opdracht aansluiting gezocht bij het bestaande juridische systeem. Het feit dat aan dat systeem een bepaald uitgangspunt ten grondslag ligt, neemt echter niet weg dat de Commissie meent dat ook het sociale ouderschap en het feitelijke *family life* van twee vrouwen juridische bescherming behoeft, mede gelet op de belangen van het kind. De Commissie is van mening dat het in ieder geval mogelijk moet zijn voor de duomoeder om het kind te erkennen. In zoverre prevaleert de bescherming van het sociale ouderschap boven het vasthouden aan (het vermoeden) van biologisch ouderschap. Over het antwoord op de vraag of ook het ouderschap van rechtswege mogelijk moet zijn indien het lesbische paar gehuwd is, laat de Commissie zich niet uit. Al naar gelang de betekenis die wordt toegekend aan het beginsel van gelijke behandeling van heteroseksuele en lesbische relaties is het ter beoordeling van de wetgever of de gehuwde duomoeder van rechtswege ouder wordt. Een rechtspolitieke keuze als deze is niet aan deskundigen, maar aan de wetgever. Zou besloten worden dat de duomoeder door huwelijk ouder van het kind kan worden, dan zou het kind moeten kunnen achterhalen uit welke moeder het geboren is. In dat geval is een aantekening vereist. Deze aantekening leidt er weer toe dat het ouderschap van rechtswege veel gelijkennis vertoont met de erkenning.