

# Wie wordt de tweede ouder?

## De biologische vader en de duomoeder in juridische strijd verwikkeld, nu en in de toekomst

Anne Mollema

### Inleiding

Als er één vakgebied bestaat binnen het civiele recht waar het recht de persoonlijke levens van justitiabelen ingrijpend beïnvloedt, dan is het wel het personen- en familierecht. Dat is ook de reden dat de Hoge Raad hierin, als hoogste rechter van Nederland, een belangrijke maatschappelijke rol heeft te vervullen. Onder andere op het terrein van het afstammingsrecht en het erfrecht (met name bij het opheffen van de belangrijke verschillen in behandeling van binnen en buiten huwelijk geboren kinderen die nog niet zo lang geleden bestonden,<sup>1</sup> maar ook bijvoorbeeld ten aanzien van de introductie van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap<sup>2</sup>), het huwelijksrecht (denk aan

---

1 Dit op basis van het bekende Marckx-arrest: EHRM 13 juni 1979, *Publ. ECHR Series A*, vol. 31, NJ 1980, 462 m.nt. EAA (*Marckx/België*). Zie bijv. HR 18 januari 1980, NJ 1980, 463 m.nt. WHH. Hierop volgde een wetswijziging (Wet van 27 oktober 1982, *Stb.* 608) met terugwerkende kracht tot 13 juni 1979. In 1998 werd uiteindelijk pas een geheel herzien afstammingsrecht ingevoerd (Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772).

2 Dit in de Zaak Haas of het Notaris-arrest, zie met name HR 17 januari 1997, NJ 1997, 483 m.nt. JdB, met een vervolg in EHRM 13 januari 2004, NJ 2005, 113 m.nt. JdB, en dan weer tot aan HR 19 februari 2010, NJ 2010, 295 m.nt. S. Perrick, toen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap inmiddels al door de wetgever was ingevoerd. Nog niet zo lang geleden heeft een lagere rechter overigens zelfs geoordeeld dat ook het *ouderschap* van een transseksueel na

de invoering van het geregistreerd partnerschap en later het homohuwelijk<sup>3</sup>), het echtscheidingsrecht (het vergemakkelijken van een echtscheiding, zowel op gezamenlijk<sup>4</sup> als op eenzijdig verzoek<sup>5</sup>), het naamrecht (de keuze van de achternaam van het kind, ook voor de naam van de moeder<sup>6</sup>) en het gezags- en omgangsrecht (gezamenlijk gezag voor gescheiden ouders<sup>7</sup>) heeft de Hoge Raad een doorslaggevende rol gespeeld in het vertalen van veranderende maatschappelijke opvattingen en rollen naar geldend recht en – indirect – vaak ook naar nieuwe wetgeving. Het Europese recht – met name de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) op basis van de artikelen 8 ('family life') en 14 (verbod op discriminatie) van het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) – is hierbij van groot belang geweest. Meer dan eens heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ons nationale recht niet in overeenstemming was met dit recht, waarbij hij overigens vaak niet anders kon dan concluderen dat onze nationale wetgever aan zet was om maatregelen te nemen.<sup>8</sup>

## De biologische vader en de duomoeder – een nieuw geval

Onlangs oordeelde de Hoge Raad in twee gekoppelde zaken (HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:785 en ECLI:NL:HR:2013:786) over een belang-

een geslachtsveranderende operatie moet kunnen worden vastgesteld, zie Hof Leeuwarden 23 december 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO8039, *FJR* 2011, 44 m.nt. IP.

3 Vgl. HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992, 129 m.nt. EAAL en EAA.

4 Vgl. reeds HR 22 juni 1883, *W* 4924, waarin werd bepaald dat de rechter gesteld en erkend of niet weersproken overspel zonder andere bewijslevering als vaststaand moet aannemen, en daarmee op eenvoudige wijze echtscheiding toeliet indien de echtgenoten het daarover eens waren. Vgl. Asser/De Boer 2010, nr. 589. Later werden de strikte echtscheidingsgronden mede naar aanleiding van deze rechtspraak gewijzigd in één algemene grond, de duurzame ontwrichting van het huwelijk (art. 1:151 en 154 lid 1 BW), die aanwezig wordt geacht indien dit naar het oordeel van beide echtgenoten het geval is en zij een gemeenschappelijk echtscheidingsverzoek doen.

5 Vgl. HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 189, waarin werd geoordeeld dat indien een echtgenoot bij een eenzijdig echtscheidingsverzoek gemotiveerd stelt (en daarbij volhardt) dat hij niet meer met zijn echtgenoot kan samenleven, dit door de rechter zal moeten worden opgevat als een zeer ernstige aanwijzing dat het huwelijk duurzaam is ontwricht.

6 Vgl. HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740 m.nt. EEA.

7 Vgl. HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510 m.nt. EEA en daarop voortbordurend HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585-588, m.nt. EAA en EAAL onder nr. 588.

8 Zie bijv. HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740 m.nt. EEA; HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992, 129 m.nt. EAAL en EAA; en HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483 m.nt. JdB.

rijke en actuele maatschappelijke kwestie op het gebied van het personen- en familierecht, meer specifiek het afstammings- en adoptierecht. Je zou kunnen zeggen dat zijn rol in deze zaken vrij beperkt was: de Raad kon beide zaken afdoen met artikel 81 RO. Een vergelijking echter met een bekende (en beruchte) casus uit het recente verleden, die heeft geleid tot enkele uitspraken waarin de Raad wél uitgebreid het woord nam én een belangrijke aanleiding vormde voor het ontwerpen van nieuwe wetgeving, maakt deze nieuwe zaken echter wel degelijk interessant.

Wat was er aan de hand? Ook in deze nieuwe zaken gaat het om eenzelfde specifieke groep van vier betrokkenen: een kind (1), geboren uit een (biologische en juridische) moeder (2), met een biologische (niet juridische) vader (3), en een 'duomoeder' (4), de vrouwelijke partner van de moeder van het kind die dat kind samen met de moeder verzorgt en opvoedt, en in dat kader – in ieder geval in de in dit artikel besproken gevallen – samen met de moeder het gezag over het kind uitoefent. De juridische strijd die gevoerd werd *door* en *over* deze betrokkenen betrof de afstammingsrechtelijke positie van de biologische vader van het kind in vergelijking met de positie van de duomoeder van het kind, die net als de biologische vader de (tweede) juridische ouder van het kind wilde worden. De biologische vader verzoekt de rechter om vervangende toestemming tot erkenning van het kind in de zin van artikel 1:204 lid 3 BW, waarmee hij ook de juridische vader van het kind kan worden. De duomoeder doet een verzoek tot (partner)adoptie op de voet van de artikelen 1:227 en 228 BW, dat tot gevolg kan hebben dat zij samen met de (biologische) moeder de juridische ouders van het kind wordt.

### **Vervangende toestemming tot erkenning door de biologische vader**

Een man die niet gehuwd is met de moeder van een kind op het moment dat dat kind geboren wordt, kan de juridische vader van dat kind worden door het te erkennen (art. 1:199 sub c BW). Dit gebeurt door middel van een simpele rechtshandeling die doorgaans bij de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt verricht, en werking heeft vanaf het tijdstip waarop deze is gedaan (art. 1:203 BW). De man behoeft hiervoor wel de voorafgaande schriftelijke toestemming van de moeder van het kind indien dit kind jonger is dan zestien jaar (en vanaf twaalf jaar overigens ook de toestemming van het kind zelf). Deze toestemming wordt lang niet altijd verleend, zeker niet wanneer de ouders – zoals in de hier te bespreken gevallen – geen of geen langdurige relatie met elkaar

hebben. In dat geval bestaat de mogelijkheid om de rechter te verzoeken om vervangende toestemming (art. 1:204 lid 3 BW). Hieraan zijn echter de voorwaarden verbonden dat de man de verwekker is van het kind – dat wil zeggen de man die samen met de moeder op natuurlijke wijze, dus door middel van geslachtsgemeenschap, het kind heeft doen ontstaan – en dat de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind en de belangen van het kind niet zullen schaden. De eis van het verwekkerschap sluit een groep biologische vaders uit van deze mogelijkheid, namelijk de zaad-donoren. Indien deze via een spermabank op – in beginsel – anonieme wijze te hulp zijn gekomen, vormt dit veelal geen bezwaar. Een dergelijke donor zal in het algemeen immers geen rol (willen) spelen in het leven van het kind. Wel bleek dit in de praktijk problematisch te zijn in geval van een bekende donor, die in samenspraak met de moeder (en eventueel de partner van die moeder) hielp de zwangerschap tot stand te brengen, en na de geboorte van het kind veelal ook een persoonlijke relatie met het kind onderhoudt, althans graag wil onderhouden. Aan biologische vaders met een nauwe persoonlijke betrekking met het kind (met ‘family life’ in de zin van artikel 8 EVRM), zoals ook sommigen van deze bekende donoren, moet bovendien volgens vaste rechtspraak van het EHRM in beginsel de mogelijkheid geboden worden tot het vestigen van een familierechtelijke betrekking, en derhalve tot het verkrijgen van juridisch vaderschap met alle daaraan verbonden rechtsgevolgen.<sup>9</sup> Dat heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad in zijn beschikking van HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386 heeft bepaald dat ook de biologische vader/niet-verwekker met ‘family life’ bij de rechter een verzoek kan indienen om vervangende toestemming tot erkenning; ik ga op deze zaak hieronder nog uitgebreid in.

### Gezamenlijk gezag en adoptieverzoek van de duomoeder

Los van het vestigen van daadwerkelijke familierechtelijke betrekkingen door middel van adoptie bestaan er andere manieren waarop de vrouwelijke partner van de moeder van het kind – ook op juridische wijze – betrokken kan raken bij het kind, en rechten en plichten met betrekking tot het kind kan verwerven. Veelal zal dat gebeuren door middel van het verkrijgen van gezamenlijk gezag over het kind. Daartoe bestaan verschillende mogelijkheden. Sinds 2002<sup>10</sup> kent de Nederlandse wet zelfs de mogelijkheid van gezamenlijk

9 Vgl. bijvoorbeeld EHRM 27 oktober 1994, *Publ. ECHR Series A*, vol. 297-C, NJ 1995, 248 m.nt. JdB (*Kroon/Nederland*).

10 Wet van 4 oktober 2001, *Stb.* 2001, 468.

gezag van *rechtswege* van een ouder tezamen met een ander dan een ouder (art. 1:253sa BW). Dit ontstaat als de ouder en de niet-ouder met elkaar gehuwd zijn of een geregistreerd partnerschap hebben op het moment dat het kind wordt geboren. Het zal hierbij gaan om een moeder met een vrouwelijke echtgenoot of met een (vrouwelijke of mannelijke) geregistreerde partner die (nog) niet de juridische ouder van het kind is. De *mannelijke* echtgenoot van de moeder zal immers van rechtswege juridische vader van het kind worden als dat kind staande huwelijk wordt geboren (art. 1:199 sub a BW). In het geval van twee mannen staat het onontkoombare bestaan van de biologische en juridische moeder aan het gezamenlijk gezag van de mannen in de weg (art. 1:198 jo. 253sa lid 1 slot BW). In geval van twee vrouwen zal het vaak gaan om een stel dat een (nieuw) gezin wil stichten, dat gebruik maakt van mannelijk genetisch materiaal van de spermabank en waarbij derhalve geen enkele (bekende) derde (actief) betrokken is. Voor gevallen die niet onder artikel 1:253sa BW vallen bestaat nog de mogelijkheid dat ouder en niet-ouder een verzoek om gezamenlijk gezag aan de rechter doen, dat onder bepaalde voorwaarden kan worden toegewezen (art. 1:253t).

Het gezag over een minderjarig kind brengt enkele rechtsgevolgen met zich mee, zoals het recht en de verplichting om dit kind te verzorgen en op te voeden (art. 1:247 lid 1 jo. 245 lid 5 BW) en de verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud jegens dat kind (art. 1:253w BW). Het gezag houdt ook in dat de duomoeder samen met de moeder belangrijke beslissingen over het kind maakt, met betrekking tot bijvoorbeeld hoofdverblijfplaats, schoolkeuze, medische behandelingen en dergelijke. Maar het schept zeker geen met een familierechtelijke betrekking vergelijkbare band met het kind. Zo heeft het gezag geen rechtsgevolgen op het gebied van het erfrecht en de nationaliteit en vele andere deelgebieden van het recht, en slechts beperkt(e) gevolgen voor wat betreft het naamrecht en de onderhoudsplicht. Ook blijven eventuele bestaande familierechtelijke betrekkingen met derden in stand. Ten slotte – niet onbelangrijk – eindigt het gezag over een minderjarig kind op het moment dat dit kind meerderjarig wordt.

Het zal dan ook vaak het geval zijn dat de vrouwelijke partner van de moeder van het kind toch een daadwerkelijke familierechtelijke betrekking met het kind wenst te vestigen. Zeker in het geval het kind binnen de relatie van de twee vrouwen geboren wordt en gebruik is gemaakt van een onbekende donor, is dit ook in het belang van het kind, dat anders maar één ouder zal hebben. Van zijn twee sociale ouders – die tevens de enige ouders zijn die het kind ooit heeft gekend – zal er anders immers maar één ook de juridische ouder zijn, zal hij maar van één ouder versterferfgenaam en legitimaris zijn, zal maar één

ouder een volledige ouderlijke onderhoudsplicht jegens hem/haar hebben en ga zo maar door.

Om de tweede juridische ouder te worden kan de vrouwelijke partner van de moeder – net als overigens iedere andere partner van een ouder – een verzoek tot partneradoptie doen op grond van artikel 1:227 en 228 BW. Voor ‘duomoeders’ bestaat echter sinds de Wet van 24 oktober 2008 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met (onder meer) de verkorting van de adoptieprocedure<sup>11</sup> op enkele vlakken een versoepeling van de (zware) adoptieprocedure. Zo wordt het verzoek van duomoeders die gebruik hebben gemaakt van een onbekende donor voor het krijgen van een kind binnen hun relatie zonder contra-indicatie toegewezen, althans zonder dat hierbij steeds hoeft te worden getoetst of dat in het kennelijk belang van het kind is (art. 1:227 lid 4 jo. lid 3 BW). Immers, zo is de gedachte, indien in het vergelijkbare geval van een moeder en een man die om wat voor reden dan ook gebruik maken van een onbekende donor, de man juridisch vader van het kind wil worden, gaat hieraan ook geen enkele toetsing vooraf. De man wordt indien hij met de moeder gehuwd is, zelfs *van rechtswege* juridisch vader. In andere gevallen kan hij dit bewerkstelligen door middel van een simpele administratieve handeling (erkenning). Voorts geldt voor alle duomoeders van een kind dat binnen hun relatie wordt geboren geen verplichte verzorgingstermijn van 1 jaar (art. 1:228 lid 3 BW) en ook geen verplichte samenleeftermijn meer van 3 jaar (art. 1:227 lid 2 BW). Ten slotte kan het adoptieverzoek ook vóór de geboorte van het kind reeds worden verzocht, waarbij de adoptie – die na de geboorte wordt uitgesproken – terugwerkende kracht heeft tot het moment van geboorte én kan de adoptie ook nog worden uitgesproken indien de duomoeder na indiening van het verzoek is overleden, hetgeen voor de erfrechtelijke gevolgen allemaal van cruciaal belang kan zijn.

### **Een eerder geval – en een impasse**

Ook in de hierboven al even genoemde jurisprudentie uit het recente verleden, die een overeenkomstig groepje van vier betrokkenen betrof, werd gestreden om het (tweede) ouderschap van het kind. Dat kind was geboren nadat er afspraken over onder andere de omgang met het kind waren gemaakt tussen de duomoeders en de bekende donor, een kennis van het stel die hen wilde helpen om een kind te kunnen krijgen. Enige tijd na de geboorte van het kind

<sup>11</sup> Wet van 24 oktober 2008, *Stb.* 2008, 425.

bleken de verwachtingen omtrent de door hen gemaakte afspraken sterk uiteen te lopen en verslechterde het contact tussen de donor en de duomoeders dusdanig dat de donor geen omgang meer had met het kind.

In één van de door deze betrokkenen gevoerde rechtszaken, de zaak die leidde tot de uitspraak van HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, was het verzoek aan de orde van de bekende donor om vervangende toestemming tot erkenning. Het verzoek van de donor kon door de rechter niet worden toegewezen op grond van artikel 1:204 lid 3 BW, aangezien de donor geen verwekker, doch slechts biologische vader was. Wel kon worden vastgesteld dat de donor ‘family life’ in de zin van artikel 8 EVRM had met het kind.<sup>12</sup> Deze vaststelling, in combinatie met het feit dat het ging om de biologische vader van het kind, dwong de Raad er eigenlijk wel toe de mogelijkheid tot vestiging van een familierechtelijke betrekking – althans in beginsel – open te stellen. Dat deed de Raad dan ook. Hij hanteerde vervolgens echter het oude criterium – van de tijd dat de jurisprudentiële mogelijkheid tot het verkrijgen van vervangende toestemming ook voor de verwekker nog niet was gecodificeerd – om te toetsen of de vervangende toestemming in casu ook echt kon worden verleend. Dat criterium komt erop neer dat deze toestemming slechts wordt verleend als de moeder van het kind misbruik van haar bevoegdheid maakt door zelf te weigeren om toestemming tot erkenning te geven. Voor de beantwoording van de vraag of er daadwerkelijk sprake is van misbruik van bevoegdheid, dient weer onderscheid te worden gemaakt in twee verschillende situaties: aan de ene kant de situatie waarin de moeder het gezag over het kind heeft en zij dat kind verzorgt en opvoedt (toentertijd genaamd de ‘gebruikelijke’ situatie), en aan de andere kant de situatie waarin de biologische vader een groter aandeel dan ‘gebruikelijk’ in de verzorging en opvoeding heeft. In dat laatste geval wordt misbruik van bevoegdheid aangenomen wanneer de moeder, alle belangen afwegende, in redelijkheid niet tot weigering van de toestemming had kunnen komen. In een ‘gebruikelijke’ situatie echter, zoals hier het geval was, wordt alleen vervangende toestemming verleend als de moeder geen enkel te respecteren belang had bij de weigering van haar eigen toestemming. Nu een dergelijk belang wel degelijk aanwezig werd geacht – de moeder wilde het kind verder verzorgen en opvoeden met haar vrouwelijke partner als de tweede juridische ouder na adoptie – werd de vervangende toestemming niet verleend. De donor kon hierdoor dus niet de juridische vader van het kind worden.

---

12 Daarvoor is overigens een biologische band alleen *niet* voldoende, maar moet er sprake zijn van bijkomende omstandigheden, zie EHRM 1 juni 2004, *NJ* 2004, 667 m.nt. JdB (*Lebbink/Nederland*).

In een andere door deze betrokkenen gevoerde rechtszaak, die zeer sterk met bovenstaande zaak samenhangt en heeft geleid tot het arrest van HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 584, was enkele jaren later het adoptieverzoek van de vrouwelijke partner van de moeder aan de orde. In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat de bekende donor met ‘family life’ in de zin van artikel 8 EVRM – ondanks dat hij geen juridische ouder was van het kind – toch moest worden gezien als ‘ouder’ in de zin van artikel 1:227 lid 3 BW en derhalve als belanghebbende in de adoptieprocedure moest worden betrokken. Dit betekende ook dat de adoptie niet kon doorgaan indien op het tijdstip van het verzoek tot adoptie niet vaststond en voor de toekomst redelijkerwijs was te voorzien dat het kind niets meer van zijn ‘ouder’ of ‘ouders’ in de hoedanigheid van ouder te verwachten had. Nu de biologische donorgader echter juist aangaf graag betrokken te willen zijn bij zijn (biologische) kind en zijn rol als ouder te willen vervullen – sterker nog, zoals wij zojuist gezien hebben, zelfs tot aan de Hoge Raad had doorgeprocedeerd om vervangende toestemming tot erkenning te krijgen – kon niet gezegd worden dat van hem in de hoedanigheid van ouder niets meer te verwachten viel. Het adoptieverzoek van de duomoeder kon mitsdien niet worden toegewezen.

Wat was hiervan nu het resultaat? Duomoeder en donorgader houden elkaar in de houdgreep en het kind krijgt – ondanks de vele gegadigden – géén tweede juridische ouder. Onafhankelijk van elkaar worden het verzoek om vervangende toestemming en het adoptieverzoek beoordeeld (en afgewezen). In het oog springt ook het grote onderscheid dat bestaat in vergelijking met de situatie dat de moeder een mannelijke partner zou hebben gehad, maar toch, om welke reden dan ook, gebruik zou hebben gemaakt van een bekende donor. Die partner zou immers – het werd hierboven al even vermeld – van rechtswege de juridische vader zijn geworden van het kind indien hij met de moeder zou zijn getrouwd, en in overige gevallen op zeer eenvoudige wijze en buiten de rechter om door erkenning de juridische vader kunnen worden.

Vermeld dient hier overigens nog te worden dat deze impasse uiteindelijk een tijdelijke bleek te zijn. In een uitspraak van het Hof Amsterdam van 4 mei 2010<sup>13</sup> werd een nieuw adoptieverzoek van de duomoeder toegewezen: geoordeeld werd dat moest worden aangesloten bij de feitelijke situatie van het kind en dat het eerder bestaande ‘family life’ tussen donorgader en kind was

13 ECLI:NL:GHAMS:2010:BM3903.



verbroken<sup>14</sup> en hij daarom niet (meer) kon worden aangemerkt als ouder in de zin van artikel 1:227 lid 3 BW en evenmin als belanghebbende in de adoptieprocedure. Tussendoor was de omgang tussen donrvader en kind inmiddels al langere tijd feitelijk beëindigd en was die beëindiging vervolgens ook in rechte gesanctioneerd, nu – tot aan HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 555 – een verzoek om een omgangsregeling van de donrvader met het kind was afgewezen. Hoewel in deze laatste zaak geoordeeld werd dat de biologische vader met ‘family life’ bij zijn verzoek tot omgang – in afwijking van de toenmalige wet – niet anders behandeld mocht worden dan de *juridische* vader die een dergelijk beroep doet, werd zijn verzoek om omgang niet gehonoreerd wegens de als gevolg van de uiteenlopende verwachtingen ontstane spanningen, die zo waren opgelopen dat gevreesd moest worden dat voor het kind onbelast contact met de man – zelfs al zou dat beperkt blijven – niet meer mogelijk zou zijn.

Het kind kreeg dus uiteindelijk toch een tweede juridische ouder. Maar het blijft een onwenselijke gang van zaken dat het nog 4 tot 7 jaar heeft geduurd voordat het zover was. Bovendien stimuleert het bovenstaande de duomoeders om het contact tussen donrvader en kind zoveel mogelijk tot nul te beperken, hetgeen in het algemeen ook niet in het belang van het kind kan worden geacht te zijn.

---

### **Het wetsvoorstel Lesbisch ouderschap – oplossing van een impasse, of een nieuwe (maatschappelijke) rol voor de rechter bij de keuze van de tweede ouder?**

215

Bovenstaande rechtspraak, en de daaruit volgende impasse, is een van de aanleidingen geweest voor het wetsvoorstel Lesbisch ouderschap,<sup>15</sup> dat inmiddels door de Tweede Kamer en – zeer recentelijk – ook door de Eerste Kamer is aangenomen en op 1 april 2014 in werking zal treden.<sup>16</sup> Al sinds de behandeling van het hieraan voorafgaande wetsvoorstel dat geleid heeft tot de Wet van 24 oktober 2008 – waarmee de adoptieprocedure voor lesbische moeders

---

14 Overigens verdient aantekening dat ‘family life’ niet zomaar verbroken kan worden geacht, en niet enkel door het achterwege blijven van feitelijk contact tussen vader en kind gedurende een bepaalde tijd. Dit gebrek aan contact vormt alleen in samenhang met andere, zwaarwegende feiten en omstandigheden een factor bij de beantwoording van de vraag of een eenmaal bestaande nauwe persoonlijke betrekking nadien is verbroken. Zie HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt. JdB.

15 Zie voor het wetsvoorstel: *Kamerstukken I* 2012-2013, 33 032, nr. A.

16 Zie <http://www.rijksoverheid.nl/ministeries/venj/nieuws/2013/11/19/senaat-stemt-in-met-lesbisch-ouderschap.html>.

werd verkort en versoepeld – staat ter discussie de vraag of de duomoeder niet op andere wijze het juridisch ouderschap moet kunnen verkrijgen dan op de omslachtige, langdurige en kostbare wijze van een adoptieprocedure. Daarbij valt in sommige, relatief veelvoorkomende situaties niet gemakkelijk in te zien waarom deze situaties zo anders zouden moeten worden behandeld dan wanneer het zou gaan om een heterostel. Zeker in het geval dat door de duomoeders gebruik wordt gemaakt van een onbekende donor – die bijna per definitie geen enkele rol in het leven van het kind speelt, wenst te spelen en beoogd wordt te spelen – en er dus feitelijk geen belangen van derden in het spel zijn, lijkt tegen een gelijke behandeling geen enkel bezwaar te bestaan. In dat geval zijn de duomoeders immers vergelijkbaar met heterostellen die een (nieuw) gezin willen stichten, zeker met die heterostellen die ook gebruik maken van een onbekende donor.

Met dit wetsvoorstel wordt beoogd meer recht te doen aan de bescherming van de feitelijke verzorgings- en opvoedingssituatie van het kind en de positie van kinderen geboren in lesbische relaties zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met die van kinderen geboren in heteroseksuele relaties, zonder de biologische werkelijkheid uit het oog te verliezen. Het uitgangspunt dat een kind niet meer dan twee juridische ouders kan hebben, wordt gehandhaafd. Een wijziging van dit uitgangspunt zou overigens ook een algehele herziening van het afstammingsrecht vergen in nationaal en internationaal verband, waartoe naar de opvatting van de wetgever geen aanleiding bestaat<sup>17</sup> en dat – naar mijn mening – het afstammingsrecht nodeloos ingewikkeld zou maken.<sup>18</sup> Wel wordt op verzoek van het parlement nog nader onderzoek verricht naar de situatie waarbij kinderen opgroeien in zogenaemde meeroudergezinnen.<sup>19</sup> Het belang van het kind wordt in dit wetsvoorstel vooropgesteld. Daartoe wordt zoveel mogelijk bevorderd dat het kind snel en op eenvoudige wijze twee juridische ouders kan krijgen en wordt zoveel mogelijk voorkomen dat een impasse waarbij het kind geen tweede juridische ouder krijgt, zal ont-

<sup>17</sup> Zie *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 032, nr. 3, p. 1.

<sup>18</sup> Zou dit uitgangspunt toch verlaten worden, en er ruimte komen voor meer dan twee juridische ouders van een kind, dan zou dat de kwestie besproken in dit artikel in een geheel ander licht plaatsen. Het zou ook de vraag oproepen hoe in dat geval de grens zou moeten worden bepaald wat betreft het aantal juridische ouders. Dit artikel is dan ook geschreven vanuit het door de wetgever in het aangenomen wetsvoorstel gehandhaafde uitgangspunt dat een kind niet meer dan twee juridische ouders kan hebben.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33 032, nr. 17 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33 032, nr. G. Dit onderzoek is onlangs aan de Eerste en Tweede Kamer aangeboden, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 032, nr. 19 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33 032, nr. H.

staan. Ten slotte wordt ook – enigszins tegenstrijdig lijkend aan het bovenstaande – de positie van de bekende zaaddonor met een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind versterkt.

Dit alles leidt tot de volgende wijzigingen:

- Het (juridisch) moederschap van de duomoeder ontstaat van rechtswege als de duomoeder is gehuwd met de moeder van het kind ten tijde van de geboorte indien dit kind verwekt is door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, sub 1, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en een door de stichting, bedoeld in die wet, ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is.
- In andere gevallen kan de duomoeder het kind erkennen.
- De mogelijkheid voor de bekende zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind om de rechter te verzoeken om vervangende toestemming tot erkenning wordt gecodificeerd in artikel 1:204 lid 3 BW. Dat betekent ook dat de criteria die worden gesteld om dit verzoek te beoordelen veranderen. Deze criteria zullen voortaan dezelfde zijn als degene die aan de verwekker van het kind worden gesteld, waardoor het verzoek wordt toegewezen tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaal-psychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt.<sup>20</sup> Ook de duomoeder kan van de rechter vervangende toestemming krijgen als de moeder dit onverhoopt zou weigeren, en wel ‘als dit in het belang is van het kind’, hetgeen een iets stringenter eis is.
- De duomoeder die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, wordt gelijk gesteld aan de mannelijke levensgezel van de moeder die in diezelfde situatie verkeert, althans voor wat betreft de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en de onderhoudsplicht.

Er ontstaan hiermee twee denkbare situaties. Ofwel, de duomoeders zijn getrouwd én hebben gebruik gemaakt van een onbekende donor. In dat geval heeft de duomoeder een zeer sterke positie, en wordt zij van rechtswege de

---

20 Hiermee wordt – enigszins terloops – ook de invulling door de rechtspraak van de voorheen slechts voor de verwekker in de wet opgenomen criteria gecodificeerd, een invulling die is gericht op een zo veel mogelijk evenredige afweging van de belangen van verwekker, moeder en kind. Zie met name HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571 m.nt. JdB.

tweede juridische ouder van het kind. Opvallend is overigens dat bij heterostellen de eis van de onbekende donor *niet* wordt gesteld. Natuurlijk zal er bij heterostellen in het overgrote deel van de gevallen geen donor te pas komen aan de conceptie van het kind en is er in dat opzicht sprake van een andere situatie, maar in de gevallen dat dit wél zo is, maakt het voor de positie van de mannelijke partner van de moeder die heeft ingestemd met de kunstmatige conceptie – anders dan die van de vrouwelijke partner in een overigens vergelijkbaar geval – geen verschil of daarbij gebruik wordt gemaakt van een bekende of een onbekende donor.

Ofwel, de duomoeder en de biologische vader met ‘family life’ hebben beiden de mogelijkheid om het kind te erkennen met toestemming van de moeder of met vervangende toestemming van de rechter. De hierboven besproken impasse waarbij het kind geen enkele tweede juridische ouder krijgt, lijkt hiermee grotendeels van de baan. De eventuele strijd die in het laatste geval tussen duomoeder en biologische vader kan ontstaan om het tweede juridisch ouderschap, lijkt met het wetsvoorstel evenwel nog niet direct te zijn beslecht. Daar ligt dus nog altijd een belangrijke (maatschappelijke) rol voor de rechter, en dus, in laatste instantie, voor de Hoge Raad. Het is de vraag hoe de rechter deze rol zal dienen in te vullen, waarbij overigens aangetekend moet worden dat de moeder van het kind in eerste instantie steeds de doorslaggevende stem zal hebben. Zij kan immers toestemming verlenen aan één van beide personen om te erkennen, waarna het kind – althans voorlopig – twee juridische ouders heeft en de andere persoon zo lang als dat voortduurt buitenspel wordt gezet (art. 1:204 lid 1 sub f BW).

Maar laten we, voordat we op deze kwestie terugkomen, eerst eens kijken wat de afloop was in de casus die zich nog afgelopen jaar voordeed.

### **Hoe loopt het af in 2013?**

De zojuist besproken, nieuw voorgestelde wetgeving speelt in de arresten uit 2013 nog geen (zichtbare) rol, maar toch is het aardig om eens te kijken wat in deze met de eerdere jurisprudentie vergelijkbare casus werd beslist.

In enkele opzichten vertoont de casus die ten grondslag ligt aan deze recente uitspraken verschillen met de casus uit de hiervoor besproken jurisprudentie. Zo wordt uit de feiten – voor zover openbaar beschikbaar – niet geheel duidelijk of de biologische vader in deze zaken alléén de biologische vader is, of tevens de daadwerkelijke verwekker van het kind in juridische zin. De moeder

heeft in ieder geval nooit met de biologische vader samengewoond. Op hem wordt echter wel artikel 1:204 lid 3 BW met de bijbehorende criteria toegepast, welk artikel en welke criteria op dit moment alleen nog gelden voor de verwekker in juridische zin. Dat doet vermoeden dat de man ook de verwekker is geweest.<sup>21</sup> Dit zal voor de toekomst overigens waarschijnlijk geen groot verschil maken, aangezien in het wetsvoorstel Lesbisch ouderschap de biologische vader met 'family life' in dit opzicht wordt gelijkgesteld aan de verwekker. Ook met de duomoeder, waarmee de moeder het gezamenlijk gezag over het kind uitoefent, woont de moeder niet samen; wel wordt het kind al sinds de geboorte door hen beiden verzorgd en opgevoed. Voorts heeft de biologische vader steeds in ieder geval enige omgang met het kind gehad, hoewel hij inmiddels niet meer in Nederland, maar in het Verenigd Koninkrijk verblijft.

In deze casus werd vervangende toestemming tot erkenning verleend aan de biologische vader op grond van de overweging dat niet aannemelijk is gemaakt dat door de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met de minderjarige of de belangen van de minderjarige worden geschaad.<sup>22</sup> Het adoptieverzoek van de duomoeder werd afgewezen op grond van de overweging dat, gelet op de feiten en omstandigheden – waaronder met name het feit dat de man steeds in meer of mindere mate bij de verzorging en opvoeding van de minderjarige betrokken is geweest en nadrukkelijk een rol in het leven van de minderjarige wil blijven spelen – de conclusie dat de minderjarige in de toekomst niets meer van de man in zijn hoedanigheid van ouder te verwachten heeft, niet is gerechtvaardigd.<sup>23</sup> Wat dit laatste betreft kan wederom worden vastgesteld dat hieruit geen stimulans voor duomoeders voortvloeit om het kind goed, veelvuldig, of zelfs enig contact te laten hebben met zijn biologische vader.

---

21 Dat was dan ook door het hof als vaststaand aangenomen, zie Gerechtshof 's-Gravenhage 5 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:3533, rov. 5.

22 HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:785.

23 HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:786 en Gerechtshof 's-Gravenhage 5 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ6692, rov. 6-7. Advocaat-Generaal Vlas meent dat dit oordeel – dat mede is gebaseerd op het tussen partijen opgemaakte ouderschapsplan – tevens impliceert dat tussen de man en het kind 'family life' in de zin van artikel 8 EVRM bestaat, zie zijn conclusie voor deze zaak onder ECLI:NL:PHR:2013:43, punt 7.

## Conclusie

In de hierboven besproken al wat oudere rechtspraak, die mede aanleiding was tot de opstelling van het wetsvoorstel Lesbisch ouderschap, leken de kansen van de biologische vader met ‘family life’ om vervangende toestemming van de rechter te krijgen en zo de juridische vader van het kind te kunnen worden, buitengewoon gering. Immers, in de ‘gebruikelijke’ situaties kon dit alleen als werd vastgesteld dat de moeder van het kind geen enkel te respecteren belang had bij het weigeren van haar eigen toestemming tot erkenning. Een te respecteren belang bestond echter reeds als de moeder ernaar streefde het kind samen met de duomoeder als juridische ouders op te voeden en te verzorgen. Opgemerkt moet overigens worden, dat, als gezegd, de Hoge Raad in deze rechtspraak wél voor het eerst de mogelijkheid voor een dergelijke biologische vader opende om überhaupt een verzoek als dit te doen en daarmee aansloot bij de vaste jurisprudentie van het EHRM. Sindsdien lijkt zijn positie te zijn verbeterd. In het wetsvoorstel worden aan deze biologische vader veel minder stringente eisen gesteld, en wordt hij op dezelfde wijze behandeld als de verwekker van een kind. Zoals we zagen betekent dit dat aan hem – overeenkomstig de zojuist besproken zaak – op zijn verzoek op basis van ontwerpartikel 1:204 lid 3 BW vervangende toestemming door de rechter wordt verleend, tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt. De casus uit 2013 geeft voorts ook aanleiding te denken dat de biologische vader – hoewel het hier waarschijnlijk (tevens) om een verwekker ging – niet altijd aan het kortste eind hoeft te trekken.

Tegelijkertijd verbeteren ook de kansen van de duomoeder. Zij zal niet meer gedwongen zijn tot een adoptieprocedure om de tweede juridische ouder van het kind te kunnen worden, maar (eveneens) de snelle eenvoudige weg van de erkenning kunnen afleggen. Zij zal daardoor ook niet meer aanlopen tegen het vereiste van artikel 1:227 lid 3 BW dat op het tijdstip van het verzoek tot adoptie vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft, zoals in de casus uit 2013 nog wel het geval was. Gelukkige bijkomstigheid is dat duomoeders hierdoor niet meer zo erg worden gestimuleerd in het weghouden van het kind bij de biologische vader.

Wat er echter precies moet gebeuren als duomoeder en biologische vader beiden erom vechten het kind te kunnen erkennen, blijft evenwel nog onduide-

lijk. De bestaande rechtspraak over de vernietiging van een met toestemming van de moeder verrichte erkenning wegens (wederom) misbruik van bevoegdheid<sup>24</sup> en over het feit dat de moeder vanaf het moment van indiening van een verzoek om vervangende toestemming bij de rechter haar toestemming alleen nog voorwaardelijk kan verlenen aan een ander,<sup>25</sup> zal dan ook haar waarde behouden, ook voor de bekende donovader. Dergelijke verwickelingen lijken echter niet al te veel aan een snelle en duidelijke oplossing bij te dragen.

Op grond van dit alles zal de rechter, veel meer dan nu het geval is, de belangen van de duomoeder en de biologische vader tegen elkaar af (moeten) wegen. Hij zal veel meer dan voorheen (moeten) gaan beoordelen *wie* van beiden de tweede ouder moet worden, en veel minder voor beiden apart beoordelen *of* hun verzoek om tweede ouder te worden kan en moet worden toegewezen.<sup>26</sup> Veel richtlijnen vooraf krijgt de rechter daarbij niet mee van de wetgever. Hij zal het moeten doen met de algemene aanwijzing dat in de afweging van de belangen van alle betrokkenen het belang van het kind een overweging van de eerste orde vormt.<sup>27</sup> Zoals reeds is gebleken, leek de duomoeder in de hierboven besproken al wat oudere rechtspraak op basis van de feitelijke en sociale werkelijkheid de voorkeur te genieten. Aan de andere kant geldt het uitgangspunt dat de biologische vader met 'family life' en het kind in beginsel aanspraak erop hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend als een familierechtelijke betrekking.<sup>28</sup> Hoewel het natuurlijk goed is dat de rechter de vrijheid heeft om individuele gevallen naar de omstandigheden van die

---

24 HR 22 februari 1991, *NJ* 1991, 376 m.nt. EAAL; HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 248 m.nt. JdB; HR 21 maart 2008, *RvdW* 2008, 335.

25 HR 31 mei 2002, *NJ* 2002, 470 m.nt. JdB.

26 Hoewel in de toelichting op het aangenomen amendement Hennis-Plasschaert (*Kamerstukken II* 2012-2013, 33 032, nr. 15) wordt gesuggereerd dat het aloude adagium 'wie het eerst komt, het eerst maalt' hier gelding zou hebben (waarbij overigens gesproken wordt over het mijns inziens hoogst theoretische geval dat de moeder aan duomoeder noch donovader toestemming tot erkenning verleent en beiden om vervangende toestemming verzoeken). Nu kan dat natuurlijk het geval zijn als een van beiden geen wens heeft om het kind te erkennen, maar in andere gevallen lijkt dit me niet een erg wenselijke gang van zaken. De toelichting vermeldt dan ook in ieder geval dat als de rechter gelijktijdig wordt geconfronteerd met beide verzoeken, het in de rede ligt dat deze zaken in onderlinge samenhang worden beschouwd.

27 Aldus de Memorie van Antwoord, *Kamerstukken I* 2012/13, 33 032, nr. C, p. 6. Het verdient uiteraard aanbeveling de minderjarige in kwestie – voor zover zijn leeftijd het toelaat – zelf ook te horen. Vanaf twaalf jaar beslist de rechter in beginsel ook niet dan na de minderjarige in de gelegenheid te hebben gesteld hem zijn mening kenbaar te maken, zie artikel 809 lid 1 Rv.

28 In die zin de toelichting van het in voetnoot 25 bedoelde amendement, waar ook nog vermeld wordt dat het in uitzonderlijke gevallen zo kan zijn dat de aanspraak van de biologische vader

gevallen te beoordelen, kan men zich toch afvragen of het niet de voorkeur zou verdienen dat de wetgever zich in enigerlei mate uitspreekt over de keuze tussen de sociale, verzorgende ouder en de biologische ouder. Dat is immers een vrij fundamentele keuze, die mijns inziens – althans in abstracto – door de wetgever zou moeten worden gemaakt, en zonder welke zelfs een indicatie van de soort gevallen waarin ofwel de ene ofwel de andere ouder in beginsel een voorkeurspositie zou moeten krijgen, voorlopig achterwege blijft, en daarmee eveneens veel onzekerheid blijft bestaan voor duomoeders, biologische vaders en hun kinderen. Dat maakt het voor deze betrokkenen ook lastig om goed geïnformeerd van ieders juridische positie onderlinge afspraken te maken. In dat opzicht lijkt het me het overwegen waard om in ieder geval één of enkele voorkeurspositie(s) als uitgangspunt aan te houden, doch de rechter in zijn individuele oordeel en de betrokkenen in hun onderlinge afspraken – goed beargumenteerd en/of goed geïnformeerd – ook de mogelijkheid te geven om af te wijken van (een) dergelijke voorkeurspositie(s).<sup>29</sup>

---

moet wijken met het oog op het belang van het kind al dan niet in samenhang beschouwd met het belang van de instemmende levensgezel.

- 29 Voor het werken met dergelijke voorkeursposities zou wellicht enige inspiratie kunnen worden opgedaan bij de regelingen die bestaan voor het treffen van een gezagsvoorziening na overlijden van een ouder met gezag (art. 1:253g, 253h en 253x BW). Ook bij een dergelijke gezagsvoorziening kan een 'afpraak' tussen betrokkenen – althans een aanwijzing van een voogd per uiterste wilsbeschikking – een rol spelen, zie artikel 1:253g lid 4 en 253h lid 3 en artikel 1:292 en 293 BW. Overigens introduceert wetsvoorstel 33 526 de mogelijkheid om ook per aantekening in het gezagsregister een voogd aan te wijzen, zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33 526, nr. 2.