

# Reactie op concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap

ten behoeve van de internetconsultatie van het Ministerie van Justitie

[www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder](http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder)

door Kees Waaldijk

universiteit hoofddocent aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden

Postbus 9520, 2300 RA Leiden, [c.waaldijk@law.leidenuniv.nl](mailto:c.waaldijk@law.leidenuniv.nl), [www.emmeijers.nl/waaldijk](http://www.emmeijers.nl/waaldijk)

28 februari 2010

1.

Het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap zet een paar belangrijke en welkome stappen ter beperking van het onderscheid dat het familierecht van oudsher placht te maken tussen heteroseksuele en homoseksuele relaties. Net als in eerdere wetsvoorstellen die dergelijke stappen inhielden (invoering geregistreerd partnerschap, invoering gezamenlijk gezag en gezamenlijke voogdij, openstelling huwelijk, openstelling adoptie, invoering gezamenlijk gezag van rechtswege, nadere regels inzake adoptie), wordt nu zowel **meer rechtsgelijkheid** voorgesteld, als handhaving van een **laatste restje ongelijkheid**.

Dat is jammer, want het zou zo goed zijn als het proces van geleidelijke erkenning van homoseksualiteit in het Nederlandse recht nu eindelijk voltooid zou raken. Bij een denkbare inwerkingtreding in 2011 zou bovendien sprake zijn van een mooi moment. Precies 200 jaar nadat de Franse wetgeving een einde maakte aan de criminalisering van homoseksuele handelingen in Nederland, precies 40 jaar nadat het Nederlandse Wetboek van Strafrecht een laatste antihomoseksuele bepaling verloor, precies 20 jaar nadat de eerste Nederlandse wet werd aangenomen die discriminatie op grond van seksuele gerichtheid met zoveel woorden verbood, en precies 10 jaar nadat Nederland als eerste land het huwelijk ook openstelde voor gelijkgeslachtelijke paren, zou er dan ook volledige rechtsgelijkheid ontstaan wat betreft kinderen die geboren worden in heteroseksuele en lesbische gezinnen.

Het is ook niet te rechtvaardigen dat dit laatste restje ongelijkheid blijft bestaan. Het gaat immers om een vorm van bevruchting (met zaad van een bekende donor) die zich niet alleen bij lesbische stellen voordoet, maar evenzeer bij heteroseksuele stellen. De biologie biedt derhalve geen rechtvaardiging. Hieronder zal ik nagaan in hoeverre de in de memorie van toelichting aangevoerde rechtvaardiging toch hout snijdt. Ik zal concluderen dat dit niet het geval is, omdat op een simpeler wijze recht gedaan kan worden aan de te beschermen belangen, zonder daarbij onderscheid te maken naar het geslacht van de persoon die gehuwd is met de vrouw uit wie het kind geboren wordt. Die andere oplossing kan gevonden worden in het **voorwaardelijk toestaan van de prenatale erkenning van het kind van een gehuwde vrouw**.

Verder zal ik een aantal mogelijke gebreken in het concept-wetsvoorstel en haar memorie van toelichting signaleren, en daarbij soms een concrete oplossing suggereren.

2.

In de concept memorie van toelichting, onderaan p. 1, wordt, na een korte aanduiding van de nieuwe mogelijkheid van het moederschap van rechtswege, gesteld: “In alle andere gevallen kan de duomoeder het kind erkennen”. Dat lijkt te impliceren dat een kind, dat staande een lesbisch huwelijk wordt geboren, maar niet dankzij kunstmatige donorbevruchting in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, erkend kan worden door de duomoeder. Dat zou inderdaad moeten kunnen.

Verderop in de memorie van toelichting, even onder het midden van p. 3, valt te lezen dat het (in geval van een lesbisch echtpaar en een bekende donor) wenselijk is “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”. Dat zal dan door erkenning kunnen gebeuren. En ook dat zou inderdaad moeten kunnen.

Het zal in beide gevallen dan echter gaan om **erkenning van het kind van een gehuwde vrouw**. In de literatuur wordt tot nu toe wel aangenomen dat een kind van een gehuwde vrouw niet erkend kan worden; die aanname in de literatuur is onjuist, omdat artikel 204, eerste lid, onder f, zich slechts verzet tegen erkenning “terwijl er twee ouders zijn”. Wel is artikel 199 niet geheel duidelijk over de vraag of een man ook het kind van een gehuwde vrouw kan erkennen. Maar in ieder geval na een rechtsgeldige ontkenning zou erkenning door een andere man naar geldend recht mogelijk moeten zijn.

Met het onderhavige wetsvoorstel zou erkenning van het kind van een gehuwde vrouw vaker gaan voorkomen: hetzij erkenning door haar echtgenote, hetzij erkenning door de bekende donor. Het zou wenselijk zijn die mogelijkheid uitdrukkelijker dan thans te vermelden in de memorie van toelichting en wellicht zelfs in de wettekst.

3.

Zorgvuldige ongehuwde ouders zorgen ervoor dat het kind al voor geboorte erkend wordt, conform het beginsel van artikel 2 van Boek 1. Dat heeft diverse voordelen, bijvoorbeeld wat betreft de aangifte door de vader, maar ook wat betreft het nationaliteitsrecht. Ook kan tijdige **prenatale erkenning** grote problemen voorkomen indien er tijdens of kort na de zwangerschap problemen ontstaan in de relatie tussen de biologische ouders, of indien het kind met een beperking wordt geboren waar de biologische vader voor terugdeinst. En in ieder geval biedt prenatale erkenning het kind vanaf het moment van geboorte maximale rechtszekerheid.

Het wetsvoorstel maakt het mogelijk dat een kind erkend kan worden door een vrouw (veelal de duomoeder). Ook die erkenning zou idealiter prenataal moeten plaats vinden. Maar hoe zit het met de erkenning van een kind dat – met hulp van een bekende donor – staande een lesbisch huwelijk wordt geboren? Kan die erkenning ook al tijdens de zwangerschap plaats vinden door de echtgenote van de zwangere vrouw? Noch de wet, noch het onderhavige wetsvoorstel verzet zich er met zoveel woorden tegen. Maar het zou wenselijk zijn, deze mogelijkheid wel in de memorie van toelichting te vermelden.

Ingewikkelder is de vraag of de nog niet geboren vrucht van een met een vrouw gehuwde vrouw ook al erkend kan worden door een man, bijvoorbeeld door de bekende donor. De notaris of de ambtenaar van de burgerlijke stand zal ter gelegenheid van de erkenning immers nauwelijks met zekerheid kunnen nagaan of het kind misschien toch verwekt is door kunstmatige donorbevruchting in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, en of de prenatale erkenning dus misschien afbreuk zou doen aan een ouderschapsverwachting van de echtgenote van de zwangere vrouw. Het onderhavige wetsvoorstel zou daarom wellicht de bepaling moeten bevatten dat prenatale erkenning (door

een donor) alleen plaats kan vinden met instemming van de echtgenote van de zwangere vrouw. Want zonder zo'n bepaling zou de nieuwe regeling wellicht zo uitgelegd gaan worden, dat prenatale erkenning in een dergelijk geval toch niet mogelijk is, en dat zou de bovengenoemde grote bezwaren voor het kind (en de moeder) kunnen opleveren. Dat ware te voorkomen.

Wellicht moet er dan ook iets vergelijkbaars bepaald worden ten aanzien van heteroseksuele echtparen waarvan de vrouw zwanger is dankzij een bekende donor.

4.

De hierboven geschetste mogelijkheden van prenatale erkenning staande huwelijk, laten zich verder doordenken.

Het wetsvoorstel elimineert vrijwel alle overgebleven afstammingsrechtelijke verschillen tussen de relatie van twee vrouwen en de relatie van een vrouw en een man. Dat is welkom om tenminste drie redenen:

- dergelijke verschillen maken het familierecht nodeloos complex en moeilijk te doorgronden;
- door dergelijke verschillen genieten kinderen die opgroeien in het gezin van twee vrouwen (tijdelijk of permanent) een geringere rechtszekerheid dan kinderen in een hetero gezin;
- en dergelijke verschillen zijn soms krenkend en discriminerend voor lesbische vrouwen.

Tegelijkertijd laat het wetsvoorstel **één belangrijk verschil** bestaan, namelijk dat er in geval van een lesbisch huwelijk geen tweede moederschap van rechtswege ontstaat, indien het kind niet geboren is dankzij kunstmatige donorbevruchting in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Het is de vraag of dat verschil zich laat rechtvaardigen. De rechtvaardiging die de memorie van toelichting aanvoert, op p. 3, is dat de betrokkenheid van een derde – de biologische vader van het kind – dan regel is, en dat de moeder doorgaans met die biologische vader afspraken zal hebben gemaakt over zijn rol in het leven van het kind. En dat het wenselijk is in die gevallen “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.” Dat is allemaal juist, maar deze redenering noopt er niet toe om dan toch onderscheid te blijven maken tussen de positie van kinderen die bij twee gehuwde vrouwen worden geboren, en kinderen die in het huwelijk van een man en een vrouw worden geboren. Immers, de biologische vader, de moeder en de duomoeder kunnen er gezamenlijk voor zorgen dat laatstgenoemde het juridisch ouderschap verwerft, namelijk door het kind prenataal te (laten) erkennen.

Indien die mogelijkheid expliciet wordt vastgelegd in artikel 198, eerste lid, dan is het niet langer nodig om onderscheid te maken tussen kinderen die geboren worden door kunstmatige donorbevruchting in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting enerzijds, en kinderen die geboren worden dankzij een andere vorm van bevruchting anderzijds. Onderdeel b zou dan kunnen bepalen dat moeder is de vrouw: “die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd met de vrouw uit wie het kind is geboren, **tenzij het kind nog vóór zijn geboorte met voorafgaande schriftelijke toestemming van zijn moeder en van haar echtgenote is erkend door een ander**”. Dat zou nopen tot een kleine aanvulling van artikel 204, eerste lid, onder c, en derde lid.

Indien de overeenkomstige mogelijkheid ook expliciet wordt vastgelegd in artikel 199, eerste lid, over het vaderschap, dan wordt er bovendien geen onderscheid meer gemaakt tussen kinderen die in een lesbisch huwelijk worden geboren en kinderen die in een

heteroseksueel huwelijk worden geboren. Het lijkt mij een goede zaak dat er op dit punt geen verschil wordt gemaakt tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap.

Een dergelijk stelsel biedt alle betrokken volwassenen het voordeel dat zij gedurende negen maanden een keuzemogelijkheid hebben, terwijl tegelijkertijd de rechtszekerheid van het kind gegarandeerd is doordat het vanaf het moment van geboorte twee juridische ouders heeft. Bijkomend voordeel zou zijn dat het familierecht door dit wetsvoorstel niet noemenswaard ingewikkelder wordt. Bovendien worden zo de problemen opgelost die hierboven onder 2 en 3 zijn besproken evenals punt 5 hieronder.

5.

Het voorontwerp geeft niet aan wat de situatie is, indien het kind wél is verwekt door kunstmatige donorbevruchting in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, maar de bedoelde verklaring niet wordt overgelegd bij aangifte. Dit lijkt te impliceren dat in dat geval het kind slechts één moeder zal hebben. Dat gevolg zou onwenselijk zijn indien de **verklaring zoek geraakt of vergeten** is. Complexer is de situatie die ontstaat wanneer iemand anders dan de moeder(s) op grond van artikel 19e, derde lid, aangifte komt doen, en niet op de hoogte is van het bestaan van de verklaring, of opzettelijk de verklaring niet overlegt bij de aangifte. Nog dramatischer kan het zijn als één van beide echtgenotes **opzettelijk** de verklaring niet overlegt bij de aangifte, om daarmee te bewerkstelligen dat zij zelf of haar partner toch niet de tweede moeder van het kind wordt.

6.

Het is niet geheel duidelijk of de **aangiftebevoegdheid** van het eerste lid van artikel 19e ook van toepassing zal zijn op aangifte door de echtgenote van de vrouw die het kind baart. Evenmin is duidelijk of op haar de **aangifteverplichting** van het derde lid van artikel 19e van toepassing zal zijn. Overwogen zou daarom moeten worden of ook artikel 19e aanpassing behoeft, nu een kind van rechtswege twee moeders kan gaan hebben.

7.

De **leesbaarheid** van het essentiële voorgestelde onderdeel b van artikel 198, wordt geschaad door in datzelfde onderdeel ook de situatie te behandelen van het recent door de dood ontbonden huwelijk. Het verdient aanbeveling die problematiek (net als in artikel 199) in een afzonderlijk onderdeel te regelen, of (net als voorgesteld wordt voor de situatie van de gescheiden levende echtgenotes) in een afzonderlijk lid. Dit temeer, daar de laatste volzin van onderdeel b nog onvolledig is, omdat zij zo impliceert dat de overleden vrouw ook moeder van het kind wordt zonder dat sprake is van kunstmatige donorbevruchting in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Is dat wel de bedoeling?

8.

Het woordje “of” aan het einde van het voorgestelde onderdeel d van het eerste lid van artikel 198 kan beter vervallen, omdat dit de indruk zou kunnen wekken dat een kind slechts één moeder kan hebben.

9.

Voorgesteld wordt om het tweede lid van artikel 198 te laten eindigen met: “was de vrouw uit wie het kind is geboren op het tijdstip van de geboorte hertrouwd dan is in dat geval de huidige echtgenoot de ouder van het kind”. De vrouw kan uiteraard **hertrouwd** zijn met een man, of met een vrouw. De voorgestelde tekst impliceert dat de laatstgenoemde vrouw ook moeder van het kind wordt zonder dat sprake is van kunstmatige donorbevruchting in de zin

van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Is dat wel de bedoeling? Bovendien impliceert plaatsing van deze tekst in het tweede lid van artikel 198 onbedoeld dat dit moederschap buiten de ontkenningmogelijkheid van het voorgestelde artikel 202a valt.

10.

In het voorgestelde artikel 202a ontbreekt – anders dan in het eerste lid van het bestaande artikel 200 – een vermelding van de **grond voor de ontkenning**. In de (op dit punt moeilijk te volgen) concept memorie van toelichting staat als grond vermeld: “als de moeder niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren” (met een komma die beter kan vervallen). Dient deze grond ook niet in de wettekst zelf opgenomen te worden?

11.

Het voorgestelde tweede lid van artikel 202a begint met: “De moeder, bedoeld in artikel 198, onder a of b, kan het in artikel 198, eerste lid onder b, bedoelde moederschap niet ontkennen”. Na “eerste lid” ontbreekt een komma. Het zou bovendien korter en consequenter zijn om te beginnen met: “De moeder, bedoeld in het eerste lid, onder a of b”.

In het derde lid is het woordje “en” verwarrend. En ook hier kan kortweg gesproken worden van “de moeder, bedoeld in het eerste lid, onder a of b”.

12.

In het eerste lid van artikel 202b kan kortweg gesproken worden van “de moeder, bedoeld in artikel 198, eerste lid, onder a of b”. Bovendien is tweemaal sprake van “deze echtgenoot”, zonder dat duidelijk is waarnaar dat verwijst; beter lijkt beide keren te spreken van “deze moeder” of van “haar”.

13.

De voorgestelde tekst voor artikel 204, tweede lid, onder b, roept de vraag op of niet een overeenkomstige regeling van vervangende toestemming moet worden gegeven voor de **eiceldonor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat**.

14.

In de aanhef van het eerste lid van het voorgestelde artikel 205a dienen de woorden “de erkenning van” uiteraard te vervallen. Vervolgens valt op dat hier – anders dan in het eerste lid van het bestaande artikel 205 – geen **grond voor vernietiging van de erkenning** wordt genoemd. In de concept memorie van toelichting staat echter wel een grond vermeld: “op de grond dat zij niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren” (met een komma die beter kan vervallen). Dient deze grond ook niet in de wettekst zelf opgenomen te worden?

15.

Het voorgestelde tweede lid van artikel 253e bevat aanvullingen op de artikelen 253c en 253d, die geen verband houden met de inhoud van het bestaande artikel 253e. Dat tweede lid eindigt met een wat omslachtige formulering waarin een komma te veel staat. Het zou fraaier en duidelijker zijn als die wijzigingen aangebracht zouden worden in de tekst van die twee artikelen, bijvoorbeeld door aan elk een nieuw lid toe te voegen.

16.

In de voorgestelde artikelen wordt **het woord “echtgenoot”** ook gebruikt in situaties waar het slechts om een vrouwelijke echtgenoot kan gaan. Overwogen kan worden de begrijpelijkheid van de teksten te vergroten door in dergelijke situaties te spreken van “echtgenote”.

17.

Het moeilijk leesbare opschrift van het voorstel kan korter: “Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het **juridisch ouderschap** van de vrouwelijke partner van de moeder”. Het zou daarmee ook voor niet-juristen duidelijker worden.

18.

In de memorie van toelichting (p. 7, bovenaan) staat dat uit de **geboorteakte** duidelijk zal moeten blijken wie de moeder is uit wie het kind is geboren, en wie de andere juridische moeder. Wellicht is nadere regelgeving nodig om dit ook daadwerkelijk te realiseren.

19.

In de memorie van toelichting (p. 5) ware te motiveren waarom de **mogelijkheid van adoptie** (die zoals daar terecht gesteld wordt met het oog op het buitenland soms de voorkeur verdient) niet tevens wordt geboden aan gehuwde duomoeders. Overwogen zou kunnen worden om aan artikel 198 een lid toe te voegen, met bijvoorbeeld als tekst: “Het eerste lid, onder b, is niet van toepassing indien de echtgenote van de vrouw uit wie het kind is geboren al vóór de geboorte van het kind een verzoek tot adoptie van het kind heeft gedaan bij de rechtbank en dit verzoek daarna is toegewezen.”

20.

Het zou nuttig zijn om in de memorie van toelichting een vergelijkend overzicht op te nemen van de nieuwe regelingen inzake geboorte staande een lesbisch huwelijk of partnerschap, die de laatste jaren van kracht zijn geworden in IJsland, Noorwegen, Zweden, Groot-Brittannië en Spanje.

21.

Tenslotte vielen mij nog enkele verschrijvingen in de concept memorie van toelichting op:

p. 1 “zal spelen zijn” moet zijn “zal spelen bij zijn”

p. 3 “voorts dat moeder” moet zijn “voorts dat de moeder”

p. 3 “in plaats van de duomoeder” moet zijn “in plaats van de echtgenoot”

p. 3 “Wordt een kind geboren in een lesbische relatie” moet zijn “Wordt met hulp van een bekende donor een kind geboren in een lesbische relatie”

p. 4 “Hij kan op deze wijze” moet zijn “Het kan op deze wijze”

p. 5 “(erkenning, gerechtelijke vaststelling ouderschap)” moet zijn “(ontkenning, gerechtelijke vaststelling ouderschap)”

p. 7 “het biologische werkelijkheid” moet zijn “de biologische werkelijkheid”