

Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het ontstaan van het moederschap van rechtswege van en de mogelijkheid van erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder

MEMORIE VAN TOELICHTING

1. Wijzigingsvoorstellen

Dit wetsvoorstel regelt dat de vrouwelijke partner van de moeder, hierna kortheidshalve aangeduid als de duomoeder, de juridisch ouder van een kind kan worden zonder dat daarvoor een gerechtelijke procedure is vereist.

Dit is in het belang van het kind. Het juridische ouderschap van de duomoeder komt op deze wijze sneller tot stand. Ook voorkomt de mogelijkheid van erkenning dat er een impasse ontstaat over persoon van de tweede juridische ouder. In die gevallen dat er tussen de moeder en de biologische vader onenigheid bestaat over wie de tweede juridische ouder van het kind moet zijn – de duomoeder of de biologische vader – biedt het huidige recht geen oplossing. Dit heeft tot gevolg dat geen van beiden de juridische ouder van het kind wordt. Door de erkenning krijgt het kind ook in deze gevallen een tweede juridische ouder.

De belangen van de personen die betrokken zijn bij het kind – de moeder, de duomoeder en de bekende biologische vader – moeten eveneens zorgvuldig worden afgewogen. Het voorstel voorziet behalve in een versterking van de positie van de moeder van het kind ook in een versterking van de positie van de bekende donor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind.

De volgende wijzigingen van het afstammingsrecht worden voorgesteld:

1. Het moederschap van de duomoeder ontstaat van rechtswege als de duomoeder is gehuwd met de moeder van het kind en duidelijk is dat de biologische vader van het kind geen rol zal spelen zijn verzorging en opvoeding;
2. In alle andere gevallen kan de duomoeder het kind erkennen;
3. De mogelijkheid om de rechter te verzoeken om vervangende toestemming voor erkenning wordt uitgebreid tot de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind;
4. De vrouwelijke partner van de moeder die als levensgezel heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, wordt gelijk gesteld aan de mannelijke levensgezel. Dit betekent dat:
 - a. het moederschap van deze partner gerechtelijk kan worden vastgesteld; en
 - b. zij alimentatieplichtig is jegens het kind op grond van artikelen 394 en 395b van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Deze voorstellen leiden tot een aantal technische wijzigingen van het naam- en gezagrecht. Deze wijzigingen worden hieronder nader toegelicht in de artikelsgewijze toelichting. Ook de Rijkswet op het Nederlanderschap moet worden aangepast naar aanleiding van deze voorstellen. Dit vereist een voorstel van rijkswet. Er zal van de zijde van de regering naar worden gestreefd de beide voorstellen zo veel mogelijk gezamenlijk te behandelen.

Hierna wordt ingegaan op het advies van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie over lesbisch ouderschap (§ 2). Vervolgens worden de belangrijkste wijzigingsvoorstellen besproken (§ 3). Daarna worden de administratieve lasten (§ 4) en de gevolgen in het internationaal privaatrecht toegelicht § 4). Besloten wordt met een artikelsgewijze toelichting (§ 5).

2. Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie

Met de mogelijkheid van erkenning en gerechtelijke vaststelling van het ouderschap geeft het kabinet uitvoering aan het advies "Lesbisch ouderschap" van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (hierna: de Commissie Kalsbeek, Den Haag, 31 oktober 2007). In opdracht van het Ministerie van Justitie heeft deze commissie advies uitgebracht over de vraag of de duomoeder ook op andere wijze dan adoptie op eenvoudige wijze ouder kon worden van het kind geboren binnen de relatie van de moeder en de duomoeder (Kamerstukken II 2006/07, 30 551, nr. 8). De commissie komt tot de slotsom 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. Ook adviseert de commissie de gerechtelijke vaststelling van het moederschap mogelijk te maken, onder gelijke voorwaarden als thans het vaderschap gerechtelijk kan worden vastgesteld.

De Commissie Kalsbeek spreekt zich niet uit over de vraag of het duomoederschap van rechtswege bij geboorte moet kunnen ontstaan, als de moeder en haar partner zijn gehuwd. De commissie acht dit een keuze van rechtspolitieke aard, voorbehouden aan de wetgever. Het kabinet maakt met het wetsvoorstel de keuze voor het ontstaan van het ouderschap van de duomoeder van rechtswege.

3. Belangrijkste wijzigingen

a. Duomoederschap van rechtswege

Onder het huidige recht kan de duomoeder alleen via een adoptieprocedure juridisch ouder worden. Dit vereist een gang naar de rechter. Hieraan zijn kosten verbonden, onder meer omdat een advocaat dient te worden ingeschakeld. Ook wordt dit door de duomoeder wel ervaren als zouden haar capaciteiten als ouder moeten worden "goedgekeurd". Dit wringt, nu de rechter niet is betrokken bij het ontstaan van het ouderschap van een mannelijke partner van de moeder.

Voorgesteld wordt dat het duomoederschap van rechtswege ontstaat door huwelijk, als de moeder voor het ontstaan van de zwangerschap gebruik heeft gemaakt van een zaaddonor in de zin van

artikel 1, onder c, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (hierna kort aangeduid als de "onbekende" zaaddonor).

Het huwelijk betekent dat de moeder en de duomoeder een duurzaam verband met elkaar hebben en wederzijdse verplichtingen op zich hebben genomen. Uit het feit dat de moeder en de duomoeder gebruik hebben gemaakt van een "onbekende" zaaddonor blijkt voorts dat moeder, de duomoeder en de zaaddonor er ieder voor hebben gekozen dat de biologische vader geen rol zal spelen in de verzorging en opvoeding van het kind. Hij blijft voor het kind een onbekende, in ieder geval totdat het kind de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt. Een kind van zestien jaar of ouder kan om de persoonsidentificerende gegevens van de zaaddonor verzoeken (artikel 3, tweede lid, Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting). Het duurzame verband van de moeders en het onbekende donorschap rechtvaardigen het ontstaan van het ouderschap van de duomoeder van rechtswege. Een gang naar de rechter is in deze gevallen niet langer vereist.

Als er sprake is van een bekende donor, bijvoorbeeld een vriend van de moeder, of van een verwekker, dan ontstaat het ouderschap van de duomoeder niet van rechtswege. Het heteroseksuele huwelijk heeft daarentegen in alle gevallen, dus ook indien sprake is van een bekende donor, tot gevolg dat de echtgenoot van de moeder de juridische vader is van het kind. Dit verschil in rechtsgevolg wordt gerechtvaardigd door het feit dat in een heteroseksuele relatie de echtgenoot van de moeder in de meeste gevallen ook de biologische vader is van het kind. Slechts in uitzonderingsgevallen is er naast de moeder en haar echtgenoot een derde – zijnde de biologische vader van het kind – betrokken. Alleen in uitzonderingsgevallen zal een derde dan ook aanspraak wensen te maken op het juridisch ouderschap in plaats van de duomoeder. Wordt een kind geboren in een lesbische relatie, dan is de betrokkenheid van een derde – de biologische vader van het kind – echter regel. De moeder zal met de biologische vader doorgaans afspraken hebben gemaakt over zijn rol in het leven van het kind. Het is wenselijk aan de moeder, de duomoeder en de biologische vader de keuze te laten, dat de biologische vader de juridische ouder van het kind zal zijn.

b. Erkenning

Naast het moederschap van rechtswege wordt voorgesteld dat de duomoeder de juridische moeder van het kind kan worden door erkenning. Erkenning is mogelijk in die gevallen dat het moederschap niet van rechtswege ontstaat.

De erkenning biedt ten opzichte van het ouderschap van rechtswege het voordeel van de keuzemogelijkheid. De moeder, duomoeder en biologische vader kunnen afspraken maken over de persoon van de juridische ouder.

Daarnaast heeft de erkenning – evenals het ontstaan van het ouderschap van rechtswege – voor de duomoeders het voordeel boven de adoptie, dat het juridisch ouderschap buiten de rechter om tot stand komt. De procedure is eenvoudig en hieraan zijn weinig tot geen kosten verbonden.

De erkenning leidt er voorts toe dat een kind gemakkelijker twee ouders kan krijgen. Dit is van belang als er tussen de moeder en de biologische vader een verschil van mening bestaat over het juridisch ouderschap. Naar huidig recht kan de moeder in dat geval voorkomen dat de biologische vader de juridische ouder van het kind wordt. De biologische vader kan op zijn beurt voorkomen dat de duomoeder door adoptie de juridische ouder van het kind wordt (HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386, JdB en HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386, JdB en HR 21 april 2006, NJ 2006, 584, JdB). Een gevolg van het voorstel is, dat deze impasse wordt doorbroken. De moeder besluit wie de juridische ouder wordt van het kind: de biologische vader of de duomoeder.

c. Versterking positie zaaddonor die in nauwe persoonlijke betrekking staat tot kind

Daarnaast wordt voorgesteld om aan de bekende zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind het recht te geven aan de rechter te verzoeken om vervangende toestemming voor erkenning. Het feit dat hij èn de biologische vader is van het kind, èn met het kind een ouder-kind relatie heeft, rechtvaardigt dat hij de rechter kan verzoeken om een juridische bevestiging van deze biologische en sociale werkelijkheid. De positie van deze zaaddonor wordt op deze manier weer in evenwicht gebracht met die van de moeder.

De voorgestelde wijziging is niet alleen van toepassing als een kind is of wordt geboren in een lesbische relatie, maar geldt in alle gevallen waarin de moeder zwanger is geworden met behulp van een donor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. Gedacht kan worden aan het geval waarin de moeder alleenstaand is, of het voor haar onmogelijk is om met haar partner, niet zijnde haar echtgenoot, kinderen te krijgen.

d. Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en alimentatieplicht

De erkenning wordt gedaan door de persoon die een kind wenst te erkennen, naar huidig recht veelal de man die de biologische vader is van het kind. De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan daarentegen worden verzocht door de moeder en/ of het kind. De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is relevant in het geval dat de beoogde juridische vader het kind niet wil of kan erkennen. Van dit laatste kan bijvoorbeeld sprake zijn als de biologische vader is overleden.

Met het mogelijk maken van de erkenning voor de duomoeder ligt het in de rede ook de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap uit te breiden naar de duomoeder. De duomoeder heeft niet alleen rechten ten aanzien van het ouderschap, maar kan ook worden aangesproken op haar verplichtingen jegens het kind van haar partner. Dit is in het belang van het kind. Hij kan op deze wijze twee juridische ouders krijgen. Dit kan bijvoorbeeld relevant zijn in verband met aanspraken van erfrechtelijke aard of voor levensonderhoud.

De vrouwelijke levensgezel van de moeder die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, wordt in het voorstel gelijkgesteld met de mannelijke levensgezel van de moeder die daarmee heeft ingestemd (erkenning, gerechtelijke vaststelling

ouderschap). Dit betekent voorts dat de vrouwelijke levensgezel, evenals de mannelijke, alimentatieplichtig is jegens het kind op grond van artikel 394 BW.

Ervan is afgezien om het mogelijk te maken het vaderschap te doen vaststellen van de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. Bekende zaaddonoren doneren niet zelden enkel met het oog op de kindwens van de moeder. Zij wensen zelf niet in alle gevallen het juridisch ouderschap op zich te nemen. Door de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zouden zij hiertoe kunnen worden gedwongen. Dit is onwenselijk, vanwege het risico dat het – toch al beperkte – aantal donoren hierdoor sterk zou afnemen. Gelet op dit risico is voor de bekende zaaddonor evenmin een alimentatieplicht voorgesteld.

3. Administratieve lasten en regeldruk

Aan het wetsvoorstel zijn geen administratieve lasten verbonden. De wijzigingen die in dit wetsvoorstel zijn opgenomen, vallen niet onder de definitie administratieve lasten zoals deze is opgenomen in de handleiding "Meten is Weten II, Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven".

4. Consequenties voor het internationaal privaatrecht

In veel landen is het voor twee vrouwen onmogelijk om samen juridisch ouder van het kind te zijn. Dit leidt ertoe dat deze landen het juridisch ouderschap van de duomoeder wellicht niet zullen erkennen. De moeders kunnen hierdoor in het buitenland voor praktische problemen komen te staan. Voorlichting door de overheid over het duomoederschap in de internationale context acht ik om deze reden van groot belang.

Er mag overigens van worden uitgegaan dat een aantal landen het juridisch ouderschap niet erkent, maar het (gezamenlijk) gezag van (moeder en) de duomoeder wel. In deze gevallen zal het risico van problemen beperkt zijn.

Het risico van het niet-erkennen van het duomoederschap is niet alleen relevant in het geval dat het ouderschap van rechtswege of door erkenning tot stand komt, maar bestaat ook in die gevallen dat het ouderschap van de duomoeder door adoptie is totstandgekomen. Het is echter 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. Om deze reden wordt voorgesteld om de mogelijkheid van adoptie door de duomoeder te laten bestaan naast de mogelijkheid van erkenning. De moeder en de duomoeder houden de keuze voor adoptie.

5. Artikelsgewijze toelichting

Artikel I, onder A

Artikel I, onder A, wijzigt het naamrecht. Het betreft een technische wijziging. Het huidige naamrecht dat ziet op de situatie waarin een kind in familierechtelijke betrekking komt te staan tot zijn vader door huwelijk, erkenning of gerechtelijke vaststelling, wordt uitgebreid tot die gevallen waarin het duomoederschap ontstaat door huwelijk, erkenning of gerechtelijke vaststelling. Waar in

artikel 5 BW wordt gesproken van "ouder" of "ouders" zal hieronder worden begrepen de moeder uit wie het kind is geboren, de (juridische) vader en/ of de (juridische) duomoeder.

B en C en artikel II

Artikel I, onder B, wijzigt artikel 198 BW. In dit artikel is bepaald wie de juridische moeder is van het kind. Voorgesteld wordt artikel 198 BW uit te breiden met de mogelijkheden dat moeder de vrouw is wier ouderschap ontstaat van rechtswege (eerste lid, onder b), door erkenning (eerste lid, onder c), of door de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap (eerste lid, onder e).

Het begrip duomoeder wordt in de wet niet omschreven. Dat is ook niet nodig: zodra de duomoeder het juridisch ouderschap verkrijgt, is zij "moeder" op gelijke wijze als de vrouw uit wie het kind is geboren.

Het ontstaan van het moederschap van de duomoeder van rechtswege impliceert dat hiervoor geen rechterlijke beslissing of rechtshandeling is vereist. Ten bewijze van het feit dat de moeder bij het ontstaan van de zwangerschap gebruik heeft gemaakt van een donor in de zin van artikel 1, onder c, sub 1, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, dient bij de aangifte van de geboorte een verklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting te worden overgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Hiertoe wordt artikel 3a van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting gewijzigd (artikel II). Wordt de verklaring bij de aangifte van de geboorte overgelegd, dan is de duomoeder met terugwerkende kracht tot aan de geboorte de juridische ouder van het kind.

Als deze verklaring is overgelegd, maar de duomoeder is overleden op het tijdstip van de geboorte van het kind, wordt de duomoeder als gevolg van het voorstel ook de juridische ouder van het kind. De voorwaarde hiervoor is, dat haar huwelijk met de moeder binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door haar dood is ontbonden. Deze termijn komt overeen met die voor de overleden mannelijke echtgenoot (artikel 199, aanhef en onder b, BW). De regeling voor de duomoeder wordt gerechtvaardigd door het feit dat zij in de regel betrokken zal zijn geweest bij de kunstmatige donorbevruchting van de moeder. Verondersteld wordt dat de intentie van de beide vrouwen het gezamenlijke ouderschap was.

De moeder van het kind kan evenwel binnen een jaar na de geboorte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat haar overleden echtgenoot niet de moeder is van het kind. De voorwaarde hiervoor is, dat zij sinds de 306^e dag voor de geboorte was gescheiden van tafel en bed of zij en de duomoeder sinds dat tijdstip gescheiden hebben geleefd. In dat geval wordt van deze verklaring een akte opgemaakt. Was de moeder van het kind op het tijdstip van de geboorte hertrouwd dan is haar huidige echtgenoot de ouder van het kind. Artikel 199, aanhef en onder b, BW is in dit verband eveneens gewijzigd (artikel I, onder C).

Omwille van de rechtszekerheid is de aantasting van het moederschap gebonden aan een termijn van één jaar na de geboorte van het kind. Deze termijn komt overeen met de aantasting van het vaderschap van de overleden echtgenoot (artikel 199, onder b, BW) als ook met de ontkenning van het ouderschap zoals voorgesteld in artikel 202a, derde lid, van het voorstel.

Uit de geboorteakte van het kind zal duidelijk moeten blijken wie de moeder is uit wie het kind is geboren, en wie de andere juridische moeder is. Ontstaat het ouderschap van de duomoeder van rechtswege, dan blijkt dit voor de ambtenaar van de burgerlijke stand uit de verklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. Ontstaat het moederschap van de duomoeder door erkenning, dan is het voor de ambtenaar van de burgerlijke stand eveneens duidelijk wie de vrouw is uit wie het kind is geboren.

Artikel I, onder D

Het moederschap van de duomoeder dat van rechtswege door huwelijk is ontstaan kan, evenals het vaderschap van een echtgenoot van een moeder (artikel 202, eerste lid, BW), in een gerechtelijke procedure worden ontkend. Wanneer het verzoek tot ontkenning gegrond wordt verklaard, heeft dit tot gevolg dat er een streep door het ouderschap wordt gezet: het wordt geacht nooit te hebben bestaan.

De mogelijkheid van een ontkenning van door huwelijk ontstaan moederschap, is inherent aan het gegeven dat de duomoeder niet de vrouw is uit wie het kind is geboren. De basis van het afstammingsrecht blijft in dit licht gehandhaafd: het juridisch ouderschap kan in overeenstemming worden gebracht met het biologische werkelijkheid.

Voor de ontkenning van het moederschap wordt een andere grond voorgesteld dan die voor de ontkenning van het vaderschap. Ontkenning van het moederschap is mogelijk als de moeder niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren. Het vaderschap kan daarentegen worden ontkend, als de man niet de biologische vader is van het kind (artikel 200, eerste lid, BW). De vrouw die haar eicel doneert aan de moeder, is aan te merken als de biologische ouder van het kind. Zou het moederschap eveneens op deze grond kunnen worden ontkend, dan zou de duomoeder door eiceldonatie een onaantastbaar moederschap verkrijgen. Voorkomen moet worden dat dit één van de motieven zou kunnen zijn voor eiceldonatie. Eiceldonatie brengt risico's mee voor het kind, de moeder en de duomoeder (Vgl. Modelreglement Embryowet, Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO, 2003).

Het moederschap van de echtgenote van de moeder kan worden ontkend op verzoek van het kind, de moeder en de duomoeder. Het verzoek vergt geen belangenafweging door de rechter. Dit is evenmin het geval bij het verzoek tot ontkenning van het vaderschap. Het uitgangspunt is dat de juridische situatie en de biologische werkelijkheid betreffende afstamming met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht. Omwille van de rechtszekerheid is het verzoek gebonden aan een termijn. Het kind kan het verzoek tot uiterlijk drie jaren nadat het meerderjarig is geworden indienen (artikel 202a, vierde lid, van het voorstel). De moeders hebben deze mogelijkheid binnen een jaar na zijn geboorte (idem, derde lid).

Het moederschap kan door de moeders niet worden ontkend als de duomoeder voor het huwelijk heeft kennis gedragen van de zwangerschap. Deze regeling sluit aan bij de realiteit, dat zij die

willens en wetens trouwt met een zwangere vrouw, haar kind als het hare accepteert. De zwangere vrouw aanvaardt haar echtgenote op haar beurt als moeder van het kind.

Het moederschap kan evenmin worden ontkend door de moeders, als de duomoeder heeft ingestemd met de kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 198, eerste lid, aanhef en onder b, van het voorstel. De moeders kiezen samen voor een kind en de hierbij horende verantwoordelijkheid. Zij kunnen zich hieraan, met name gelet op het belang van het kind, niet onttrekken.

Een kind kan binnen de daarvoor gestelde termijn in alle gevallen een verzoek doen tot ontkenning van het moederschap van de duomoeder. Het maakt voor zijn verzoek niet uit of de duomoeder voor het huwelijk wist dat haar toekomstige echtgenote zwanger was of dat de duomoeder heeft ingestemd met de kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 198, eerste lid, onder b, van het voorstel. De ontkenning kan mogelijk voor het kind van waarde zijn, als de duomoeder in zijn verzorging en opvoeding geen rol heeft gespeeld, bijvoorbeeld in het geval dat zij kort na zijn geboorte is vertrokken. Aan te nemen is, dat van de mogelijkheid tot het verzoek slechts zelden gebruik zal worden gemaakt.

De ontkenning van het duomoederschap na overlijden van de ouders is geregeld in artikel 202b, eerste lid, van het voorstel. Deze regeling komt overeen met die van de ontkenning van het vaderschap na overlijden van de moeder en/ of de vader. In artikel 202b, tweede lid, van het voorstel zijn de artikelen 201, tweede lid, BW betreffende het overlijden van het kind, en artikel 202 BW betreffende de rechtsgevolgen van de ontkenning van het (duo)moederschap van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel I, onderdeel E

Artikel 204 BW betreft de nietigheid, de ongeldigheid, van een erkenning. In het voorstel wordt dit artikel sekseneutraal geformuleerd door "man" telkens te vervangen door "persoon". De nietigheidsgronden voor erkenning worden op deze wijze uitgebreid tot de duomoeder.

Eén van de gronden voor nietigheid is het feit dat een kind al twee ouders heeft (artikel 204, eerste lid, onder f, BW). Als een kind twee ouders heeft – een vader en een moeder, twee moeders, of twee vaders – kan een erkenning door een ander niet leiden tot ouderschap. Twee juridische ouders is het uitgangspunt en de bestaande familierechtelijke betrekkingen worden beschermd. Andere gronden voor nietigheid zijn het ontbreken van de voorafgaande schriftelijke toestemming voor erkenning van de moeder (artikel 204, eerste lid, onder c, BW) en die van het kind (idem, onder d). De toestemming van de moeder is nodig als het kind jonger is dan 16 jaar. De toestemming van het kind is vereist, als het te erkennen kind 12 jaar of ouder is. Het ontbreken van toestemming van de moeder en/ of het kind kan worden ondervangen door een verzoek om vervangende toestemming voor erkenning van de rechter. De rechter onderzoekt in dat geval of de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden. Op grond van de wet kan uitsluitend de verwekker om vervangende toestemming voor erkenning vragen (artikel 204, derde lid, BW).

Op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad kan ook nu al de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat om vervangende rechterlijke toestemming verzoeken, zij het op beperkte gronden. Als de moeder het kind verzorgt en opvoedt, verleent de rechter vervangende toestemming voor erkenning, als de moeder bij de weigering van haar toestemming geen enkel te respecteren belang heeft (Hoge Raad, 24 januari 2003, NJ 2003, 386, JdB).

Door de voorgestelde uitbreiding van artikel 204, derde lid, BW tot de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind, kan de rechter een ruimere toets hanteren. Hij beoordeelt of de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind zou schaden. De belangen van de zaaddonor worden hierbij zelfstandig in aanmerking genomen. Deze verruiming wordt gerechtvaardigd door de feitelijke situatie: als de moeder met de zaaddonor afspreekt dat hij de juridische ouder wordt van het kind, moet zij op deze afspraak niet lichtvaardig kunnen terugkomen. De rechter kan bij een verzoek om vervangende toestemming alle belangen van de betrokkenen – kind, moeder, biologische vader, duomoeder – in aanmerking nemen, als ook de overige omstandigheden, waaronder eventuele afspraken tussen de moeder en de biologische vader.

Of de zaaddonor in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, hangt af van de omstandigheden van het geval. De zaaddonor dient naast zijn biologische vaderschap bijkomende omstandigheden te stellen, waaruit kan worden afgeleid dat tussen hem en het kind een nauwe persoonlijke band bestaat. Het vereiste van deze bijkomende omstandigheden wordt gesteld in het belang van de moeder en het kind, maar dient er niet toe te leiden dat eventuele geschillen die tussen de moeder en de biologische vader zijn ontstaan na de conceptie aan een beoordeling door de rechter worden onttrokken. Verwezen wordt naar de uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 2007, NJ 2008, 310, JdB betreffende een recht op omgang van de bekende zaaddonor.

De voorgestelde uitbreiding van artikel 204, derde lid, BW, heeft ook gevolgen voor de mogelijkheid tot het verzoek van vernietiging van de erkenning door de niet biologische ouder door de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. Op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad kan de verwekker verzoeken om de vernietiging van de erkenning door de niet-biologische vader (o.m. Hoge Raad 12 november 2004, NJ 2005, 248, JdB). Deze rechtspraak zal naar analogie van toepassing moeten worden geacht op de voornoemde zaaddonor. Vanzelfsprekend maakt het voor de mogelijkheid tot vernietiging van de erkenning niet uit of deze is geschied door een mannelijke partner (niet zijnde de biologische vader van het kind) of door een vrouwelijke partner van de moeder. Men denke aan het geval dat de relatie van de moeder met de verwekker is verbroken en een nieuwe partner, man of vrouw, het kind erkent. De verwekker kan in beide gevallen op dezelfde voorwaarden verzoeken om vernietiging van de erkenning.

Artikel I, onder F

Het sluitstuk van het afstammingsrecht is dat het juridisch ouderschap in overeenstemming kan worden gebracht met het biologische werkelijkheid. Dit betekent dat de erkenning door de duomoeder kan worden vernietigd. De mogelijkheden van de moeders hiertoe zijn beperkt. De erkenning gebeurt willens en wetens, en hierop kan niet lichtvaardig worden teruggekomen. Het kind kan de rechter tot uiterlijk drie jaren nadat het meerderjarig is geworden verzoeken het ouderschap van de duomoeder ongedaan maken. Het voorgestelde artikel 205a, eerste lid, BW leidt ertoe dat het moederschap van de duomoeder kan worden vernietigd, op de grond dat zij niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren (zie toelichting artikel I, onder D). In het voorgestelde artikel 205a, tweede lid, wordt artikel 205, tweede tot en met het vijfde lid, van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit leidt ertoe dat de voorwaarden voor het verzoek tot vernietiging en de termijnen daarvoor, gelijk zijn aan die voor het geval dat de juridische vader niet de biologische vader is van het kind.

Artikel I, onder G, H en I

Door de voorgestelde wijzigingen van titel 11, afdeling 4, wordt het mogelijk het moederschap van de duomoeder gerechtelijk te doen vaststellen. Onder de term "gerechtelijke vaststelling van het ouderschap" wordt de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en het moederschap begrepen. Het moederschap van de duomoeder kan gerechtelijk worden vastgesteld als zij – evenals onder het huidige recht het geval is voor de mannelijke levensgezel van de moeder – als levensgezel heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. De artikelen 207 en 208 BW worden in zoverre sekseneutraal gemaakt door "man" te vervangen door "persoon" en "vaderschap" door "ouderschap".

Artikel I, onder J en K

De (juridische) duomoeder wordt gelijkgesteld met de tot het gezag bevoegde (juridische) vader van het kind. In artikel I, onder J en K, worden hiertoe een aantal technische wijzigingen van het gezagsrecht voorgesteld.

Artikel I, onder L en M

De verwekker van een kind dat alleen een moeder heeft, alsmede de man die als levensgezel heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad is op grond van het huidige recht, als ware hij ouder, alimentatieplichtig jegens het kind (artikel 1: 394 BW). Met het voorliggende wetsvoorstel wordt de positie van de vrouwelijke levensgezel gelijk gesteld aan de positie van de mannelijke levensgezel. Zij kan het kind erkennen en haar ouderschap zal gerechtelijk kunnen worden vastgesteld (Artikel I, onder D, respectievelijk G, H en I). Het sluitstuk van deze gelijkstelling is de alimentatieplicht. Ook al is deze vrouwelijke levensgezel geen juridisch ouder, is zij wel alimentatieplichtig jegens het kind, evenals de mannelijke levensgezel.

De Minister van Justitie,