

stichting Meer dan Gewenst
A.M. Thus, voorzitter
Lage Kanaaldijk 89
6212 AK Maastricht
www.meerdangewenst.nl

Advocatenkantoor De Binnenstad
mr W.J. Eusman
Postbus 16695
1001 RD Amsterdam
020-6271816
www.binnenstadadvocaten.nl

Reactie op voorstel van wet lesbisch ouderschap

De onderstaande reactie op het concept wetsvoorstel lesbisch ouderschap is opgesteld door de stichting Meer dan Gewenst en mr W.J. Eusman, advocaat te Amsterdam.

De Stichting Meer dan Gewenst behartigt de belangen van LGBT (lesbian gay biseksual transgender) families. Daarnaast organiseert zij bijeenkomsten voor (wens)ouders en speeldagen voor hun kinderen en voorziet zij derden van informatie.

Mr Wilma Eusman heeft sinds de invoering van de mogelijkheid tot adoptie namens de vrouwelijke partner van de moeder in 2001 ongeveer 400 vrouwenstellen gevoerd in een dergelijke adoptieprocedure en heeft daarnaast vele vrouwen- en mannenstellen bijgestaan in juridische zaken rond hun kinderen.

Zowel de stichting Meer dan Gewenst als mr Eusman zijn blij dat er nadere wetgeving komt, waarin is geregeld dat de juridische band tussen lesbische ouders en hun kinderen eenvoudiger tot stand komt.

Vanuit hun eigen kennis en ervaring en die van hun achterban hebben zij de volgende opmerkingen over het voorstel van wet en de Memorie van Toelichting (MvT).

Inleiding

Meer dan Gewenst en mr Eusman weten uit hun contacten met zowel lesbische moeders als donoren dat deze op verschillende wijzen hun ouderschap de vorm geven.

Bij een telling kwam Meer dan Gewenst op een aantal van dertig verschillende vormen, variërend van een tweemoeder-gezin, waarbij de donor volstrekt onbekend zal blijven voor het kind, tot volledig co-ouderschap van de moeders en de donor/vader en/of zijn partner. In de praktijk van mr Eusman blijkt dat 75% van de vrouwenstellen die adoptie door de niet-biologische moeder wensen, gekozen hebben voor een hen bekende donor en 25% het zaad via een kliniek of zaadbank hebben gekregen.

Bij de vrouwenstellen die kinderen hebben gekregen van een bekende donor, wordt het overgrote deel van de kinderen verzorgd en opgevoed door de moeders, terwijl de donor een aantal keren per jaar langskomt en eventueel leuke dingen met de kinderen doet. Op deze wijze is de donor een bekend gezicht voor de kinderen voor het geval zij vragen hebben over hun afkomst.

In een aantal gezinnen met twee moeders heeft de donor een taak in de verzorging en opvoeding van de kinderen. In een groeiend aantal gezinnen zien we dat de donovader en zijn partner een rol spelen in de opvoeding van de kinderen en zijn de ouders bewust een meeroudergezin gaan vormen, vergelijkbaar met co-ouderschap. Men spreekt dan ook niet meer van een donor, deze doneert immers alleen maar het zaad, maar van een vader.

Het blijkt in de praktijk soms een passen en meten om alle betrokkenen een passende rol te laten vervullen ten opzichte van het kind. Gelukkig lukt het de meesten om daar in goed overleg met elkaar uit te komen, met het belang van het kind als uitgangspunt. De opstellers van dit reactie zijn zich ervan bewust dat het onmogelijk is om aan al deze varianten volledig recht te doen in één wettelijke regeling.

Wel blijkt er in de praktijk grote behoefte te bestaan aan het vastleggen van de juridische band tussen ouders en kinderen en het is goed dat er aan nieuwe wetgeving op dit punt wordt gewerkt.

Meer dan Gewenst en mr Eusman zetten vraagtekens bij het gebruik van het woord “duomoeder” voor de niet-biologische moeder. Immers de biologische moeder, die in het wetsvoorstel met de term “moeder” wordt aangeduid, is de andere helft van het duo en daarmee ook duomoeder. Er is bijna geen lesbisch moeder, of ze het nu gebaard heeft of juist niet, die zichzelf duomoeder noemt.

Om verwarring te voorkomen zal hierna toch de niet-biologische moeder duomoeder genoemd worden.

belangen

Blijkens de MvT is het doel van het wetsontwerp een regeling te geven, waardoor de vrouwelijke partner van de moeder de juridische ouder van een kind kan worden zonder dat daarvoor een gerechtelijke procedure is vereist.

Terecht wordt in de MvT opgemerkt dat dit in het belang van het kind is. De MvT laat zich er echter niet over uit wat de minister als belang van het kind in de hier aan de orde zijnde kwesties ziet.

De MvT gaat verder met de opmerking dat de belangen van de personen die betrokken zijn bij het kind –de moeder, de duomoeder en de bekende biologische vader- eveneens zorgvuldig moeten worden afgewogen. Het wetsontwerp bevat daarom, aldus de MvT een versterking van de positie van de moeder van het kind en van de bekende donor, die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, dus een donor met family life als bedoeld in artikel 8 EVRM.

De commissie Kalsbeek heeft het belang van het kind benoemd en met dit belang voor ogen een duidelijke keuze gemaakt. De commissie Kalsbeek heeft deze keuze onderbouwd met verwijzing naar studies gepubliceerd in psychologische en pedagogische wetenschappelijke literatuur. Daarin wordt als belang van het kind omschreven dat het kind is gebaat bij een stabiele opvoedingssituatie, bij juridische bescherming van de feitelijke (reële) gezinssituatie. Het juridisch ouderschap is van belang voor de identiteit van betrokkenen. Zij krijgen op die manier het gevoel voor altijd bij elkaar te horen. 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 bescherming van het sociale ouderschap prevaleert boven het vasthouden aan (het vermoeden) van biologisch ouderschap.

In het wetsvoorstel en de MvT ontbreekt een expliciete keuze. Als er al een keuze gemaakt lijkt te zijn, dan kiest de minister voor versterking van de positie van de biologische ouders van het kind.

Hoewel de minister met de mond beleidigt dat het wetsvoorstel ervoor is om de duomoeder op eenvoudige wijze ouder te laten worden, lijkt de duomoeder wel de lasten maar niet de lusten toebedeeld te krijgen, terwijl de donor/biologische vader wel de lusten maar niet de lasten hoeft te hebben. Zonder een onderbouwing van deze keuze lijkt het uitgangspunt van dit

wetsvoorstel te zijn: “een kind heeft een (biologische) vader en een (biologische) moeder nodig”.

Meer dan Gewenst en mr Eusman onderschrijven dat uitgangspunt niet. Zij menen dat alle betrokken volwassenen, te weten de biologische moeder, de duomoeder, de donor en eventueel zijn partner, die met elkaar voor dit kind hebben gekozen, een gelijkwaardige juridische positie behoren te hebben.

Zij missen in het wetsontwerp een versterking van de positie van de duomoeder en een onderbouwing van de keuze van de minister.

ouderschap van rechtswege

Het kabinet heeft in het wetsvoorstel wel een andere keuze gemaakt, nl. voor het ontstaan van het ouderschap van de duomoeder van rechtswege als de moeders gehuwd zijn en er gebruik is gemaakt van zaad van een donor die geen rol zal spelen in de verzorging en opvoeding van het kind.

Het huwelijk betekent, aldus de MvT, dat de moeders een duurzaam verband met elkaar hebben en wederzijds verplichtingen op zich hebben genomen en samen hebben zij ervoor gekozen dat de biologische vader geen rol zal spelen in de verzorging en opvoeding van het kind.

Meer dan Gewenst en mr Eusman wijzen erop dat de terminologie hier niet zuiver wordt gebruikt. Bedoeld is te zeggen dat de moeders hebben gekozen voor een onbekende donor, die eventueel vanaf het 16^e jaar van het kind bekend kan worden. Immers ook vele voor de moeders en jongere kinderen bekende donoren spelen geen rol in de feitelijke verzorging en opvoeding van de kinderen. Doch deze laatste categorie heeft de minister hier niet voor ogen.

Over de praktische wijze waarop dit van rechtswege ouderschap tot stand komt, wordt hierna onder het kopje “artikel 198 lid 1 b” nog het een en ander opgemerkt.

Over de wenselijkheid om tot een van rechtswege juridisch ouderschap te komen in plaats van een ouderschap door erkenning wordt hierna onder het kopje “consequenties voor het IPR” ingegaan.

erkenning

Als het kind geboren wordt buiten het huwelijk van de moeders of als het kind verwekt is met zaad van een voor de moeders bekende donor, kiest de minister niet voor een van rechtswege ouderschap van de duomoeder, maar voor de mogelijkheid voor de duomoeder om het kind te erkennen.

De minister acht het 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 (3.a. “Duomoederschap van rechtswege”, laatste zin). Dit staat echter diametraal op de laatste zin van 3.b. “Erkenning”, waar staat dat de biologische moeder zal besluiten wie de juridische ouder van het kind wordt: de biologische vader of de duomoeder.

Meer dan Gewenst en mr Eusman zijn het er van harte mee eens dat het zoveel mogelijk aan de betrokkenen rond het kind zelf overgelaten moet worden om te bepalen wie de tweede juridische ouder van het kind zal worden.

vervangende toestemming erkenning door de donor

Echter de beslissingsbevoegdheid die de MvT bij de biologische moeder legt, is niet zo absoluut als de MvT doet voorkomen.

Dat blijkt onder meer uit de voorgestelde wijziging van artikel 204 lid 2 onder b, waarbij de de zaaddonor met family life het recht krijgt om de rechter te verzoeken om vervangende toestemming voor erkenning. Deze bepaling is blijkens de MvT opgenomen in het kader van de versterking positie zaaddonor die in nauwe persoonlijke betrekking staat tot kind en is bedoeld om de positie van deze zaaddonor weer in evenwicht te brengen met die van de moeder.

De MvT stelt dat dit recht zal toekomen aan een bekende zaaddonor die èn biologisch vader is èn een ouder-kind relatie heeft met het kind. Zo zou het verzoek een juridische bevestiging van deze biologische en sociale werkelijkheid zijn.

De minister houdt hier geen rekening met de rechtspraak die ook een donor die slechts af en toe contact met het kind heeft family life toedicht, zodat ook een zaaddonor die èn biologisch vader is èn af en toe contact met het kind heeft, dit recht toekomt. Sinds de uitspraak van de HR van 30 november 2007, NJ 2008, 310 wordt in de rechtspraak zeer snel aangenomen dat een bekende donor die een paar keer per jaar langs komt bij het kind een nauwe persoonlijke betrekking heeft met dit kind.

Overigens is niet verbazingwekkend dat wordt voorgesteld deze regeling in artikel 204 op te nemen. Het is niet anders dan codificatie van de uitspraak van de Hoge Raad van 24 januari 2003, NJ 2003, 386. Daarin heeft de Hoge Raad overwogen dat op grond van de wetsgeschiedenis van artikel 1:204 BW, lid 3 van dat artikel niet geldt voor de biologische vader die niet de verwekker is van het kind. Ingevolge echter het bepaalde in artikel 8 EVRM 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.

Dus zelfs al zou artikel 204 niet worden aangepast bij het onderhavige wetsvoorstel, de donor met family life kan zich tot de rechter wenden met het verzoek om vervangende toestemming als de biologische moeder haar toestemming onthoudt.

Het is wenselijk als de minister de rechter criteria geven, waaraan de rechter te zijner tijd zou kunnen toetsen of de moeder haar toestemming terecht heeft onthouden.

Immers hoe moet de rechter kiezen in een geval waarin er tussen de moeders en de biologische vader onenigheid ontstaat over wie de tweede juridische ouder van het kind moet zijn de duo-moeder of de biologische vader. In het thans geldende recht heeft dit tot gevolg dat geen van beiden de juridische ouder van het kind wordt (zie HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386 mn JdB en HR 21 april 2006, NJ 2006, 584). Terecht wordt aan deze situatie in het wetsvoorstel een einde gemaakt, nu dit beoogt dit kind door erkenning een tweede juridische ouder te geven.

De voorgestelde wettelijke regeling biedt geen oplossing voor een casus als die uit de HR-uitspraken uit 2003 en 2006. De commissie Kalsbeek meent dat in zo'n casus het in het belang van het kind is dat de biologische moeder haar vrouwelijke partner toestemming zal geven het kind te erkennen. Het kind groeit immers op in het gezin van de moeders.

Meer dan Gewenst en mr Eusman ondersteunen in deze de opvattingen van de commissie Kalsbeek. Als het kind voornamelijk opgroeit bij de moeders is het een ander verhaal dan wanneer het kind deel uitmaakt van een meeroudergezin.

Daarnaast wordt hier totaal voorbij gegaan aan de belangen van de duomoeder en het kind. Zij heeft ook family life met het kind dat zij dagelijks verzorgd en opvoedt. En zoals de

commissie Kalsbeek terecht heeft opgemerkt, is het kind gebaat bij juridische bescherming van de feitelijke (reële) gezinssituatie.

Er is derhalve een grote behoefte aan wetgeving die het toetsingskader in de belangenafweging aangeeft. Zonder duidelijke keuzes van de wetgever staat de duomoeder, die het kind feitelijk verzorgd en opvoedt en liefheeft, met lege handen.

vervangende toestemming erkenning door duomoeder

Overigens ontbreekt in het wetsvoorstel een regeling tot een verzoek vervangende erkenning door de duo-moeder. Ook hier wordt de zwakke rechtspositie van de duomoeder in het wetsvoorstel zichtbaar. De minister is erg dubbel in het niet toekennen van dit recht aan de duomoeder, terwijl in dit wetsvoorstel wel de gerechtelijke vaststelling ouderschap en een onderhoudsverplichting voor de duomoeder mogelijk wordt gemaakt.

Deze wetswijziging wordt gemotiveerd met een beroep op de gezamenlijke beslissing van de moeders om dit kind te krijgen en het belang van het kind om twee juridische ouders te krijgen. “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.” aldus de MvT.

Maar wat als de relatie tussen moeder en duo-moeder (al dan niet getrouwd of geregistreerd partners in geval van een bekende donor) uitgaat voor of kort na de geboorte en de duomoeder, (die ook family life heeft opgebouwd) heeft het kind nog niet erkend? Dan kan de biologische moeder haar toestemming aan de erkenning door de duo-moeder onthouden..

Waarom is het in dat geval niet in het belang van het kind dat dit twee moeders krijgt?

Sterker nog het onthouden van toestemming door de biologische moeder kan in strijd zijn met de belangen van het kind. Er wordt hier voorgegaan aan het feit dat beide dames samen hebben besloten tot inseminatie met donorzaad met daaruit voortkomend het kind.

In deze situatie kan nog onderscheid gemaakt worden of er sprake is van een bekende of een onbekende donor. Immers er ontstaat niet een van rechtswege juridisch ouderschap van de duomoeder als zij niet gehuwd en evenmin geregistreerde partner is van de moeder van het kind dat verwekt is door zaad van een onbekende donor. In dat geval is er in ieder geval geen biologische vader die het tweede juridisch ouderschap kan opeisen, hoewel de moeder iedere willekeurige man (en straks ook ieder willekeurige vrouw) toestemming kan geven het kind te erkennen.

Het kind is ook dan beter af met de duo-moeder als tweede juridische ouder.

De duo-moeder krijgt in dit wetsontwerp wel alle plichten, maar krijgt niet alle bij behorende rechten.

vernietiging erkenning verzocht door de donor

Volgens het wetsvoorstel kan de zaaddonor met een nauwe persoonlijke betrekking deze erkenning niet ongedaan maken (hij behoort immers niet tot de groep genoemd in artikel 205 a).

Maar ook deze bepaling is niet zo absoluut als de MvT suggereert.

De Hoge Raad (12 november 2004, NJ 2005, 248) heeft reeds bepaald dat een verwekker, die evenmin behoort tot de groep van personen, genoemd in artikel 205 BW, desondanks een verzoek tot vernietiging van de erkenning bij de rechter kan indienen, indien de moeder door toestemming te verlenen aan een niet-verwekker misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt. De rechter dient dan te toetsen of de moeder slechts met het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden, toestemming aan de niet-verwekker heeft verleend.

Als de verwekker echter geen redelijke kans heeft gehad om zelf het kind te erkennen, worden de belangen van de moeder bij niet erkenning en die van de verwekker bij erkenning gewogen.

Nu reeds valt te voorspellen dat ook hier de rechter zal oordelen dat “ongeacht de wijze waarop de zwangerschap tot stand is gekomen” de donor met family life recht heeft op bescherming van dit family life. Via deze jurisprudentie zal ook de donor met family life tot de groep van artikel 205 a gaan behoren.

Voor de rechtszekerheid is het van belang dat de wetgever zich hier uitspreekt welke belangen een rol spelen en hoe die te wegen. Want waar worden de belangen van het kind en waar worden die van de duomoeder gewogen?

Het is te verwachten dat net zoals veel niet gehuwde hetero-ouderparen de moeders de erkenning reeds voor de geboorte van het kind willen regelen.

Het komt voor dat de donor na de geboorte van het kind het kind een paar keer ziet en hij ontdekt dat hij zich toch meer vader voelt dan hij tevoren had ingeschat (vgl. Volkskrant magazine 23 januari 2010). Omdat hij het kind al een aantal malen heeft gezien, zal snel worden aangenomen dat hij family life heeft met het kind (vgl. HR 30 november 2007, NJ 2008, 310).

Als deze donor vernietiging van de erkenning door de duomoeder vraagt, welke toets moet de rechter dan aanleggen? Het is aan de wetgever om hier richtlijnen te geven.

Als de belangen van de duomoeder niet mogen meewegen (want slechts de belangen van de moeder wegen mee), waar blijft dan de duo-moeder in die belangenafweging.

Als derde-belanghebbenden (als bedoeld in artikel 798 lid Rv.) kan zij zich wel voegen in die procedure, maar haar belangen zouden niet afgewogen kunnen worden.

De moeder mag derhalve wel besluiten wie mag erkennen, maar de rechter kan ook met dit wetsvoorstel de belangen van de duo-moeder niet meewegen.

vernietiging erkenning verzocht door de duomoeder

Aangezien de donor met family life een recht heeft om een verzoek tot vernietiging van de erkenning in te dienen bij de rechtbank, zou een dergelijk recht ook gegeven moeten worden aan de duomoeder. Pas dan is er sprake is van gelijkwaardigheid van de drie direct bij het kind betrokken volwassenen.

Een dergelijke regeling sluit ook aan bij de in de MvT (3 a laatste regel) geuite wenselijkheid aan deze drie volwassenen de keuze te laten over de persoon van de juridische ouder.

toestemming van de duomoeder voor de erkenning

Het verdient voorts aanbeveling om artikel 1:204 lid 1 BW uit te breiden met een onderdeel dat erkenning nietig is, indien zij is gedaan zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de duomoeder. Deze duomoeder zou nader omschreven kunnen worden als de huwelijkspartner, geregistreeerde partner of andere levensgezel van de biologische moeder. Ook zou gedacht kunnen worden om toestemming te laten geven voor de erkenning door derden die het (mede)gezag over het kind uitoefenen.

Ingevolge artikel 1:253sa BW oefenen over het staande hun huwelijk of geregistreeerde partnerschap geboren kind de moeder en haar echtgenoot of geregistreeerde partner, die niet de ouder is van het kind, gezamenlijk het gezag uit, tenzij het kind tevens in familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder.

Dus als het kind niet is erkend door bv. de donor of de duomoeder, heeft het kind één juridisch ouder, nl. de biologische moeder. Als het kind staande huwelijk of geregistreerd partnerschap van de moeder en de duomoeder is geboren, hebben de moeders het gezamenlijk gezag over het kind. Het kind kan op grond van het bepaalde in artikel 1:5 lid 4 BW de geslachtsnaam van de duomoeder dragen van de geboorte.

De volgende casus is ontleend aan de praktijk:

Twee met elkaar getrouwde moeders kiezen voor een kind met zaad van een bekende donor. De donor heeft met de biologische moeder een zgn. donorovereenkomst gesloten, waarin hij verklaarde het kind nimmer te zullen erkennen. Deze overeenkomst is door de duomoeder mede ondertekend. Het kind wordt geboren. De moeders oefenen het gezamenlijk gezag over het kind uit. Het kind krijgt de geslachtsnaam van de duomoeder. De donor ziet het kind af en toe. De biologische moeder weigert mee te werken aan de adoptie van het kind door de duomoeder. Na drie jaar komt het tot een echtscheiding. Het kind blijft bij de biologische moeder wonen. De duomoeder heeft een omgangsregeling met het kind.

En dan geeft de biologische moeder zonder enig overleg met de duomoeder aan de donor toestemming om het kind te erkennen en kiezen zij ook voor de geslachtsnaam van de donor. Deze donor heeft minder feitelijk contact met het kind dan de duomoeder. Hij heeft nooit voor het kind gezorgd.

De duomoeder staat met lege handen. Zij wordt niet beschermd door het recht.

Tot een belangenafweging of een oordeel of deze erkenning en naamswijziging in het belang van het kind is, komt het niet.

De casus kan nog gecompliceerder worden als de biologische moeder en de donor/erkenner aantekening in het gezagsregister laten maken op grond van artikel 1:252 BW. Het is de vraag of op deze wijze de duomoeder van haar gezag wordt weggewerkt zonder dat er een rechterlijke toetsing plaatsvindt. In ieder geval kan de duomoeder niet meer aantonen dat zij het gezag over het kind heeft, omdat het gezagsregister de donor als medegezagdrager zal aanwijzen.

De oplossing in deze casus zou kunnen zijn dat de duomoeder zich tot de rechter kan wenden om vernietiging van de erkenning door de donor te vragen en een verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning door haarzelf. De rechter heeft dan wel van de wetgever maatstaven nodig om in deze zaak te oordelen. Van wie wegen de belangen zwaarder, wat meent de wetgever dat het belang van het kind is.

gerechtelijke vaststelling ouderschap voor de duomoeder

Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap voor de duomoeder ligt in de rede, aldus de MvT. De duomoeder dient ook aangesproken te worden op haar verplichtingen jegens het kind van haar partner. Dat is in het belang van het kind, want zo krijgt het twee juridische ouders krijgen. Dat kan relevant zijn in verband met aanspraken van erfrechtelijke aard of voor levensonderhoud.

De opstellers van deze reactie zijn het hiermee eens. Als de moeders samen kiezen voor een kind, kan niet één van beide zich aan de verantwoordelijkheden voor dat kind onttrekken.

gerechtelijke vaststelling ouderschap voor de donor

Hoewel de minister het in het belang van het kind acht dat dit twee juridische ouders krijgt bv. voor aanspraken van erfrechtelijke aard of voor levensonderhoud, is er in het wetsontwerp van af gezien om het mogelijk te maken het vaderschap te doen vaststellen van de zaaddonor met family life. Het argument voor de minister is dat de donoren zelf niet in alle gevallen

wensen het juridisch ouderschap op zich te nemen. Donoren kiezen er immers bewust voor om hun zaad te donoren om het zo voor anderen mogelijk te maken om kinderen te krijgen, dit maakt hen een donor.

Sinds wanneer is het afstammingsrecht afhankelijk gemaakt van de wensen van één van de ouders? Als de moeder geen toestemming wenst te geven voor de erkenning door de biologische vader/donor met family life, kan deze toch ook vervangende toestemming vragen?

Of is het de bedoeling van de minister om uitsluitend rekening te houden met de wensen van de man in het familierecht. Als de man wenst te erkennen moet daar een weg voor zijn. Als hij geen juridisch vader wenst worden, kan hij daartoe niet gedwongen worden.

Het is duidelijk wat de minister bedoelt als hij het heeft over versterking van de positie van de bekende donor!

Het is in het belang van het kind dat dit twee juridisch ouders kan krijgen, maar dan zullen zowel de duomoeder als de donor onder omstandigheden gedwongen kunnen worden tot gerechtelijke vaststelling van hun ouderschap.

Het tweede argument dat de minister gebruikt om de gerechtelijke vaststelling vaderschap niet open te stellen voor donoren, is dat er dan wel eens minder bekende donoren zouden kunnen komen. Hier moet kennelijk het belang van een individueel kind wijken voor een "hogere" belang, nl dat er dan minder bekenden van de moeder(s) donor zouden willen worden.

Het individuele kind heeft aan dit hogere belang geen boodschap.

Overigens is ook deze kwestie al in de rechtspraak beslist.

De rechtbank Amsterdam (17-10-2007, 336485/FA RK 06-1265) heeft onder verwijzing naar de HR 24-1-2003, NJ 2003, 386 over vervangende toestemming erkenning beslist dat het vaderschap van een zaaddonor met family life gerechtelijk kan worden vastgesteld. Dat is logisch, want wat geldt voor een man, die ongeacht de wijze waarop de zwangerschap is ontstaan, recht heeft op bescherming van family life, geldt des te meer voor het kind, dat helemaal niet kan helpen op welke wijze hij verwekt is.

Twee moeders zullen echter niet snel een gerechtelijke vaststelling vaderschap verzoeken. Immers voor de hand ligt dat zij samen het juridisch ouderschap zullen delen. Dan is er geen plaats meer voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de donor.

onderhoudsverplichting

De minister vindt het redelijk dat de duomoeder wel, maar de donor niet, wordt aangesproken voor de kosten van verzorging en opvoeding van het kind.

Dit lijkt een merkwaardige maatstaf voor het belang van het kind. Ook is dit een ongerechtvaardigd onderscheid tussen twee van de drie direct betrokken volwassenen rond het kind.

Er doet zich geen probleem voor als het kind erkend is door de duomoeder. Het zijn immers de juridische ouders die het kind moeten onderhouden. Als de duomoeder het mede-gezag uitoefent over het kind, is zij uit dien hoofde verplicht te betalen voor de kosten van verzorging en opvoeding van het kind.

Als ook de donor aansprakelijk is voor die kosten (als het kind maar één juridisch ouder heeft), dan wordt artikel 1:394 BW minder onverkwikkelijk. In de casus die leidde tot de HR 26 juni 2009, NJ 2009, 388 is geoordeeld dat de moeder moet bewijzen dat de man de biologische vader van het kind is, als dat door DNA-onderzoek is bevestigd, zal de man dienen te bewijzen dat hij zaaddonor en niet verwekker was van het kind. In die zaak hadden partijen volgens de man een zgn donorovereenkomst gesloten, maar stelde de moeder dat zij de donorovereenkomst niet had ondertekend en dat de man de verwekker was. De man moest

maar bewijzen dat hij gedoneerd had en geen verwekker was. Aangezien een en ander in eigen kring had plaatsgevonden, verkeerde de man in een onmogelijke bewijspositie en was hij ingevolge artikel 394 alimentatieplichtig.

En donoren die zelf een taak in de verzorging en opvoeding van het kind hebben, zullen er geen probleem mee hebben om ook financieel voor dit kind te zorgen. Het zijn juist de donoren die het wel leuk vinden om af en toe iets met het kind te doen of alleen met het kind willen pronken, die niet financieel verantwoordelijk voor het kind willen zijn.

Het lijkt erop dat bij de versterking van de positie van de donor met family life het belang van het kind ondergeschikt is gemaakt aan de wensen van die donor. De wensen van de volwassen man die heeft meegewerkt aan de verwekking van het kind mogen nimmer gaan boven de belangen van datzelfde kind.

Volgens Meer dan Gewenst kun je de donor niet aansprakelijk laten zijn voor de kosten van het levensonderhoud van het kind. Hij heeft immers alleen maar het zaad gedoneerd en is geen vader. Als een man vader wil zijn over het kind, is het een ander verhaal. De rol van het donorcontract zou juridisch zwaarder wegend moeten zijn om situaties zoals hiervoor in casus besproken te voorkomen. Er zou standaard een donorcontract bij de notaris moeten worden opgemaakt als de vrouw zwanger wil worden door middel van donorzaad zonder tussenkomst van een kliniek. De notaris zou de gegevens van de donor kunnen laten registreren bij de stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting (zie hierna onder “artikel 198 lid 1 b”).

consequenties voor het IPR

Meer dan Gewenst en mr Eusman erkennen dat de regeling van het juridisch ouderschap van de duomoeder in het thans voorliggende wetsvoorstel de moeders in het buitenland praktische problemen kan brengen.

Dat hoeft op zich geen reden te zijn om deze wet niet in te voeren. Ook bij de invoering van de adoptie van kinderen van partners van hetzelfde geslacht leek het buitenland deze adoptie niet te accepteren. Na nog geen tien jaar zijn er meer landen dan verwacht die zelf een dergelijke adoptiemogelijkheid hebben geopend en nog meer landen die de in Nederland uitgesproken adoptie erkennen.

Nu zijn niet alle moederparen internationaal georiënteerd en verwachten zij niet dat hun kinderen dat wel zullen worden. Voor hen is deze wetgeving uitstekend geschikt.

Voor de moederstellen, die dit internationale aspect wel belangrijk vinden, bv. omdat één van de moeders een niet-Nederlandse nationaliteit heeft of omdat zij overwegen naar het buitenland te gaan wonen, is het goed dat de mogelijkheid van de adoptie blijft bestaan.

Echter de gehuwde moederstellen met een onbekende donor hebben in het systeem van dit wetsontwerp geen keuze meer voor adoptie, omdat het juridisch ouderschap van de duomoeder al van rechtswege bestaat.

Dit zou een overweging kunnen zijn om toch af te zien van het van rechtswege ontstaan van het ouderschap voor de duomoeder (dan vervallen gelijk de problemen rond de verklaring van de stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting (zie hierna onder “artikel 198 lid 1 b”) en voor alle gevallen uitsluitend de erkenning mogelijk te maken.

Artikel 198 lid 1 b.

Artikel 198 lid 1 b nieuw bedoelt te regelen dat de duomoeder van rechtswege juridisch ouder wordt van het kind dat geboren wordt uit haar echtgenote en als dat kind is verwekt met zaad van een voor de moeders onbekende donor.

De tekst van het nieuwe artikel

- a. dekt deze bedoeling niet en zal zonder aanpassing van de wet donorgegevens kunstmatige bevruchting niet altijd het gewenste effect hebben;
 - b. is buiten de macht van de moeders om niet altijd voor hen realiseerbaar,
 - c. maakt zonder rechtvaardigingsgrond onderscheid tussen gelijke gevallen,
 - d. roept de vraag op over de familierechtelijke betrekking van de duomoeder tot de ongeboren vrucht,
- en
- e. is taalkundig onjuist.
- Aanpassing van deze tekst is derhalve noodzakelijk.

ad a.

Het is de bedoeling dat uit de verklaring, die de moeders bij de geboorteaangifte moeten overleggen, blijkt dat het kind is verwekt met zaad van een voor de moeders onbekende donor. De verklaring houdt dat echter niet in.

Artikel 1 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting bepaalt dat wordt verstaan onder

- c. kunstmatige donorbevruchting: het beroeps- of bedrijfsmatig verrichten van handelingen, gericht op het anders dan op natuurlijke wijze tot stand komen van een zwangerschap met gebruik van:
 1. zaad van een ander dan de echtgenoot, geregistreerd partner of andere levensgezel van de vrouw;
 2. een eicel van een andere vrouw.
- d. donor: degene die zaad of een eicel heeft afgestaan ten behoeve van kunstmatige donorbevruchting.

De MvT gaat er vanuit dat alle donoren over wie een verklaring als bedoeld in artikel 3 a Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting wordt overgelegd onbekende donoren zijn. Dit is een onjuiste veronderstelling.

Ook eigen naar het ziekenhuis meegebrachte zaaddonoren vallen onder de werking van deze wet, want die donor is niet de echtgenoot noch de geregistreerd partner noch de andere levensgezel van de moeder. Hij kan een broer van de duomoeder zijn of een goede vriend van de moeders, maar ook iemand die via kennissen of internet als donor is gevraagd.

Ook de gegevens van deze donor zullen geregistreerd moeten worden bij de stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. De stichting kan dan ook voor deze donor een verklaring afgeven, terwijl de man voor de moeders een bekende is. Denk aan de moeders die in het ziekenhuis in Delfzijl zich hebben laten insemineren met zaad van wat zij dachten een hen bekende donor (zie Vzrechter Rb. Groningen 22-1-2010, LJN BL0233).

Dus met de huidige tekst van het wetsvoorstel zou er wel een van rechtswege ouderschap ontstaan voor de echtgenote van de moeder als de inseminatie heeft plaatsgevonden via het medische circuit en niet als de inseminatie in huiselijke kring in eigen beheer is gedaan.

De vergelijkbare tekst staat ook in artikel 1:227 lid 4 BW, doch daar is het in de praktijk niet zo'n probleem omdat de adoptieprocedure altijd begeleid wordt door een advocaat, die zal vragen of de donor bekend is voor de moeders.

De stichting accepteert uitsluitend aanmeldingen van bij deze stichting geregistreerde instellingen. Dat zijn allemaal in Nederland gevestigde instellingen.

Het komt voor dat vrouwen zich, onder meer om de lange wachttijd in Nederland te omzeilen, zich in België laten insemineren. België kent het systeem van volledig anoniem donorschap. Soms ook komt het sperma uit Denemarken of zelfs de Verenigde Staten van

Amerika. Ook de inseminaties met zaad van die donoren kunnen niet geregistreerd worden bij de stichting als deze niet via iemand in het kader van beroep of bedrijf bij de vrouw is ingebracht.

In die gevallen staat vast dat de donor voor het kind niet bekend zal zijn.

Desondanks zou op grond van de huidige tekst van het wetsontwerp de gehuwde duomoeder niet van rechtswege ouder kunnen worden.

Terzijde wordt hier opgemerkt, dat het in het belang van het kind kan zijn als er een mogelijkheid wordt geopend om ook bekende donoren bij deze stichting te registreren. Immers hoe komt het kind achter zijn donor, als zowel de moeders als de donor jong komen te overlijden en de naaste familie, waar het kind opgroeit, niet wil vertellen wie de donor is. Als de moeders en de donor een contract bij de notaris zouden sluiten, waarbij de notaris de donorgegevens bij de stichting zou kunnen laten registeren, is dit probleem opgelost en kan het kind de gegevens van de donor achterhalen.

ad b.

Ingevolge artikel 2 van de wet dient degene die kunstmatige donorbevruchting verricht of doet verrichten verplicht is aan de stichting bepaalde gegevens van een donor te verzamelen en binnen een door de stichting bij reglement bepaalde termijn aan deze ter beschikking te stellen.

In het reglement van de stichting staat deze termijn in artikel 2 lid 1: uiterlijk 60 weken nadat kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden. En volgens lid 3 vervalt deze verplichting indien vaststaat dat als gevolg van de kunstmatige bevruchting geen kind is geboren.

Wat nu als de verrichter nog niet voldaan heeft aan deze verplichting, ervan uitgaande dat hij 60 weken de tijd heeft. In ieder geval één van de bij de stichting geregistreerde klinieken heeft zich op het standpunt gesteld dat deze kliniek niet verplicht kan worden de donorgegevens naar de stichting te sturen voordat bekend is geworden dat het kind is geboren. Na een sommatie door de advocaat van de moeders, die de verklaring van de stichting nodig hadden voor de indiening van het adoptieverzoek voor de geboorte van het kind, werden de gegevens van de donor alsnog naar de stichting gezonden.

In beginsel kan het kind vanaf 25 weken zwangerschap levend ter wereld komen. Als de verrichter de melding nog niet heeft gedaan bij de stichting, kan bij de geboorteaangifte, die ingevolge artikel 1:19 e lid 6 BW binnen drie dagen na de bevalling moet worden gedaan, de verklaring van de stichting (nog) niet worden overgelegd.

De moeders moeten immers deze verklaring al in huis hebben voordat de bevalling in aantocht is.

ad c.

De tekst, zoals deze thans luidt, maakt een onderscheid tussen gehuwde moeders van kinderen, waavan één van hen via een Nederlandse kliniek of arts is geïnsemineerd met zaad van een voor hen onbekende donor enerzijds en via buitenlandse instellingen of artsen anderzijds.

Daarnaast veroorzaakt de tekst een onderscheid tussen gehuwde moeders van kinderen waarvan één van hen zich heeft laten insemineren met sperma van een voor haar bekende donor via een Nederlandse kliniek of arts enerzijds en zij die dit hebben gedaan zonder tussenkomst van een arts.

Dit onderscheid wordt veroorzaakt door aan het van rechtswege tot stand komen van het juridisch ouderschap van de duomoeder de voorwaarde te verbinden dat er bij de

geboorteaangifte een verklaring van de stichting donorgegevens kunstmatige inseminatie overgelegd dient te worden.

Het betreft hier gelijke gevallen, die gelijk behandeld dienen te worden.

ad d.

En wat als het kind levenloos ter wereld komt, waarvan een akte als bedoeld in artikel 1:19i BW wordt opgemaakt?

Bij een dergelijk kind dat staande een heterohuwelijk ter wereld komt, wordt een akte opgemaakt, waarop de naam van de moeder en de naam van de vader wordt vermeld.

Voor een lesbisch echtpaar is het emotioneel van even groot belang als voor een hetero-echtpaar dat beide ouders op deze akte worden vermeld. Met de huidige tekst van artikel 198 van het wetsontwerp zal de duomoeder niet op de akte vermeld worden, omdat de verklaring van de stichting niet overgelegd zal kunnen worden.

ad e.

De taalkundige onvolkomenheid is het eenvoudigste op te lossen.

Nu staat er: "De verklaring dient bij de aangifte van de geboorte te worden overgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en werkt terug tot aan de geboorte van het kind."

Wat werkt terug tot de geboorte van het kind? In deze zin kan het enige juiste antwoord zijn: de verklaring.

Het wetsontwerp zal echter bedoelen dat het moederschap van de duomoeder terugwerkt tot de geboorte en dat dat wordt vastgesteld door de ambtenaar van de burgerlijke stand aan de hand van de verklaring.

Eiceldonatie

De vrouw die haar eikel doneert, is aan te merken als de biologische ouder van het kind.

In de MvT is opgemerkt dat is afgezien van een aan artikel 1:200 lid 1 BW analoge regeling voor de eiceldonor. Daarin is bepaald dat het vaderschap kan ontkend worden als de man niet de biologische vader van het kind is. Dezelfde reden (niet biologisch ouderschap) voor de ontkenning van het moederschap zou de duomoeder (kennelijk ervan uitgaand dat de duomoeder de eiceldonor is) door eiceldonatie een onaantastbaar moederschap zou verkrijgen. Daarmee zou het moederschap van de duomoeder gaan boven dat van de vrouw die het kind heeft gebaard. Daarnaast moet, aldus de MvT, voorkomen worden dat dit één van de motieven zou kunnen zijn voor eiceldonatie. Eiceldonatie zou risico's meebrengen voor het kind, de moeder en de duomoeder.

Allereerst kunnen de opstellers van deze reactie opmerken dat uit hun praktijk blijkt dat eiceldonatie niet licht gedaan wordt. Allereerst is het praktisch moeilijk uitvoerbaar. Artsen zullen niet snel meewerken aan deze vorm van wat genoemd wordt hoogtechnologisch draagmoederschap. Voorstelbaar is een stel waarvan de ene vrouw goede eicellen heeft, maar om medische redenen het kind niet kan dragen en baren, terwijl haar vrouwelijke partner geen vruchtbare eicellen heeft (of een erfelijke aandoening, waardoor de kans op een gezond kind via haar eicellen erg klein is), maar wel kan dragen en baren.

Onder de huidige protocollen zal dit stel voor hoogtechnologisch draagmoederschap in aanmerking kunnen komen.

Een enkel vrouwenstel zal om andere redenen voor deze oplossing kiezen en voor de behandeling naar het buitenland uitwijken.

De reacties uit de achterban van zowel Meer dan Gewenst als mr Eusman valt af te leiden dat mannen gemakkelijker zaaddonor worden voor een relatief onbekende vrouw dan vrouwen

eiceldonor worden voor een dergelijke vrouw omdat dit voor een vrouw aantoonbaar meer medische risico's met zich mee kan brengen. Het gaat hier dan niet om duomoeders.

Dus ook om emotionele redenen zal eiceldonatie niet vaak voorkomen.

Als er dan een vrouw (niet zijnde de duomoeder) is die haar eicellen heeft gedoneerd en zij family life heeft met het kind, is er geen rechtsgeldige reden om haar alle rechten en verplichtingen te onthouden die aan de zaaddonor met family life door de (toekomstige) wet worden toegekend.

Immers zowel de zaaddonor als de eiceldonor levert de helft van het genetische materiaal van het kind. Als er family life is ontstaan, is er identieke band tussen eiceldonor cq zaaddonor en kind.

Geregistreerd partnerschap

Door deze wettelijke regeling ook van toepassing te verklaren op vrouwelijke geregistreerde partners ontstaat een ongelijkheid tussen een man die met een vrouw geregistreerd partners is en een vrouwen die met een vrouw als partner geregistreerd is. Immers een mannelijke geregistreerde partner van een vrouw op het moment dat haar kind wordt geboren is niet van rechtswege juridisch ouder van dit kind, doch dient dit kind te erkennen.

De vraag is of dit onderscheid naar sekse en seksuele geaardheid een redelijk doel dient, en derhalve geoorloofd is.

In de eerste plaats zou dit onderscheid moeten worden opgeheven voor hetero geregistreerde partners, die een verklaring van de stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting kunnen overleggen. De vrouwelijke partner van de vrouw op het moment dat haar kind wordt geboren wordt immers wel van rechtswege juridisch ouder als zij een verklaring van de stichting kan overleggen.

Als dat onderscheid is opgeheven, is het de vraag waarom nog wordt vastgehouden aan het onderscheid tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap ten aanzien van in dat partnerschap geboren kinderen.

samenvatting en conclusies

Het wetsvoorstel maakt het mogelijk dat gehuwde lesbische moeders die een kind hebben gekregen met behulp van sperma van een voor hen onbekende donor beiden van rechtswege juridisch moeder van het kind worden vanaf de geboorte van het kind.

Om verschillende redenen dient de formulering van het artikel aangepast te worden, zodat deze opzet van de wet ook werkelijk uitvoerbaar is.

Daarnaast biedt het wetsontwerp de mogelijkheid voor de duomoeder om het kind van haar vrouwelijke partner te erkennen.

Over de keuze om voor een relatief kleine groep een van rechtswege ouderschap te laten ontstaan en voor de overige duomoeders een ouderschap via erkenning kan nog gediscussieerd worden. Eén van de overwegingen daarbij is de keuzemogelijkheid die vrouwen nodig zouden kunnen hebben om toch tot adoptie over te gaan in verband met de acceptatie van hun juridisch ouderschap in het buitenland.

Meer dan Gewenst en mr Eusman zijn blij dat de wetgever heeft willen voorzien in de groeiende behoefte aan een duidelijk en op eenvoudige wijze te bereiken ouderschap voor beide moeders.

In de toelichting op het wetsontwerp ontbreekt een uitspraak over wat de minister het belang van het kind vindt en het bevat evenmin een duidelijke onderbouwing van de kennelijke keuze die de minister heeft gemaakt ten gunste van de biologische ouders, in het bijzonder de donor met family life, waarbij in het bijzonder de belangen van de duomoeder in het gedrang komen.

Het wetsontwerp bevat versterking van de rechtspositie van de donor met family life, voornamelijk door codificatie van bestaande rechtspraak. De donor met family life kan vervangende toestemming voor de erkenning vragen, vernietiging van de erkenning en een omgangsregeling.

Daartegenover staat dat de donor met family life geen lasten met het kind opgelegd krijgt, zoals de gerechtelijke vaststelling vaderschap en een financiële onderhoudsverplichting. Rechtspraak heeft echter al geleerd dat de gerechtelijke vaststelling vaderschap ook verzocht kan worden bij een donor, omdat het kind het niet kan helpen op welke wijze dit is verwekt. Meer dan Gewenst en mr Eusman menen dat de minister de donor met family life, die geen zorgtaken voor het kind heeft, wel heel erg voorzichtig aanpakt. Daarbij wordt teveel rekening gehouden met donoren die wel de lusten maar niet de lasten van het kind willen. Anderzijds doet de voorgestelde wet geen recht aan de meeroudergezinnen en bevat het wetsontwerp geen regeling van de juridische positie van alle rond het kind betrokken volwassenen.

Het is de opstellers ontgaan waar de versterking van de positie van de moeder in het wetsontwerp is opgenomen.

De opstellers constateren dat de duomoeder er bekaaid af komt in dit wetsontwerp. Soms is zij van rechtswege juridisch moeder (een grote winst!), soms mag zij erkennen, maar zij is daarbij wel afhankelijk van de toestemming van de biologische moeder. In het wetsvoorstel is niet voorzien in een mogelijkheid voor de duomoeder om de rechter te vragen vervangende toestemming voor de erkenning te geven. De duomoeder hoeft geen toestemming te geven voor de erkenning van het kind door een andere volwassene, zelfs als zij het gezag uitoefent over dit kind. De duomoeder heeft geen mogelijkheid om zoals de donor met family life om een erkenning te laten vernietigen. De duomoeder kan wel geconfronteerd worden met een actie tot gerechtelijke vaststelling van haar ouderschap en is zij onderhoudsplichtig jegens het kind.

Kortom: het wetsontwerp geeft een aanzet tot het regelen van de rechtsbetrekkingen tussen (duo)moeders en donoren met family life en kinderen. Een duidelijke wet is het ontwerp nog niet.

Amsterdam, 26 februari 2010

stichting Meer dan Gewenst
A.M. Thus,
voorzitter

mr W.J. Eusman,
advocaat