

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Concept-wetsvoorstel lesbisch
ouderschap: meemoeder wordt
juridisch moeder van rechtswe-
ge of door erkenning.***

*A.J.M. Nuytinck**

*Published in
WPNR 2010, nr. 6841, p. 343-348*

* Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen (nuytinck@kabelfoon.nl)

Abstract

De auteur gaat in op het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap, waarvan de consultatieversie is verschenen op 14 december 2009. De met de moeder gehuwde of geregistreerde meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege in geval van een aanvankelijk anonieme donor en in alle andere gevallen kan de meemoeder het kind erkennen.

1. Inleiding

Op 14 december 2009 heeft het ministerie van justitie het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap voor consultatie vrijgegeven. De officiële citeertitel van de komende wet luidt: 'Wet tot 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'. De considerans houdt in dat het wenselijk is dat het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder zonder rechterlijke tussenkomst kan ontstaan. Belanghebbenden en belangstellenden kunnen op dit concept-wetsvoorstel reageren tot 1 maart 2010 via internet.¹ Zoals bekend, is de aanleiding tot nieuwe wetgeving op dit punt gelegen in het rapport van de commissie-Kalsbeek over lesbisch ouderschap,² van welk rapport het huidige kabinet de meeste aanbevelingen heeft overgenomen blijkens zijn reactie hierop van 12 augustus 2008.³ Hierna ga ik in op de belangrijkste wijzigingen van het afstammingsrecht en op een aantal andere wijzigingen van het naamrecht, het gezagsrecht en het alimentatierecht, alsmede van de Wet donorgevens kunstmatige bevruchting.

2. Belangrijkste wijzigingen van het afstammingsrecht

Voordat ik de belangrijkste vernieuwingen behandel, maak ik eerst een opmerking van terminologische aard. In de concept-memorie van toelichting spreekt de minister telkens over de 'duomoeder', met welke term hij de vrouwelijke partner van de moeder bedoelt. Zelf geef ik de voorkeur aan de term 'meemoeder', omdat de barendende vrouw namelijk net zo goed de duomoeder is. Daarom vind ik het veel beter de term 'duomoeder' alleen in de meervoudsvorm 'duomoeders' te gebruiken. In de enkelvoudsvorm kan de barendende vrouw dan het beste gewoon als de 'moeder' worden aangeduid en haar vrouwelijke partner als de 'meemoeder'. Overigens komt in het concept-wetsvoorstel zelf noch de term 'duomoeder', noch de term 'meemoeder' voor, omdat beide vrouwen hierin als 'moeder' – in juridische zin, dus in familierechtelijke betrekking tot het kind staande in de zin van art. 1:197 BW – worden aangeduid onder de in art. 1:198 BW (nieuw) genoemde omstandigheden.

De kern van het concept-wetsvoorstel is art. 1:198 BW (nieuw), dat een opsomming geeft van de juridische moeders en dat in zijn opzet heel sterk lijkt op art. 1:199 BW, waarin de juridische vaders zijn opgesomd. Daardoor gaan wij in de richting van een bij-

¹ Via de website <http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder>.

² Zie over dit rapport uitgebreid A.J.M. Nuytinck, 'Lesbisch ouderschap. Bespreking van het rapport van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (commissie-Kalsbeek)', *WPNR* 2008-6738, p. 44-48.

³ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 551, nr. 22.

na volledig sekseneutraal afstammingsrecht.⁴ Afgezien van het feit dat de barendende man – mijns inziens terecht⁵ – niet in de opsomming van art. 1:199 BW is opgenomen, zijn er praktisch geen verschillen meer tussen de art. 1:198 en 199 BW, dus tussen mannen en vrouwen respectievelijk vaders en moeders, zodat wij in bijna alle gevallen kunnen gaan spreken over personen respectievelijk ouders. Art. 1:198 lid 1 BW (nieuw) somt de juridische moeders als volgt op. Moeder van een kind is de vrouw:

- a. uit wie het kind is geboren;
- b. die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd⁶ met de vrouw uit wie het kind is geboren, indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in art. 1, onder c, Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting⁷ en een door de stichting, bedoeld in die wet,⁸ ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd. 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. Indien het huwelijk binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind is ontbonden door de dood van de echtgenoot van de vrouw uit wie het kind is geboren, is de echtgenoot eveneens moeder van het kind, zelfs indien de vrouw uit wie het kind is geboren, was hertrouwd;⁹
- c. die het kind heeft erkend;
- d. wier ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- e. die het kind heeft geadopteerd.

Op grond van art. 1:198 lid 2 BW (nieuw) kan de vrouw uit wie het kind is geboren, indien zij sedert de 306^{de} dag voor de geboorte van het kind was gescheiden van tafel en bed of zij en haar echtgenoot sedert dat tijdstip gescheiden hebben geleefd, binnen een jaar na de geboorte van het kind ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat haar overleden echtgenoot niet de moeder is van het kind, bedoeld in art. 1:198 lid 1, onder b, BW (nieuw), van welke verklaring een akte wordt opgemaakt; 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.¹⁰

⁴ Zie hierover A.J.M. Nuytinck, 'Volledige sekseneutraliteit in het personen- en familierecht: over erkennende vrouwen en barendende mannen', AA 2010, p. 8-10, archiefcode: AA20100008.

⁵ Zie de in de vorige voetnoot vermelde publicatie.

⁶ Of geregistreerd. Alleen is het geregistreerd partnerschap nog niet in het onderhavige concept-wetsvoorstel verwerkt. Ook het geregistreerd heteropartnerschap en het geregistreerd lesbisch partnerschap krijgen namelijk afstammingsrechtelijke gevolgen. Op de in voetnoot 1 vermelde website valt te lezen dat in deze wijziging afzonderlijk zal worden voorzien (dus door middel van een afzonderlijk wetsvoorstel waarin de afstammingsrechtelijke gevolgen van het geregistreerd heteropartnerschap en van het geregistreerd lesbisch partnerschap worden geregeld), waarbij het uitgangspunt is dat de regelingen gelijktijdig in werking zullen treden.

⁷ Wet van 25 april 2002, *Stb.* 2002, 240, in werking getreden deels op 1 januari 2004 en deels op 1 juni 2004, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donoren bij kunstmatige donorbevruchting. Art. 1, onder c, aanhef en onder 1, van deze wet verstaat onder kunstmatige donorbevruchting het beroeps- of bedrijfsmatig verrichten van handelingen, gericht op het anders dan op natuurlijke wijze tot stand komen van een zwangerschap met gebruikmaking van zaad van een ander dan de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de vrouw.

⁸ Dit is de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting in de zin van art. 1, onder b, j.s. art. 4-9 van de in de vorige voetnoot genoemde wet.

⁹ De laatste volzin is vergelijkbaar met het voor de juridische vader geschreven art. 1:199, onder b, eerste gedeelte, BW.

¹⁰ Art. 1:198 lid 2 BW (nieuw) is vergelijkbaar met het voor de juridische vader geschreven art. 1:199, onder b, passage vanaf 'indien echter de vrouw (...)', BW. De slotpassage van art. 1:199, onder b, BW komt ingevolge het concept-wetsvoorstel aldus te luiden dat, als de moeder op het tijdstip van de geboorte was hertrouwd, in dat geval de huidige echtgenoot de vader of, in het geval, genoemd in art. 1:198 lid 1, onder b, BW (nieuw), de huidige echtgenoot de moeder van het kind is.

Het is logisch en consequent dat ook afdeling 1.11.2 BW inzake ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap (art. 1:200-202 BW) een tegenhanger krijgt. Dit is gerealiseerd in afdeling 1.11.2A BW (nieuw) inzake ontkenning van het door huwelijk ontstane moederschap, bestaande uit de art. 1:202a en 202b BW (nieuw). Art. 1:202a lid 1 BW (nieuw) bepaalt dat het in art. 1:198 lid 1, onder b, BW (nieuw) bedoelde moederschap kan worden ontkend:

- a. door de moeder, bedoeld in art. 1:198 lid 1, onder a, BW (nieuw);
- b. door de moeder, bedoeld in art. 1:198 lid 1, onder b, BW (nieuw);
- c. door het kind zelf.¹¹

Men zou wellicht verwachten – analoog aan het voor de ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap geschreven art. 1:200 lid 1, aanhef, BW – dat de ontkenninggrond is dat de meemoeder niet de biologische moeder van het kind is. Dit is echter niet het geval. Blijkens de toelichting¹² wordt voor de ontkenning van het moederschap 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. In de toelichting wordt hiervoor de volgende reden gegeven. 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 meemoeder door eiceldonatie een onaantastbaar moederschap verkrijgen. Voorkomen moet worden dat dit een van de motieven zou kunnen zijn voor eiceldonatie. Eiceldonatie brengt risico's mee voor het kind, de moeder en de meemoeder.¹³ Deze redenering is volkomen begrijpelijk, maar zou het dan niet verstandiger zijn om deze ontkenninggrond uitdrukkelijk op te nemen in art. 1:202a lid 1, aanhef, BW (nieuw)? Het is immers een kleine moeite aan deze aanhef toe te voegen: 'op de grond dat de moeder niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren'. Ik pleit dan ook hiervoor.

Als de moeder en de meemoeder niet met elkaar zijn gehuwd (of geregistreerd¹⁴) en/of duidelijk is dat de biologische vader van het kind een bepaalde rol zal spelen bij zijn verzorging en opvoeding (men denke in het bijzonder aan de bekende zaaddonor met 'family life', anders gezegd: met een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind), dan ontstaat het juridisch moederschap van de meemoeder niet van rechtswege, maar door erkenning (adoptie door de meemoeder is alleen mogelijk als van de biologische vader niets meer valt te verwachten, waarover meer hierna in de volgende alinea en onder punt 4). Het is duidelijk dat om deze reden ook de regels betreffende erkenning aanpassing behoeven. Zo wordt art. 1:204 BW inzake de nietige erkenning grotendeels sekse-neutraal gemaakt. In art. 1:204 leden 1 en 4 BW wordt 'man' telkens vervangen door 'persoon'. Bovendien wordt voor de toepassing van de vervangende toestemming tot erkenning in de zin van art. 1:204 lid 3 BW de bekende zaaddonor met 'family life' gelijkgesteld met de verwekker. Daarom wordt de slotpassage van laatstgenoemde bepaling,

¹¹ Art. 1:202a BW (nieuw) is vergelijkbaar met het voor de ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap geschreven art. 1:200 BW. Art. 1:202b lid 1 BW (nieuw) is vergelijkbaar met het voor de ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap geschreven art. 1:201 lid 1 BW, terwijl art. 1:202b lid 2 BW (nieuw) bepaalt dat op de ontkenning van het moederschap de art. 1:201 lid 2 en 202 BW van overeenkomstige toepassing zijn. Beide laatstgenoemde bepalingen zijn eveneens voor de ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap geschreven.

¹² Concept-memorij van toelichting, p. 7.

¹³ In de concept-memorij van toelichting, p. 7, wordt in dit verband verwezen naar het Modelreglement Embryowet, Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO, 2003, waaraan ik toevoeg: o.a. te raadplegen op de website <http://www.cbo.nl> (Richtlijnen).

¹⁴ Zie voetnoot 6.

te weten: 'en de man de verwekker is van het kind', vervangen door een nieuwe slotpassage, die als volgt luidt: 'en deze man

- a. de verwekker is van het kind; of
- b. de zaaddonor is van het kind en in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat'.¹⁵

Taalkundig is deze redactie niet geheel correct, nu de desbetreffende man uiteraard geen donor is van het kind, maar van het zaad waarmee het kind is verwekt. Door de nieuwe regeling van de erkenning ontstaat blijkens de toelichting¹⁶ ruimte voor contractsvrijheid binnen het afstammingsrecht, hetgeen op zichzelf al heel bijzonder is. De minister stelt namelijk dat de erkenning ten opzichte van het ouderschap van rechtswege het voordeel van de keuzemogelijkheid heeft. De moeder, de meemoeder en de biologische vader kunnen volgens de minister afspraken maken over de persoon van de juridische ouder. Naar huidig recht kan hier gemakkelijk een impasse ontstaan in die zin, dat enerzijds de moeder haar toestemming tot erkenning kan weigeren aan de biologische vader, terwijl laatstgenoemde geen vervangende toestemming tot erkenning kan krijgen als hij slechts zaaddonor en geen verwekker is, en dat anderzijds de biologische vader adoptie door de meemoeder kan voorkomen, als van hem als ouder in de zin van art. 1:227 lid 3 BW (in dit verband: biologisch vader met 'family life') nog iets valt te verwachten, terwijl art. 1:227 lid 4 BW de meemoeder geen soelaas biedt, omdat deze bepaling niet van toepassing is bij gebreke van een aanvankelijk anonieme donor. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁷ is deze impasse ook gebleken. Het conceptwetsvoorstel doorbreekt deze impasse, want de moeder besluit wie de juridische ouder van het kind wordt: de biologische vader of de meemoeder. De moeder geeft immers haar toestemming tot erkenning hetzij aan de biologische vader, hetzij aan de meemoeder, terwijl de bekende zaaddonor met 'family life' vervangende toestemming tot erkenning aan de rechtbank kan verzoeken. Op grond van de toelichting¹⁸ kan de rechter bij een verzoek om vervangende toestemming tot erkenning alle belangen van de betrokkenen – kind, moeder, biologische vader, meemoeder – in aanmerking nemen, alsook de overige omstandigheden, waaronder eventuele afspraken tussen de moeder en de biologische vader (hier verschijnt de reeds genoemde contractsvrijheid in het afstammingsrecht dus weer ten tonele).

Naar huidig recht kan de verwekker onder omstandigheden verzoeken om de vernietiging van de erkenning door de niet-biologische vader.¹⁹ De gelijkstelling naar komend recht van de in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staande zaaddonor met de verwekker heeft ten gevolge dat ook deze zaaddonor bijvoorbeeld de door de meemoeder gedane erkenning kan vernietigen. In de toelichting²⁰ merkt de minister namelijk op dat het vanzelfsprekend voor de mogelijkheid tot vernietiging van de erkenning niet uitmaakt of deze is geschied door een mannelijke partner (niet zijnde de biologische va-

¹⁵ Vgl. HR 24 januari 2003, LJN: AF0205, NJ 2003, 386 (*vervangende toestemming tot erkenning*; concl. A-G in buitengewone dienst J.K. Moltmaker; m.nt. J. de Boer).

¹⁶ Concept-memoriet van toelichting, p. 3-4.

¹⁷ HR 24 januari 2003, LJN: AF0205, NJ 2003, 386 (*vervangende toestemming tot erkenning*; concl. A-G in buitengewone dienst J.K. Moltmaker; m.nt. J. de Boer; reeds aangehaald in voetnoot 15) en HR 21 april 2006, LJN: AU9726, NJ 2006, 584 (*afwijzing adoptie*; concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent; m.nt. J. de Boer).

¹⁸ Concept-memoriet van toelichting, p. 9.

¹⁹ Aldus HR 12 november 2004, LJN: AQ7386, NJ 2005, 248 (*vernietiging door verwekker van erkenning door niet-verwekker*; concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense; m.nt. J. de Boer; AA 2005, p. 733-738, m.nt. A.J.M. Nuytinck, archiefcode: AA20050733).

²⁰ Zie voetnoot 18.

der van het kind) dan wel 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. Hetzelfde geldt dus naar komend recht voor de bekende zaaddonor met 'family life'.

Art. 1:205 BW regelt de vernietigbaarheid van de erkenning op de grond dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is. Uiteraard moet ook dit artikel een tegenhanger krijgen, waarin de vernietigbaarheid van de erkenning door de meemoeder wordt geregeld. Daarin wordt voorzien door art. 1:205a lid 1 BW (nieuw), dat bepaalt dat een verzoek tot vernietiging van de door de moeder (d.i. de meemoeder) gedane erkenning bij de rechtbank kan worden ingediend:

- a. door het kind zelf;
- b. door de erkenner (d.i. de meemoeder);
- c. door de andere moeder (d.i. de vrouw uit wie het kind is geboren).

Dit geschiedt op dezelfde voorwaarden als de in art. 1:205 lid 1 BW genoemde voorwaarden, waarmee ik doel op de aldaar onder a genoemde onmogelijkheid van vernietiging van een tijdens de meerderjarigheid van het kind gedane erkenning en op de aldaar onder b en c genoemde wilsgebreken. Helaas is verzuimd de vernietigingsgrond uitdrukkelijk te noemen in art. 1:205a lid 1, aanhef, BW (nieuw). Deze vernietigingsgrond behoort hetzelfde te luiden als de ontkenninggrond bij de ontkenning van het door huwelijk ontstane moederschap, te weten dat de meemoeder (hier: de meemoeder die heeft erkend) niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren. Ook hier pleit ik ervoor deze vernietigingsgrond met zoveel woorden op te nemen in art. 1:205a lid 1, aanhef, BW (nieuw). Verder is de schakelbepaling van art. 1:205a lid 2 BW (nieuw) onvolledig, omdat zij alleen art. 1:205 leden 2-5 BW van overeenkomstige toepassing verklaart op de vernietiging van de erkenning, terwijl uiteraard ook moet worden verwezen naar art. 1:206 BW voor de rechtsgevolgen van de vernietiging van de erkenning. Ik pleit er dan ook voor deze schakelbepaling uit te breiden met een verwijzing naar art. 1:206 BW.

De laatste twee afstammingsrechtelijke bepalingen die in het concept-wetsvoorstel sekseutraal worden gemaakt, zijn de art. 1:207 en 208 BW betreffende de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Deze rechtsfiguur gaat 'gerechtelijke vaststelling van het ouderschap' heten. Op het eerste gezicht lijkt dit misschien merkwaardig, omdat de verwekker – om wie het in de praktijk meestal gaat – geen vrouwelijke tegenhanger heeft, maar bij nader inzien is deze voorgestelde wijziging volkomen terecht, nu gerechtelijke vaststelling van het vaderschap ook de zogenaamde instemmende levensgezel kan betreffen. Die heeft namelijk wél een vrouwelijke tegenhanger, en wel in de persoon van de meemoeder die als levensgezellin van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Daarom wordt in het opschrift van afdeling 1.11.4 BW en in de art. 1:207 en 208 BW 'vaderschap' telkens vervangen door 'ouderschap' en wordt in art. 1:207 BW 'man' telkens vervangen door 'persoon'. Men kan bij gerechtelijke vaststelling van het moederschap denken aan een meemoeder die weigert het kind te erkennen, terwijl de moeder het belangrijk vindt dat het kind niettemin twee juridische ouders krijgt. De moeder of het kind kan dan gerechtelijke vaststelling van het moederschap van de meemoeder verzoeken. Opmerking verdient nog dat – anders dan voor de toepassing van art. 1:204 lid 3 BW (vervangende toestemming tot erkenning) – de bekende zaaddonor met 'family life' voor de toepassing van art. 1:207 lid 1, aanhef, BW *niet* wordt gelijkgesteld met de verwekker. Terecht wordt

in de toelichting²¹ opgemerkt dat bekende zaaddonoren niet zelden enkel met het oog op de kinderwens van de moeder doneren. 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 (waarover meer hierna onder punt 6).

3. Wijzigingen van het naamrecht

In art. 1:5 BW betreffende de geslachtsnaam van het kind gaat het vaak om de juridische ouders, dus de juridische vader(s) en/of de juridische moeder(s), van het kind. Voortaan zal niet alleen de vrouw uit wie het kind is geboren, maar ook de vrouw die met haar is gehuwd of geregistreerd dan wel het kind heeft erkend, de juridische moeder van het kind zijn. Dit werkt uiteraard door in de redactie van laatstgenoemd artikel. De uitbreiding van dit artikel met de meemoeder wordt gerealiseerd door toevoeging van art. 1:5 lid 13 BW (nieuw), waaruit het volgende blijkt. In art. 1:5 leden 2, 5 en 6 BW wordt voortaan onder 'moeder' verstaan de vrouw uit wie het kind is geboren. In deze leden wordt met 'de vader' van het kind en zijn 'vaderschap' gelijkgesteld de moeder die niet de vrouw is uit wie het kind is geboren (d.i. de meemoeder), onderscheidenlijk haar moederschap. Hierbij wordt in art. 1:5 lid 6 BW de verwijzing naar art. 1:199, onder b, BW gelezen als een verwijzing naar art. 1:198 lid 2 BW (nieuw). Het wordt er allemaal niet eenvoudiger op. Art. 1:5 BW is nu al een onleesbare bepaling geworden door de vele wetwijzigingen van de afgelopen twaalf jaren op het gebied van het afstammings-, adoptie- en gezagsrecht. Straks wordt dit alleen nog maar erger door de interne schakelbepaling van art. 1:5 lid 13 BW (nieuw).

4. Handhaving van de mogelijkheid van adoptie door de meemoeder

Onlangs schreef ik dat adoptie door de meemoeder kan worden afgeschaft.²² Deze mogelijkheid lijkt immers overbodig, nu de meemoeder al van rechtswege of door erkenning juridisch moeder kan worden. De minister vreest echter dat het juridisch moederschap van de meemoeder van rechtswege of door erkenning in het buitenland niet wordt erkend, althans in mindere mate dan het juridisch moederschap van de meemoeder door adoptie, omdat hieraan een rechter te pas komt. Volgens de minister²³ is het niet ondenkbaar dat adoptie in meer landen op erkenning kan rekenen dan het moederschap door erkenning of van rechtswege, omdat bij adoptie een rechterlijke toets plaatsvindt. Om deze reden wordt voorgesteld om de mogelijkheid van adoptie door de meemoeder te laten bestaan naast de mogelijkheid van erkenning. De moeder en de meemoeder houden de keuze voor adoptie.

²¹ Concept-memorie van toelichting, p. 5.

²² Zie de in voetnoot 4 vermelde publicatie, AA 2010, p. 10, rechterkolom, bovenaan.

²³ Zie voetnoot 21.

5. Wijzigingen van het gezagsrecht

Wat het gezagsrecht betreft, moeten met het oog op de komst van de juridische meemoeder twee bepalingen worden gewijzigd, te weten de art. 1:253b en 253e BW.

Art. 1:253b lid 1 BW spreekt o.a. over de situatie waarin ten aanzien van een kind alleen het moederschap vaststaat, in welk geval de moeder van rechtswege het gezag over het kind alleen uitoefent, tenzij zij bij haar bevalling onbevoegd tot het gezag was. Uit het gebruik van het woord 'bevalling' blijkt eigenlijk al dat het in deze bepaling ook naar komend recht uitsluitend kan gaan om de vrouw uit wie het kind is geboren, maar voor de zekerheid wordt art. 1:253b lid 1 BW toch maar in die zin gewijzigd.

Voorts moet de meemoeder worden gelijkgesteld met de tot het gezag bevoegde vader van het kind in de zin van de art. 1:253c en 253d BW. Daartoe wordt art. 1:253e lid 2 BW (nieuw) toegevoegd, dat bepaalt dat met de tot het gezag bevoegde vader van het kind, bedoeld in de art. 1:253c en 253d BW, voor de toepassing van die artikelen wordt gelijkgesteld de tot het gezag bevoegde moeder van het kind, die niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren.

6. Wijzigingen van het alimentatierecht

Ook in het alimentatierecht moeten twee bepalingen worden gewijzigd, te weten de art. 1:394 en 395b BW.

Art. 1:394 BW wordt sekseneutraal gemaakt. De man die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, kortweg de instemmende levensgezel genaamd, en die als zodanig onderhoudsplichtig is als ware hij ouder, krijgt in dit artikel gezelschap van de vrouwelijke levensgezel. Daartoe behoeft slechts 'man' te worden vervangen door 'persoon'. De Hoge Raad²⁴ heeft de gelijkstelling voor de toepassing van art. 1:394 BW van de vrouwelijke met de mannelijke levensgezel naar huidig recht nog niet aangedurfd, hetgeen overigens volkomen begrijpelijk is, gelet op de niet mis te verstane bewoordingen van dit artikel in zijn huidige redactie, te weten: 'de man die als levensgezel van de moeder (...)', alsmede de duidelijke bewoordingen in de parlementaire geschiedenis van dit artikel, waarnaar de Hoge Raad dan ook verwijst. Vereist is niet dat de vrouwelijke levensgezel juridisch moeder van het kind is. Zij is immers onderhoudsplichtig jegens het kind *als ware zij ouder*. Opmerking verdient nog dat – evenals voor de toepassing van art. 1:207 lid 1, aanhef, BW (gerechtelijke vaststelling van het vaderschap) – de bekende zaaddonor met 'family life' voor de toepassing van art. 1:394 BW (alimentaire vaderschapsactie) *niet* wordt gelijkgesteld met de verwekker (zie ook hierboven het slot van punt 2). Deze gelijkstelling geldt dus alleen voor de toepassing van art. 1:204 lid 3 BW (vervangende toestemming tot erkenning).

Ook art. 1:395b BW wordt sekseneutraal gemaakt. Evenals in art. 1:394 BW wordt in art. 1:395b lid 1 BW 'man' vervangen door 'persoon'.

²⁴ HR 10 augustus 2001, LJN: ZC3598, NJ 2002, 278 (*vrouw als instemmende levensgezel?*; concl. A-G L. Strikwerda; m.nt. J. de Boer).

7. Wijziging van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting

Het juridisch moederschap van de meemoeder van rechtswege vereist op grond van art. 1:198 lid 1, onder b, BW (nieuw) overlegging aan de ambtenaar van de burgerlijke stand bij de aangifte van de geboorte van een verklaring dat het kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in art. 1, onder c, Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.²⁵ Deze verklaring wordt ter bevestiging hiervan afgegeven door de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting.²⁶ Nadat deze verklaring is overgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, werkt deze terug tot aan de geboorte van het kind. Met het oog hierop moet art. 3a Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting worden gewijzigd, omdat dit artikel thans slechts verwijst naar art. 1:227 lid 4 BW betreffende adoptie door de meemoeder in geval van een aanvankelijk anonieme donor, voor welke situatie het soepele adoptieregime geldt, d.w.z. zonder de in art. 1:227 lid 3 BW opgenomen strenge voorwaarde ‘niets meer hebben te verwachten van (...)’. Op grond van het concept-wetsvoorstel komt art. 3a Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting aldus te luiden, dat op verzoek van de ouder van het kind dat door kunstmatige donorbevruchting is verwekt, de Stichting een verklaring als bedoeld in art. 1:198 lid 1, onder b, BW (nieuw) of art. 1:227 lid 4 BW verstrekt, waarin de persoonsidentificerende gegevens van de donor niet worden opgenomen. Laatstbedoelde gegevens zijn de geslachtsnaam, voornamen, geboortedatum en woonplaats van de donor, die in beginsel pas aan het kind op zijn verzoek worden verstrekt, nadat het de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt (art. 2 lid 1, onder c, jo. art. 3 lid 2 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting). Dit is ook de reden waarom ik hierboven telkens spreek over de ‘aanvankelijk anonieme donor’, waarmee ik dus bedoel dat de donor gedurende de eerste zestien levensjaren van het kind anoniem kan blijven. Daarna kan de donor overigens ook anoniem blijven als het kind er geen behoefte aan heeft om te weten wie zijn biologische vader is. De persoonsidentificerende gegevens van de donor worden immers alleen aan het kind verstrekt ‘op zijn verzoek’. Ten slotte kan de donor ook anoniem blijven als hij niet (schriftelijk) instemt met verstrekking van zijn persoonsidentificerende gegevens aan het kind, maar dit laatste is uitsluitend mogelijk indien, in aanmerking genomen de gevolgen die niet-verstrekking voor het verzoekende kind zou kunnen hebben, zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet behoort plaats te vinden (art. 3 lid 2, tweede volzin, Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting). Of de donor in dit geval anoniem kan blijven, hangt dus geheel van deze belangenafweging af.

8. Conclusie

Met het onderhavige concept-wetsvoorstel wordt het afstammingsrecht grotendeels sekseneutraal gemaakt. Dit gebeurt niet overal consequent op dezelfde wijze: nu eens wordt in een bepaling ‘man’ vervangen door ‘persoon’ en ‘vader(schap)’ door ‘ouder(schap)’ om aan te geven dat het ook om een vrouw/moeder(schap) kan gaan, dan weer wordt een voor de man/vader geschreven bepaling gevolgd door een *afzonderlijke* voor de vrouw/moeder geschreven bepaling. Ik moet echter toegeven dat het voor de wetgever niet altijd even gemakkelijk is om seksneutraliteit consequent op dezelfde wij-

²⁵ Zie voetnoot 7.

²⁶ Zie voetnoot 8.

ze door te voeren in alle relevante bepalingen, zeker niet als het gaat om afstammingsrecht. Ik vind dat hij redelijk goed in zijn opzet is geslaagd.

Enkele ongerechtigheden zullen in het definitieve wetsvoorstel moeten worden gecorrigeerd. Ik vat deze nog even samen.

1. In art. 1:202a lid 1, aanhef, BW (nieuw) moet de nieuwe ontkenninggrond 'op de grond dat de moeder niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren' worden opgenomen.
2. In art. 1:205a lid 1, aanhef, BW (nieuw) moet de nieuwe vernietigingsgrond 'op de grond dat de erkenner niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren' worden opgenomen.
3. In art. 1:205a lid 2 BW (nieuw) moet ook een verwijzing naar art. 1:206 BW betreffende de rechtsgevolgen van de vernietiging van de erkenning worden opgenomen.

Ik ben heel benieuwd wat de volgende stap in deze ontwikkelingen zal zijn. Zullen man/man-paren (mannelijke homoseksuele paren) zich in de discussie gaan mengen en wijzen op het feit dat zij zich door het concept-wetsvoorstel, dat nu eenmaal uitsluitend op *lesbisch* ouderschap betrekking heeft, feitelijk gediscrimineerd voelen, nu de mannelijke partner van de vader aangewezen blijft op adoptie als hij de juridische vader van het kind van zijn partner wil worden, terwijl de vrouwelijke partner van de moeder kan kiezen uit juridisch moederschap van rechtswege, juridisch moederschap door erkenning en juridisch moederschap door adoptie? De tijd zal het leren...