

Een nieuwe visie op de afstamming

Is het ontstaan van een kind een actief of passief proces?



Bron: Live Action News, 'Introducing Ziggy the Zygote in... Adventures in the Uterus!' door Kristen Hatten, 4 november 2012, <http://www.liveactionnews.org/introducing-ziggy-the-zygote-in-adventures-in-the-uterus/> en <http://www.liveactionnews.org/wp-content/uploads/2012/11/Zygote-image.jpg>.

Een nieuwe visie op de afstamming

Is het ontstaan van een kind een actief of passief proces?

A New Vision on Parentage

Is the origin of a child an active or passive process?

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. H.A.P. Pols

en volgens besluit van het College voor Promoties.
De plechtigheid ter verlening van het postume doctoraat zal plaatsvinden op
woensdag 9 juli 2014 om 13.30 uur

Paulus Alexander Wilhelmus Kuijper
geboren te Amsterdam



Promotiecommissie

Promotoren: Prof.mr. A.J.M. Nuytinck
Prof.mr.dr. M.A.J.M. Buijsen

Overige leden: Prof.dr. K.R.S.D. Boele-Woelki
Prof.mr. P. Vlaardingerbroek
Mr.dr. R.J.P. Kottenhagen

Inhoudsopgave

Woord vooraf		XI
Verantwoording		XIII
Lijst van gebruikte definities		XVII
Lijst van gebruikte afkortingen		XXV
Inleiding		XXVII
1	Het begin	1
1.1	Het ontstaan van nieuw leven	1
1.2	De geslachtelijke voortplanting	1
1.3	De conceptie of bevruchting	2
1.4	De innesteling, nidatie of innidatie	3
1.5	Introductie van de begrippen ‘eigenaar’ en ‘eigenaresse’	6
1.6	Enkele medische fantasieën over de eerste levensfase	7
1.7	Rechten van het embryo in het algemeen en het ongeboren kind in het bijzonder	8
1.8	Samenvatting	11
2	De intentie	13
2.1	Onduidelijke omschrijvingen	13
2.2	Intentie tot moederschap	14
2.3	Intentie tot vaderschap	19
2.4	Intentie bij erkenning	23
2.5	De betekenis van ‘family life’ voor de erkenning	24
2.6	Gerechtelijke vaststelling	26
2.7	DNA-onderzoek	27
2.8	Adoptie	28
2.9	Nieuwe omschrijvingen	29
2.10	Recht van het kind op afstammingsinformatie	32
2.11	Donorschap van gameten	34
2.12	Gendervrije of discriminatieloze wetgeving?	38
2.13	Samenvatting	39

3	Gametendonatie	41
3.1	Geslachtscellen zijn zaken	41
3.2	Embryowet	42
3.3	De rechten van het embryo en vanaf welk moment	44
3.4	Door schenking verandert de juridische eigenaar	46
3.5	Notariële akte bij gametendonatie	48
3.6	De zeggenschap over niet-gebruikte embryo's	50
3.7	Embryodonatie of embryoadoptie	51
3.8	Niet gebruikte embryo's kunnen een bron van nieuw levensgeluk betekenen	55
3.9	Gameten- of embryodonatie en draagmoederschap	55
3.10	De intentie is belangrijk, maar zonder actie geen bevruchting	57
3.11	Intentie en actie bepalen het latere ouderschap	58
3.12	Samenvatting	60
4	De draagmoederschapsovereenkomst	61
4.1	Geen familierecht zonder administratieve procedures	61
4.2	De wenselijkheid van een draagmoederschapsovereenkomst	62
4.3	Het gedoogde draagmoederschap	63
4.4	De door het VUmc voorgelegde draagmoederschapsovereenkomst	65
4.5	Begeleidende informatie uit de VUmc-folder	66
4.6	Ongewilde kinderloosheid	67
4.7	Eerdere voorstellen om het juridisch traject rond het draagmoederschap te stroomlijnen	67
4.8	Draagmoederschap in relatie met de Embryowet	70
4.9	Het recht van eenieder om een gezin te stichten	71
4.10	'Eenieder' betekent ook eenieder	73
4.11	De strikte relatie tussen de zwangere vrouw en het intra-uteriene kind	75
4.12	De 'nietige' draagmoederschapsovereenkomst: het pasgeboren kind is voorwerp	77
4.13	De niet met nietigheid bedreigde draagmoederschapsovereenkomst: het dragen en baren van het kind is voorwerp	80
4.14	De niet met nietigheid bedreigde draagmoederschapsovereenkomst: overdracht van de ouderschapsrechten is voorwerp	81
4.15	Draagmoederschapsovereenkomst in de Verenigde Staten met de daaruit voortvloeiende problemen	82
4.16	Draagmoederschap niet frustreren, maar faciliteren en reguleren	83
4.17	Voordelen bij faciliterende wetgeving	84
4.18	Reële beschikbaarheid van de draagmoederschapsovereenkomst is beperkt	85
4.19	De strikte voorwaarden voor het gebruik mogen maken van een draagmoederschapsovereenkomst gelden voor iedereen	85

4.20	Ontstaan en bestaan van eenoudergezinnen	86
4.21	Beschrijving procedure bij draagmoederschap na de geboorte	87
4.22	Samenvatting	89
5	Adoptie	91
5.1	Juridisch ouderschap door adoptie	91
5.2	Adoptie: van kindbeschermingsmaatregel tot mogelijkheid tot vervulling van een kinderwens	92
5.3	Adoptiewet	92
5.4	Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka)	95
5.5	Haags Adoptieverdrag	96
5.6	Aspirant-adoptiefouders	97
5.7	Waarom worden alleen aspirant-adoptiefouders gescreend?	97
5.8	Vereenvoudiging van de adoptieprocedure	98
5.9	Afstammingsinformatie: de plichten van de ouders versus het recht van het kind	99
5.10	Reductie van het aantal adopties bij het invoeren van de nieuwe afstammingsregels	100
5.11	Waarom een tweesporenbeleid?	102
5.12	Samenvatting	103
6	Erkenning versus ontkenning	105
6.1	Het recht van het kind op twee ouders	105
6.2	Mogelijkheden tot begripsverwarring	105
6.3	‘Geen vader’ versus ‘vader onbekend’	107
6.4	De erkenning	108
6.5	Geen erkenning mogelijk, toch juridisch ouderschap via de weg van gerechtelijke vaststelling van het ouderschap	109
6.6	Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap	110
6.7	Onderhoudsverplichting	111
6.8	Erkenning als onderdeel van een feitelijke draagmoederschapsactie	112
6.9	Ontkenning van het vaderschap en van het moederschap	113
6.10	Vestigen versus vernietigen van het juridisch vaderschap	115
6.11	Loslaten van verplichte samenlevingsvormen	117
6.12	Gerechtelijke vaststelling van het moederschap	118
6.13	De moeder is altijd bekend	119
6.14	Opnieuw de verkrachting	120
6.15	Samenvatting	120
7	Ouderlijk gezag	123
7.1	Ouderlijk gezag en juridisch ouderschap	123
7.2	Juridisch ouderschap	124

7.3	Welke personen hebben het ouderlijk gezag? Hoe ‘krijgt’ men het en hoe raakt men het kwijt?	125
7.4	Andere vormen van gezag	126
7.5	Samenvatting	127
8	De natuurlijke of medisch geassisteerde voortplanting	129
8.1	Voortplanting vroeger: men kreeg wel of geen kind!	129
8.2	Nieuwe vormen van voortplanting	131
8.3	Juridisch moederschap bij de nieuwe voortplantingstechnieken	134
8.4	Het kind uit een draagmoeder geboren: willoze speelbal tussen twee ‘moeders’ of twee staten	137
8.5	De draagmoederschapsovereenkomst vanuit een ander perspectief gezien	140
8.6	Begin van acceptatie van het draagmoederschap	140
8.7	Draagmoederschap moet een altruïstische activiteit blijven	141
8.8	Enkele getallen van de geboorten via hoogtechnologische voortplantingstechnieken	142
8.9	Nieuwe voortplantingstechnologie vereist een herdefiniëring van het juridisch ouderschap	143
8.10	Samenvatting	144
9	Kinderwens in homoseksuele relaties	145
9.1	Enkele getallen	145
9.2	Wet lesbisch ouderschap	145
9.3	Art. 12 EVRM: de juridische basis voor de vervulling van de kindwens	147
9.4	Kind als resultante van het samenbrengen van een mannelijke en vrouwelijke geslachtscel door twee personen	148
9.5	Problemen buiten Nederland ten gevolge van de Wet lesbisch ouderschap	149
9.6	De rekbaarheid van het begrip ‘openbare orde’	150
9.7	De positie van de bekende spermadonor in de Wet lesbisch ouderschap	151
9.8	Belgische visie op lesbisch ouderschap	153
9.9	Samenvatting	153
10	Afstammingsinformatie	155
10.1	Recht op informatie voor minstens 175.000 kinderen over hun afkomst	155
10.2	Het uit art. 7 IVRK ontstane recht op informatie	156
10.3	Het IVRK en de rechten van ouders	157

10.4	Recht op afstammingsinformatie bij adoptiefkinderen	158
10.5	Recht op afstammingsinformatie voor kinderen, geboren na KID of IVF met donorgameten	159
10.6	Recht op afstammingsinformatie voor alle andere kinderen	163
10.7	Recht op afstammingsinformatie is niet absoluut	164
10.8	Kan een vrouw verplicht worden om afstammingsinformatie te geven?	166
10.9	Vaderloze kinderen hebben ook recht op een vader en dus op afstammingsinformatie	167
10.10	Wanneer moet afstammingsinformatie worden gegeven?	170
10.11	Samenvatting	171
11	Trendsetter versus trendfollower	173
11.1	Wet openstelling huwelijk trendsettend	173
11.2	Wet lesbisch ouderschap trendsettend	174
11.3	Legalisering van het draagmoederschap in Nederland: nog niet echt trendvolgend	175
11.4	Landen waar het draagmoederschap is toegestaan of zelfs gelegaliseerd	177
11.5	Opnieuw de draagmoederschapsovereenkomst	180
11.6	Rechtsvergelijkend onderzoek met betrekking tot het draagmoederschap	181
11.7	Erkenning en gerechtelijke vaststelling van het ouderschap bij een draagmoederschapsconstructie	182
11.8	De adoptie als onderdeel van een draagmoederschapsconstructie	184
11.9	Vergelijking van de bestaande gelegaliseerde draagmoederschappen	185
11.10	Draagmoederschapstoerisme	187
11.11	Internationaal draagmoederschap en de openbare orde-exceptie	189
11.12	Rusland en Oekraïne, zelfverklaarde paradijzen voor wat betreft het draagmoederschap	192
11.13	Samenvatting	195
12	De verkrachter	197
12.1	De verkrachting leidend tot een onvrijwillige zwangerschap	197
12.2	Gewilde en ongewilde zwangerschap	198
12.3	Verkrachting: ook seksueel misbruik tijdens 'vrijwillige' onmacht	199

12.4	Abortus provocatus lege artis	200
12.5	Argumenten voor het juridisch vaderschap van de verkrachter	201
12.6	Partneradoptie: ‘onbekende’ juridische vader wordt bekende juridische stiefouder	203
12.7	Bestaande familierechtelijke band tussen de verkrachter en het kind	204
12.8	Samenvatting	204
13	Besluit	207
14	Hoe nu verder? Een proeve van aangepaste regelgeving: voorstel tot wijziging van de titels 1.1, 1.11, 1.17, 3.1, 7.3 en 7.7 BW, alsmede art. 151b Sr	215
	Samenvatting	257
	Summary	261
	Bijlagen	265
	Bijlage 1. Paternale afstammingsmatrix	267
	Bijlage 2. Maternale afstammingsmatrix	269
	Bijlage 3. Afstammingsmatrix bij homoseksuele paren, eigenlijk alleen lesbische paren	273
	Bijlage 4. Nieuwe afstammingsmatrix	277
	Geraadpleegde literatuur	279
	Jurisprudentieregister	293
	Trefwoordenregister, personen en zaken	295
	Curriculum vitae	305

Woord vooraf

Op 17 april 2014 zou de heer mr. drs. P.A.W. Kuijper promoveren op het proefschrift dat thans voor u ligt. Half januari 2014 heeft de promotiecommissie het manuscript goedgekeurd. Op 24 januari 2014 vertrok de promovendus voor een korte wintersportvakantie naar Oostenrijk. Daar heeft hij nog de laatste hand aan zijn proefschrift gelegd en de puntjes op de i gezet. Door een noodlottig ski-ongeval is hij aldaar op 1 februari 2014 op slechts 73-jarige leeftijd overleden.

Al snel kwam bij de familie Kuijper en ons – ik bedoel de tweede promotor, mijn collega prof. mr. dr. M.A.J.M. Buijsen, en mijzelf – de gedachte aan een postume promotie op. Waarom ook niet? Het manuscript was immers inhoudelijk geheel voltooid en ook de nieuwe familierechtelijke wetgeving van 2014, in het bijzonder de Wet lesbisch ouderschap en de Wet transgenders (*Stb.* 2013, 480, 481 en 486, alsmede *Stb.* 2014, 1), was in het manuscript verwerkt. Via de decaan van de Erasmus School of Law en de pedel van de Erasmus Universiteit Rotterdam heb ik, mede namens collega Buijsen, contact opgenomen met het College voor Promoties, omdat dit college beslist in alle aangelegenheden waarin het promotiereglement niet voorziet, zoals in het geval van een postume promotie.

Met collega Buijsen ben ik het College voor Promoties zeer erkentelijk voor zijn snelle inwilliging van ons verzoek tot postume promotie en het mogelijk maken van een academische plechtigheid in Rotterdam op 9 juli 2014, waarbij de doctorsbul aan de familie Kuijper is overhandigd. Ik spreek de hoop uit dat het postuum verleende doctoraat niet alleen enige troost biedt aan de familie, maar haar ook veel voldoening geeft voor het belangrijke werk dat de promotus tot stand heeft gebracht. Ik dank ook uitgeverij Kluwer te Deventer, die zich snel bereid verklaarde om het proefschrift uit te geven. Het manuscript is bijgewerkt tot 24 januari 2014.

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck,
eerste promotor

Verantwoording

Voor de beantwoording van de probleemvraag in de ondertitel van dit proefschrift volgt de schrijver een ongetwijfeld onorthodoxe, onconventionele benadering.

De beantwoording van de twee belangrijke vragen uit de ondertitel, maar dan geëxpliciteerd:

1. wordt een kind geboren uit of door een vrouw en
2. wordt een kind 'gemaakt' uit of door twee personen

heeft namelijk consequenties voor de regelgeving betreffende de afstamming.

Het is gebruikelijk het probleem te beschrijven, te analyseren, indien mogelijk het 'grote' probleem te verdelen in meerdere kleine problemen, vervolgens een zo uitgebreid mogelijk onderzoek te doen naar wat iedereen eerder over dit probleem heeft geschreven, hoe in de rechtspraak tot nu toe met dit probleem is omgegaan, hoe de samenleving als geheel en de wetgever, vaak bij monde van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, denkt over het oplossen of niet oplossen van deze problemen en vervolgens een veelheid aan voorstellen te doen om geconstateerde discrepanties te laten verdwijnen, altijd gezien vanuit het perspectief in de reële wereld.

Een begrip als rechtszekerheid moet daarbij soms wijken voor begrippen als 'openbare orde' en 'goede zeden'. Eenieder moet zich wel realiseren dat deze twee begrippen zowel steeds tijd- als cultuurgebonden zijn.

Bewust heeft hij in dit proefschrift voor een andere weg gekozen. Het afstammingsrecht regelt de relaties tussen personen voor wat betreft hun afstamming. Hierbij liggen de regels van de wijze van afstamming vast. Deze dissertatie probeert duidelijk te maken dat het tijd is om de historische basis van de afstamming op een aantal punten bij te stellen. Hierbij is voor hem steeds de vraag leidend: wie is, dan wel wie zijn verantwoordelijk voor het ontstaan van het kind? Deze persoon, dan wel deze personen zijn de juridische ouders. Van wie het erfelijk materiaal was, is voor hem juridisch irrelevant. Het is evident dat er natuurlijk wel een medische relevantie bestaat. Steunend op deze nieuwe visie worden in dit proefschrift de verschillen beschreven tussen de huidige regelgeving en de regelgeving die het gevolg is van de nieuwe visie. Hierbij zij nu al vermeld dat deze nieuwe visie ook belangrijke positieve consequenties heeft voor het draagmoederschap in hetero- en homoseksuele relaties.

Bij besprekingen van het onderhavige onderwerp bleek zeer vaak de emotie de overhand te krijgen boven de ratio. Natuurlijk is dat niet verwonderlijk. In het recht wordt, door middel van wetten, zeer veel geregeld. Vooral zaken die buiten de persoon als mens staan. Maar op het moment dat het gaat over zaken die deze mens zelve, zijn existentie, betreffen, rust in de westerse maatschappij een taboe dat nauwelijks is te doorbreken.

Het spreken over, laat staan regelen van, de zwangerschapsonderbreking, de anticonceptiepil, euthanasie, hulp bij zelfdoding of zelfs de palliatieve sedatie bij terminale patiënten heeft altijd bij velen heftige emoties opgeroepen.

Daarbij moet zeker overwogen worden dat deze emoties voor een deel het gevolg zijn van een christelijke achtergrond. Immers, een groot deel van het huidige recht stoelt op Romeins en veel later ook Canoniek recht. En in alle christelijke kerken is een geloofsbeginsel dat de Schepper de enige is die over leven en dood mag beslissen.

Een saillant detail hier is, dat dit christelijke beginsel de voornaamste reden was om de doodstraf af te schaffen en dat met name een land met een kleurige lappendeken van christelijke kerken (hier wordt verwezen naar de Verenigde Staten) nog steeds de doodstraf hanteert als ultieme vergelding of misschien ter bevrediging van het natuurlijke verlangen om wraak.

Kortom, hardop denken over en dus spreken en schrijven over het op enigerlei wijze beschikken over het leven leidt tot stormen van verontwaardiging van ethici en moraaltheologen. De opsteller van deze nieuwe visie geeft toe dat het slechten van deze barrières, die hun basis zo diep in de geschiedenis hebben, voor hem de grootste uitdaging is.

Dat neemt overigens niet weg dat er wel de laatste tijd duidelijk enige beweging zit in de aanvankelijk door velen geconstateerde starheid. Na jarenlange discussies zijn er regelingen gekomen in zaken die het leven en de dood betreffen. Een ander goed voorbeeld van de verschuiving van de waarden is de moeilijke totstandkoming van de opheffing van het bordeelverbod. Haveman en Wijers¹ stellen dat de les uit de reactie op de legalisering van de prostitutie is, dat het zeer moeilijk is om afstand te doen van de oude zeden, ook al is de tijd rijp voor nieuwe.

Het probleem van deze nieuwe wettelijke regelingen is, dat zij, enerzijds door de complexiteit van de betrokken regelingen, anderzijds door de zich langzaam veranderende samenleving, ook volgens de wetgever, vaak niet perfect kunnen zijn. Dit leidt dan automatisch tot twee nieuwe acties:

1. het zoeken van de mazen in de wetgeving; en
2. het beroep op de rechter om de onduidelijkheden in zijn of haar voordeel uit te leggen.

1 Haveman & Wijers 2001, p. 200.

Een ander obstakel dat hij is tegengekomen in een aantal verhandelingen over de betreffende onderwerpen, is de statistiek. In veel artikelen worden ritsen verwijzingen gebruikt naar statistische onderzoeken van met name psychologen ter onderbouwing van de argumenten van de schrijver of schrijfster van de verhandeling.

De auteur weet dat het in dit kader te gemakkelijk is om naar de ‘affaire’ Stapel en recenter de ‘affaire’ Beentjes te verwijzen. Hij weet dat het ook te eenvoudig is om naar een krantenartikel van Van Maanen² te verwijzen, waarin wordt gesuggereerd dat fraude bij psychologische onderzoeken veel vaker voorkomt.

Waar wel naar verwezen kan worden, is dat wat iedereen tijdens zijn studie heeft geleerd, namelijk: ‘Je hebt drie soorten leugens: een kleine leugen, een grote leugen en statistiek’. Overigens moet hier wel onderscheid gemaakt worden tussen resultaten die het gevolg zijn van ‘wishful thinking’, vaak toch met een diepere ethische of moralistische achtergrond, en de resultaten van ‘self fulfilling prophecy’, waar niet zozeer ethische of moralistische overwegingen een rol spelen, als wel meer een narcistische karaktertrek in de trant van: ‘Ik stel dat en ik bewijs dat ook, ten koste van alles, mogelijk zelfs ten koste van de waarheid’.

Uit zijn medische tijd herinnert de schrijver zich de gevleugelde woorden: ‘Eén patiënt met een bepaalde afwijking is een casus, twee patiënten met dezelfde afwijking is een serie’. Hij heeft zich vaak genoeg verbaasd over de ingewikkelde toetsen, die zelfs op zeer kleine series werden losgelaten om het gestelde te bewijzen.

Resumerend: dit proefschrift begint bij het begin.

Voordat er nog een probleem is, bekijkt het op welk moment het probleem kan ontstaan en kijkt vervolgens, niet hoe dit nog niet bestaande probleem opgelost kan worden, maar hoe het door adequate regelgeving voorkomen kan worden.

Juist door het proactieve karakter van deze benadering hoopt de schrijver van deze dissertatie bij voorbaat zoveel mogelijk mazen in de nieuwe regelgeving te voorkomen.

De ultieme consequentie is natuurlijk wel dat er een synchronisatie van de door hem voorgestelde wetsartikelen en de huidige wetsartikelen moet volgen. Aan het eind van dit proefschrift zal derhalve een proeve van een nieuwe tekst van verschillende artikelen van titel 1.11 BW (Afstamming) en daarmee verband houdende artikelen in enkele andere wetten worden opgenomen.

2 Volgens Van Maanen 2012 vervalst één op de tien psychologen onderzoeksdata en erkent meer dan de helft statistisch gesjoemel. Hij refereert aan een studie van Lesley John en collega's in Psychological Science. Vooral het wegpoetsen van onwelkome resultaten of het net zolang doorgaan met testen tot er een (lees: het) gewenste resultaat uitkomt, werd door meer dan de helft als geen probleem ervaren. Bepaald intrigerend was de opmerking dat één op de drie psychologen wel eens twijfels heeft over de eigen integriteit.

Lijst van gebruikte definities

Begrippen die door de auteur gedefinieerd worden, staan om misverstanden te voorkomen in *vet-cursief*.

1. Juridische moeder:

Volgens art. 1:198 BW:

1. 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 gehuwd of door een geregistreerd partnerschap is verbonden met de vrouw uit wie het kind is geboren, indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, sub 1, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en een door de stichting, bedoeld in die wet, ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is, tenzij de laatste zin van dit onderdeel of de eerste zin van artikel 199, onder b, geldt. 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 of geregistreerd partnerschap na de kunstmatige donorbevruchting en voor de geboorte van het kind is ontbonden door de dood van de echtgenote of geregistreerde partner van de vrouw uit wie het kind is geboren, is de overleden echtgenote of geregistreerde partner eveneens moeder van het kind als de voornoemde verklaring wordt overgelegd bij de aangifte van de geboorte van het kind, zelfs indien de vrouw uit wie het kind is geboren was hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren;
- c. die het kind heeft erkend;
- d. wier ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- e. die het kind heeft geadopteerd.

2. De vrouw uit wie het kind is geboren kan, indien zij op het tijdstip van de kunstmatige donorbevruchting was gescheiden van tafel en bed of zij en haar echtgenote of geregistreerde partner 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 echtgenote of

geregistreerde partner niet de moeder is van het kind, bedoeld in het eerste lid, onder b, van welke verklaring een akte wordt opgemaakt; was de vrouw uit wie het kind is geboren op het tijdstip van de geboorte hertrouwd of had zij een nieuw partnerschap laten registreren dan is in dat geval de huidige echtgenoot of geregistreerde partner de ouder van het kind.

(Het oude art. 1:198 BW is bij de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap op 1 april 2014 ingrijpend gewijzigd.³)

2. Juridische vader:

Volgens art. 1:199 BW:

Vader van een kind is de man:

- a. die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan, tenzij onderdeel b of de slotzin van artikel 198, eerste lid, onder b, geldt;
- b. wiens huwelijk of geregistreerd partnerschap met de vrouw uit wie het kind is geboren, binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden, zelfs indien de moeder was hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren; indien echter de vrouw sedert de 306de dag voor de geboorte van het kind was gescheiden van tafel en bed of zij en haar echtgenoot of geregistreerde partner sedert dat tijdstip gescheiden hebben geleefd, kan de vrouw een jaar na de geboorte van het kind ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat haar overleden echtgenoot niet de vader is van het kind, van welke verklaring een akte wordt opgemaakt; was de moeder op het tijdstip van de geboorte hertrouwd of had zij een nieuw partnerschap laten registreren dan is in dat geval de huidige echtgenoot of geregistreerde partner de vader of, in het geval, genoemd in artikel 198, eerste lid, onder b, de huidige echtgenote of geregistreerde partner de moeder van het kind;
- c. die het kind heeft erkend;
- d. wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- e. die het kind heeft geadopteerd.

(Het oude art. 1:199 is bij de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap op 1 april 2014 ingrijpend gewijzigd.)

3. Juridische ouders zijn de juridische vader en de juridische moeder.

4. ***Juridische ouder is de persoon die met zijn eigen erfelijk materiaal of met aan hem bij notariële akte geschonken erfelijk materiaal een daad stelt of laat stellen met de bedoeling om voor zich een nakomeling te doen ontstaan (samenlevingsvorm irrelevant).***

³ Wet lesbisch ouderschap, Wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 480, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie.

5. Biologische ouder:
De moeder uit wie het kind is geboren en de man die een genetische verwantschap met het kind heeft.
6. **Biologische en genetische ouders zijn de man en de vrouw die met hun eigen erfelijk materiaal door middel van de geslachtsdaad een nakomeling hebben doen ontstaan (en zijn dus ook de juridische ouders).**
7. De verwekker:
De man die door de geslachtsdaad een kind heeft verwekt.
8. **De verwekker: de persoon die met zijn eigen erfelijk materiaal of aan hem bij notariële akte geschonken erfelijk materiaal een daad stelt (geslachtsdaad) of laat stellen (KI of IVF) met de bedoeling om voor zich een nakomeling te doen ontstaan (het geslacht is irrelevant, het gaat alleen om de intentie). Verwekker is altijd de juridische ouder, maar niet altijd de biologische ouder!**
 1. **Zelf de daad stellen met eigen erfelijk materiaal = biologische en juridische ouder.**
 2. **Daad laten stellen met eigen erfelijk materiaal = genetisch verwante juridische ouder.**
 3. **Daad laten stellen met gekregen erfelijk materiaal = juridische ouder.**
9. De donor:
De persoon die zijn of haar erfelijk materiaal aan een ander ter beschikking stelt, zodat de ander tot nakomelingschap kan geraken.
 - a. ‘Anonieme’ donor:
Deze donatie geschiedt aan de gametenbank en is geregeld in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. NB: sinds 2004 is de absolute anonimiteit afgeschaft; een kind van 16 jaar of ouder kan de persoonsidentificerende gegevens van de donor achterhalen.
 - b. Bekende donor:
Man die zijn zaad aan bekenden ter beschikking stelt om tot nakomelingschap te geraken. Meestal is hier sprake van zelfinseminatie. Dit wordt niet geregeld in de eerder genoemde wet.
10. Genetische ouders:
Personen van wie het erfelijk materiaal afkomstig is met of zonder kindwens.
(De laatsten zijn dus geen ouders in de zin van definitie 4.)
11. **Genetische ouders: alle biologische ouders.**
12. Draagmoeder:
De vrouw die een kind draagt, dat zij na de geboorte wel of niet afstaat aan wensouders.

13. **Draagmoeder:**
De vrouw die een kind van twee andere juridische ouders draagt. Na de geboorte moet zij het kind afstaan aan de juridische ouders.
14. Wensouders:
Personen die een kindervens hebben en als enige mogelijkheid nog het inschakelen van een draagmoeder zien. Zij kunnen, maar moeten niet na de geboorte het kind accepteren. Zij kunnen later via een gerechtelijke procedure adopteren.
15. **Wensouders:**
Personen die hetzij met eigen erfelijk materiaal, hetzij met bij notariële akte aan hen geschonken erfelijk materiaal een bevruchting hebben laten plaatsvinden en deze vrucht in de baarmoeder van een draagmoeder hebben laten groeien. Na de geboorte zijn deze personen nog steeds de juridische ouders en moeten deze personen derhalve dit kind accepteren.
16. Draagmoederschapsovereenkomst:
Overeenkomst tussen een draagmoeder en wensouders, waarbij het belangrijkste onderdeel, te weten de verplichte afstand van het kind door de draagmoeder en de verplichte acceptatie van het kind door de wensouders, niet rechtens afdwingbaar is. Op dit punt is namelijk de overeenkomst nietig. NB: men ziet een geleidelijke ontwikkeling in de aanvankelijk volledig nietige overeenkomst naar partiële geldigheid.⁴
17. **Draagmoederschapsovereenkomst:**
Overeenkomst tussen een draagmoeder en de juridische ouders ('wensouders') van de vrucht, die inhoudt dat deze draagmoeder zich tijdens de zwangerschap zal gedragen als ware zij zwanger van haar eigen kind. Met andere woorden: om haar te verplichten om zich te gedragen als een goede draagmoeder naar analogie van de formules voor hulpverleners, artsen, advocaten etc. (zie art. 7:401 BW). Alle uit deze zwangerschap voortvloeiende kosten komen ten laste van de juridische ouders. Daarnaast wordt in deze overeenkomst een passende beloning voor de inspanning op zich overeengekomen. De draagmoeder staat het kind af aan de juridische ouders, die het kind verplicht moeten accepteren. Er vindt geen adoptie plaats. Het juridische ouderschap is van rechtswege ontstaan na de conceptie met aansluitende geslaagde innidatie.
18. Geslachtscellen (gameten):
bevatten het erfelijk materiaal en zijn geen zelfstandige vorm van leven. Zij kunnen zich niet delen en bevatten slechts de helft van het voor een individu noodzakelijke aantal chromosomen.
De mannelijke zaadcel (spermatozoön) is in grote aantallen in het sperma aanwezig.
De vrouwelijke eicel (oöcyt) komt normaal één keer per maand tijdens de ovulatie vrij. Na hormonale stimulatie is deze in grotere aantallen aanwezig.

4 Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 176, voetnoot 20.

19. Conceptie:
Samensmelten van de mannelijke zaadcel en de vrouwelijke eicel.
20. Zygote:
Samengesmolten zaadcel en eicel. Op dit moment is dit één cel met twee kernen, maar samen het dubbele, benodigde, aantal chromosomen. Dit is het echte moment van de bevruchting. Via IVF en ICSI kan dit ook in vitro plaatsvinden.
21. Embryo:
De zygote gaat zich autonoom delen en vormt een embryo.
22. Embryotransfer:
Onderdeel van hoogtechnologische zwangerschap. Deze is alleen mogelijk met medische assistentie. Het embryo wordt geplaatst in een hormonaal voorbereide baarmoeder. Deze baarmoeder kan van de vrouw zijn die de eicel geleverd heeft, maar dat hoeft niet.
23. Innidatie, nidatie of innesteling:
Het in de baarmoeder ingebrachte embryo nestelt zich in het hormonaal voorbereide baarmoederslijmvlies. Vanaf dit moment kan pas van een zwangerschap gesproken worden. De innidatie is dus een cruciaal moment.
24. Placenta:
Een uit een moederlijk en een kinderlijk deel opgebouwd orgaan, dat voor de uitwisseling van zuurstof en voedingsstoffen (en afvalstoffen) tussen moeder en kind zorgt.
25. Geboorte:
Het moment waarop de volgroeide vrucht geacht wordt zelfstandig, zonder de hulp van de placenta, te kunnen leven, ademen, eten etc. Voor de spontane geboorte wordt het woord partus gebruikt. Daarnaast kan het kind ook geboren worden via de sectio caesarea, de keizersnee.
26. Hoogtechnologische zwangerschap:
Medische assistentie bij zwanger worden: voorheen geïsoleerde eicellen worden in het laboratorium, in vitro, bevrucht met zaadcellen.
Na een aantal delingen van de zygote wordt het dan ontstane embryo via embryotransfer in de hormonaal voorbereide baarmoeder geplaatst. De dan zwangere vrouw kan het kind later voor zich zelf baren of voor wensouders. In dit laatste geval is sprake van HTDM (**H**oog**T**echnologisch **D**raag**M**oedersch**a**p). Juridisch maakt het dan niet uit of het haar eigen eicel(len) dan wel die van een andere vrouw betreft.
27. Laagtechnologische zwangerschap:
Medische assistentie bij zwanger worden: voorheen verkregen spermatozoa, in het sperma aanwezig, worden via kunstmatige inseminatie in de vrouw geplaatst in de hoop dat het tot een natuurlijke bevruchting zal komen.
Bij inseminatie met het zaad van de echtgenoot of partner wordt gesproken van homologe KI of KIE.
NB: tegenwoordig wordt – zij het nog niet in de literatuur – ook al gesproken over KIP (partner) en KIK (kennis, dus bekende donor). Indien het zaad van een donor (zie definitie 9 onder a) wordt gebruikt, wordt meestal de term KID

gebruikt. Regels rond de KID zijn in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb) terug te vinden.

Bij deze laagtechnologische assistentie verlaat de eicel niet het vrouwelijk lichaam. Voor de beoordeling of hier sprake is van **LaagTechnologisch DraagMoederschap** (LTDM), moet gekeken worden naar de intentie van de zwangere vrouw. Heeft zij geen eigen zwangerschap gewild en staat zij het kind af na de geboorte, dan was zij een draagmoeder.

28. Oorspronkelijke ouders:

Term die wordt gebruikt nadat de rechterlijke adoptie-uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. De familierechtelijke betrekkingen met de aanvankelijke biologische (en juridische) ouders worden verbroken (zie art. 1:229 lid 2 BW).

29. Pleegouders:

de personen die een pleegkind verzorgen en opvoeden.

Pleegkind: zie art. 1 Pleegkinderenwet.

Het gaat om een door aspirant-adoptiefouders opgenomen

1. buitenlands kind;
2. dan wel een minderjarige die bij anderen dan zijn ouders, voogd of bloed- en aanverwanten tot de derde graad wordt verzorgd en opgevoed.

Binnen afzienbare tijd wordt de Pleegkinderenwet ingetrokken (wetsvoorstel 33 061).

30. Een stiefouder:

degene die gehuwd is of een geregistreerd partnerschap is aangegaan met een persoon die één of meer kinderen heeft uit een eerdere relatie. In het kader van dit proefschrift is de stiefouder van het kind de echtgenoot/echtgenote of geregistreerde partner van de juridische ouder van dit kind.

31. Duomoeder of meemoeder:

Termen die geïntroduceerd zijn na het invoeren van het huwelijk en geregistreerd partnerschap tussen lesbiennes en het mogelijk maken dat naast de geboortemoeder ook haar vrouwelijke partner een passende naam krijgt.

De auteur stelt voor om de term te veranderen in meeouder of misschien nog beter tweede juridische ouder, zeker ook indien er een gelijkstelling met de relaties van homoseksuele mannen plaatsvindt, een opheffing van de nu nog bestaande discriminatie (welke opheffing niet op korte termijn is te verwachten, nu de Wet lesbisch ouderschap zich beperkt tot de regeling van lesbisch ouderschap). Het kind heeft dan een juridische geboortemoeder en een meeouder, of een juridische vader en eveneens een meeouder.

Hij verwacht dat het eenvoudiger is om te spreken van: ‘een kind heeft twee ouders’ dan ‘het kind heeft twee moeders of twee vaders’. Seksneutraal formuleren heeft dus wat hem betreft de voorkeur. (Dit is ook al – voor zover mogelijk – bij de implementatie van de Wet lesbisch ouderschap gebeurd.)

De nummers 32 tot en met 35 zijn, omwille van de duidelijkheid in dit proefschrift, een nadere explicatie van definitie 6.

32. **Biologische moeder:**

De vrouw die (bij de geslachtsdaad) haar eigen eicel gebruikt om voor zichzelf een kind te baren. Zij is dus ook de genetische moeder. Indien zij een aan haar geschonken eicel gebruikt, is zij niet de genetische moeder. Er is geen genetische moeder. De eiceldonor wilde geen moeder worden. Hoewel de baring en de geslachtsdaad beide biologische activiteiten zijn, heeft de auteur een bewuste keuze gemaakt om alleen de geslachtsdaad te verbinden met het biologisch ouderschap.

De biologische moeder is in zijn voorstelling dus NIET per definitie de barendende vrouw. Om als moeder aangeduid te kunnen worden, is in deze situatie de intentie tot het moederschap essentieel. Hoe koel klinisch het ook klinkt, tijdens de zwangerschap is de enige 'biologische' relatie tussen de zwangere vrouw en het kind de intense verstrengeling van de maternale en infantiele bloedvaten in de placenta.

33. **Genetische moeder:**

De vrouw die met behulp van haar eigen eicel een conceptie wil, terwijl de innidatie en zwangerschap in een andere vrouw plaatsvinden. Er is geen biologische moeder, ondanks het feit dat het kind uit de draagmoeder geboren wordt.

34. **Genetische vader:**

De man die bij kunstmatige inseminatie zijn eigen zaadcellen gebruikt voor de door hem 'gewenste' zwangerschap. De intentie tot het vaderschap is essentieel.

35. **De biologische vader:**

De man die door middel van de geslachtsdaad een gewenste bevruchting heeft bewerkstelligd. De biologische vader is per definitie dus ook de genetische vader. Ook hier is de intentie van primair belang. De aanwezigheid van deze intentie blijkt uit het zelf verrichten van de daad die tot de bevruchting heeft geleid.

NB: onder de termen 'gewenst' en 'intentie tot' worden ook die daden van personen begrepen, waarvan zij hadden kunnen weten of hadden behoren te weten dat zij tot een bevruchting konden leiden.

36. **De eicel- of spermadonor:**

De donor is niet de genetische ouder, wel de schenker van het gebruikte erfelijk materiaal. Deze persoon is geen ouder, omdat hij nooit de intentie heeft gehad om ouder te worden. Het afwezig zijn van deze intentie blijkt uit de notariële schenkingsakte.

Ten slotte zijn nog de volgende kanttekeningen van belang.

1. Ook de verkrachter buiten het huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt de juridische vader, omdat hij de geslachtsdaad heeft verricht waarvan hij wist dan wel behoorde te weten dat deze tot de verwekking van een kind zou kunnen leiden. Alleen in dit geval en in het geval van de instemmende levensgezel prevaleert het 'weten' boven het 'willen'.
2. In de oude definities heeft de term 'biologisch' betrekking op de genetische verwantschap tussen ouder en kind. Hier is dus de biologische

vader niet gelijk aan de verwekker! De biologische vader is de genetische vader.

3. In de nieuwe definities heeft de term ‘biologisch’ betrekking op de eigen lichamelijke activiteit van beide ouders, zodat de biologische vader de verwekker en dus ook de genetische vader is.

Nota bene. Dit is dus in de huidige wetgeving duidelijk anders. Volgens de gebruikelijke definities is er bij KI en IVF geen ‘verwekker’ (er wordt immers geen geslachtsdaad verricht; de verwekker is namelijk de man die het kind op natuurlijke wijze, dus door middel van geslachtsgemeenschap, doet ontstaan), maar wél een ‘verwekking’, te weten een gebeurtenis (de kunstmatige inseminatie of de in-vitrofertilisatie) die de bevruchting en de zwangerschap veroorzaakt. Kortom: een verwekking zonder verwekker!

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
ADOC	Adoptie Driehoek Onderzoeks Centrum (Universiteit Leiden)
appl.nr.	applicatienummer (bij EHRM-jurisprudentie)
ASAA-protocol	Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen protocol
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
c.s.	cum suis
diss.	dissertatie
DNA	deoxyribonucleic acid = desoxyribonucleïnezuur
d.w.z.	dat wil zeggen
ECLI	European Case Law Identifier
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
etc.	et cetera
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FIOM	Federatie van Instellingen voor de Ongehuwde Moeder en haar kind
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
GW	Grondwet
HIV	Human Immunodeficiency Virus
HR	Hoge Raad
ICSI	intracytoplasmatische spermatozoön injectie
IUD	intra uterine device ('spiraaltje')
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVF	in-vitrofertilisatie
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind
jo./jis.	juncto/junctis
KID	kunstmatige inseminatie met donorzaad
KIE	kunstmatige inseminatie met zaad van de echtgenoot
KIK	kunstmatige inseminatie met zaad van een kennis (bekende donor)
KIP	kunstmatige inseminatie met zaad van de partner
LED-verlichting	Light Emitting Diode-verlichting
LIR	Landelijke Infertiliteit Registratie (stichting onder de NVOG)
LUMC	Leiden Universitair Medisch Centrum

M/M	man/man
m.nt.	met noot
M/V	man/vrouw
NAS	Nederlandse Adoptie Stichting
NAW	naam, adres en woonplaats
NB	nota bene
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer(s)
NVOG	Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie
p.	pagina('s)
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
r.-k.	rooms-katholiek
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SGP	Staatkundig Gereformeerde Partij
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
t/m	tot en met
Trb.	Tractatenblad
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
UCERF	Utrecht Centre for European Research into Family law
UvA	Universiteit van Amsterdam
UVRM	Universele Verklaring van de rechten van de mens
VARA	Vereeniging Arbeiders Radio Amateurs
vert.	vertaler/vertaalster
VN	Verenigde Naties
VS	Verenigde Staten van Amerika
VUmc	Vrije Universiteit medisch centrum
V/V	vrouw/vrouw
VWS	ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Wdkb	Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting
Wobka	Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZonMW	Zorg onderzoek Nederland Medische wetenschappen

Inleiding

Twee grote en oude wetenschappen gaan gebukt onder een grote last: de rechtswetenschap en de medische wetenschap. Bij beide wetenschappen is het vaak niet het belangrijkste wat of hoe iets is, maar wat men ervan vindt. Of anders gezegd: het is niet de vraag of iets kan, maar of iets mag.

In de medische wetenschap speelt de medische ethiek een grote rol in het handelen of niet handelen van de medicus. Iets kan medisch mogelijk zijn, maar medisch ethisch niet verantwoord of niet acceptabel. Hierbij kan gerefereerd worden aan een artikel van Nuytinck, waarin hij over de erkennende vrouw en de barende man schreef.⁵ Hierin beschreef hij de mogelijke veranderingen in het familierecht na de inwerkingtreding van de Wet transgenders. Puur theoretisch zou een baarmoedertransplantatie in het lichaam van een man mogelijk zijn. Puur theoretisch zou de gehele hormoonhuishouding ook extern kunnen worden geregeld. En puur theoretisch zou het kind dan door een keizersnede geboren moeten worden. Het moge duidelijk zijn dat al deze massieve ingrepen in de natuur, met de daarbij behorende risico's, niet alleen medisch-ethisch ongewenst zijn, maar ook medisch onverantwoord zijn. Later wordt hier nog uitgebreid op teruggekomen.

In de rechtswetenschap speelt ook de mening van de samenleving een grote rol.

De last heeft hier de naam 'goede zeden' of de 'openbare orde' (zie art. 3:40 BW, dat op grond van art. 3:59 BW buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing is, dus bijvoorbeeld ook in het personen- en familierecht).

Door de samenleving worden normen gesteld en tegen deze normen wordt het recht afgemeten. Niet alleen de samenleving en dus de normen veranderen voortdurend, maar ook verschillen deze normen van land tot land. Als voorbeeld mogen dienen de abortus, het homohuwelijk en nu het draagmoederschap, waarover ook nu de verschillende samenlevingen, zelfs rondom Nederland, nog anders denken.

De openbare orde en de goede zeden worden bepaald door de samenleving als geheel. Dit betekent altijd dat de meerderheid beslist wat passend is. En dat maakt het spreken en schrijven over het draagmoederschap zo moeilijk. Wat zeggen de moraaltheologen hierover? En de mannen en vrouwen die bewust voor het celibaat hebben gekozen? En wat zeggen de ethici die een eigen gezin met

⁵ Nuytinck 2010, p. 8-10.

kinderen hebben? En vooral: wat zeggen veel mannen en vrouwen erover die zelf al kinderen hebben? Al deze mensen bij elkaar vormen in Nederland de meerderheidsmening. In dit verband spreekt de jurist over de opvattingen in het maatschappelijk verkeer, kortweg: de verkeersopvattingen.

Maar hoe denken de minderheid, de kinderloze heteroseksuele, de homoseksuele paren en de eenlingen? Leidt het gebruik, of eigenlijk misbruik, van begrippen als openbare orde en goede zeden in deze voor de betrokken mensen zo ingrijpende levenswens niet tot een vorm van discriminatie die eigenlijk grondwettelijk verboden is?

Dit proefschrift is een poging om waardevrij over het ouderschap te schrijven, dus zonder de emoties die direct opwellen bij het denken en spreken over zaken betreffende leven (en dood). Het gaat om een koel analyseren welke plaats de mens in de natuur heeft en hoe de mens tot stand komt.

De samenleving verandert en met de samenleving veranderen ook de normen en de behoefte aan regelgeving. Dit leidt tot continue processen van aanpassing en uitbreiding. Een vluchtige blik op de huidige geconstrueerde wetgeving wekt de indruk van een goed doortimmerd huis. Bij nader onderzoek blijken aan het hoofdgebouw allerlei nieuwe kleine gebouwtjes te zijn aangebouwd, iedere keer door andere architecten ontworpen en door andere aannemers gebouwd. Soms heeft men de moeite genomen om enkele kamers af te breken (zie het grote aantal vervallen wetsartikelen); een andere keer heeft men de kamer met serres uitgebouwd (zie de wetsartikelen die noodgedwongen een letter – soms zelfs twee letters! – in het artikelnummer behoeven). Delen van het oude huis hebben nog de olijfolieverlichting uit de begintijd, bijvoorbeeld de regel ‘mater semper certa est’, andere vertrekken vertonen al de modernste LED-verlichting: o.a. adoptie, homohuwelijk, lesbisch ouderschap en introductie van de praktisch volledige seksneutraliteit.

Dat er diverse tekortkomingen in de gestage stroom van familierechtelijke wetsvoorstellen en wetten voorkomen, werd al door Waaldijk in 2000 gesteld.⁶

Ter adstructie volgen hier enige voorbeelden.

- Een inconsistente gedachtegang in de wetgeving blijkt in art. 1:199, onder b, BW.

Van het kind dat is geboren binnen 306 dagen vóór het overlijden van de echtgenoot of geregistreerde partner, is deze man de vader. Indien echter vaststaat dat sedert de 306^e dag vóór de geboorte beide echtgenoten of geregistreerde partners geen seksueel verkeer meer met elkaar hebben gehad, kan de overleden echtgenoot of geregistreerde partner niet de vader zijn. Op grond van art. 1:199, onder b, BW **kan** de vrouw verklaren dat haar overleden echtgenoot of geregistreerde partner niet de vader van het kind is. Terwijl de

6 Waaldijk 2000, p. 125.

- overleden echtgenoot of geregistreerde partner de vader **niet** kan zijn, wordt aan de vrouw wél overgelaten of zij haar overleden echtgenoot of geregistreerde partner, die geen erfelijk materiaal heeft geleverd en geen intentie heeft kunnen hebben gehad om vader te worden, vader van het kind wil maken.
- Art. 1:200 BW noemt de gerechtigden tot het verzoek tot ontkenning van het vaderschap. Lid 5 betreft de overleden echtgenoot of geregistreerde partner. Het verzoek wordt door de vader ingediend (bij de rechtbank) binnen één jaar nadat **hij** bekend geworden is met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is. De echtgenoot of geregistreerde partner is overleden en het ligt in de rede dat hij daarna nooit bekend zal worden met dit feit. Maar de in art. 1:201 lid 1 BW genoemde personen zouden nog wel een verzoek kunnen doen tot ontkenning, omdat de echtgenoot duidelijk overleden is vóór het verstrijken van de termijn van één jaar, maar niet is voldaan aan de voorwaarden van art. 1:200 lid 5 BW, namelijk dat hij kennis draagt van het feit. Op grond van deze twee artikelen zouden bloedverwanten geen verzoek tot ontkenning kunnen indienen, dat met name voor wat betreft het erfrecht tot bepaalde consequenties kan leiden.

Het bezwaar tegen de redactie van deze twee artikelen is de onduidelijkheid. De vader moet binnen één jaar nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind, een verzoek indienen tot ontkenning. Dit is duidelijk, maar nu het probleem van de overleden vader. Volgens de wettekst van art.1:201 lid 1 BW moest de overleden vader een vermoeden hebben, anders kan hij niet overlijden vóór de afloop van de in art. 1:200 lid 5 BW gestelde termijn. Immers, de termijn begint met het ontstaan van het vermoeden. Door het noemen van de termijn in art.1:201 lid 1 BW wordt geïmpliceerd dat alle in dit artikel genoemde personen geacht worden te weten:

- dat de overleden vader een vermoeden had;
- dat hij voornemens was een verzoek tot ontkenning in te dienen; maar
- dat hij, helaas, door een onverwacht overlijden zijn voornemen niet tot uitvoer heeft kunnen brengen.

Het is onduidelijk op welke manier de eerder genoemde personen hun kennis van deze vermoedens na het overlijden van de vader moeten bewijzen. Vooral belangrijk is de vraag of de nog in leven zijnde vader werkelijk het voornemen had om een verzoek in te dienen. Deze bedrogen, maar zeer plichtsgetrouwe vader kan in het belang van ‘zijn’ kind wel eens hebben willen afzien van een verzoek tot ontkenning.

Daarnaast vindt een (maximale) verlenging van de termijn met bijna één jaar plaats.

De genoemde personen moeten met schriftelijk bewijs dan wel met DNA van de intussen begraven of gecremeerde vader het vermoeden van deze vader onderbouwen.

Overigens is na crematie DNA-onderzoek van de as uiteraard niet meer mogelijk. DNA-materiaal dat tijdens leven is achtergelaten, zoals in de casus van notaris Postma, die weliswaar was gecremeerd, maar van wie DNA-materiaal was achtergebleven op door hem bevochtigde likranden van enveloppen die bewaard waren gebleven, kan wel als bewijsmateriaal worden gebruikt.⁷

Bovendien vertonen beide artikelen een verschil in belanghebbenden.

De vader wordt geacht nooit de vader te zijn geweest, dus hij heeft geen rechten, maar ook geen verplichtingen vanwege het juridisch vaderschap. De in art.1:201 lid 1 BW genoemde personen hebben slechts een eigen belang: het ontkende kind verliest zijn erfrechten ten gunste van de verzoekers.

- Art. 1:198 lid 2 BW geeft aan de echtgenote of geregisteerde partner van de vrouw of art. 1:199, onder b, BW geeft aan de huidige echtgenoot of geregisteerde partner van de vrouw, gehuwd of een geregistreerd partnerschap aangegaan na de geboorte, niet het recht om het kind te erkennen, als de vrouw niet verklaart dat haar overleden echtgenote, echtgenoot of geregisteerde partner niet de moeder of vader van het kind is. Een eventuele erkenning is nietig op grond van art. 1:204 lid 1, onder e, BW: er zijn al twee ouders.

Ook door Nuytinck werd het rommelig karakter van wetgeving met de mantel der liefde toegedekt, toen hij in zijn conclusie over het conceptwetsvoorstel lesbisch ouderschap stelde dat het voor de wetgever niet altijd even gemakkelijk was om seksneutraliteit consequent op dezelfde wijze door te voeren in alle relevante bepalingen.⁸

Als voorbeelden vermeldde hij het inconsequente gebruik van de woorden ‘vaderschap’ en ‘moederschap’ naast ‘ouderschap’ en de woorden ‘man’ en ‘vrouw’ naast de seksneutrale vorm ‘persoon’. Zijn opmerking over het verzuim dat in het conceptwetsvoorstel in art. 1:202a lid 1, aanhef, BW niet de ontkeningsgrond ‘op de grond dat de moeder niet de vrouw is uit wie het kind is geboren’ is opgenomen en dat ook in het nieuwe art. 1:205a lid 1, aanhef, BW de nieuwe vernietigingsgrond ‘op de grond dat de erkener niet de vrouw is uit wie het kind is geboren’ niet is opgenomen, is voor wat de definitieve tekst van de Wet lesbisch ouderschap betreft niet langer valide. In deze wet is de ontkeningsgrond namelijk geworden dat de meemoeder niet de biologische moeder is, zodat eiceldonatie door de meemoeder haar een onaantastbaar moederschap verschaft.⁹

Overigens toont ook de laatste volzin van art. 1:198 lid 2 BW het probleem van het gendervrij formuleren van deze nieuwe wet: ‘was de vrouw (...) hertrouwd of had zij (...) dan is (...) de huidige echtgenoot (...) de ouder van het kind.’ Beter ware het geweest hier dezelfde formulering te kiezen als in de laatste volzin van

7 HR 19 februari 2010, *NJ* 2010/295, m.nt. S. Perrick; *AA* 2010, p. 264-270, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*afwikkeling nalatenschap notaris Postma*).

8 Nuytinck 2010, p. 343-348.

9 Wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 480, p. 3 (art. 1:202a lid 1, aanhef, BW), alsmede Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 179, laatste twee volzinnen.

art. 1:199, onder b, BW: ‘was de moeder op het tijdstip van de geboorte hertrouwd of had zij een nieuw partnerschap laten registreren dan is in dat geval de huidige echtgenoot of geregistreerde partner de vader of, in het geval, genoemd in artikel 198, eerste lid, onder b, de huidige echtgenote of geregistreerde partner de moeder van het kind.’ Uit de redactie van beide artikelen blijkt dat ‘de vrouw uit wie het kind is geboren’ van art. 1:198 lid 2 BW dezelfde is als ‘de moeder op het tijdstip van de geboorte’ van art. 1:199, onder b, BW.

Daarnaast bestaat nog een verwarrend gebruik van bepaalde begrippen.

In art. 1:200 lid 3 BW kan de man het vaderschap, bedoeld onder art. 1:199, onder a en b, BW ook niet ontkennen, indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Hoewel dit lid, analoog aan de art. 1:207 en 394 BW, de mogelijkheid openhoudt dat hier KIE of KID wordt bedoeld, geeft art. 1:200 lid 4 BW de gewenste duidelijkheid. De man die zijn vrouw prostitueert dan wel anderszins toestemming tot overspel geeft, kan het vaderschap niet ontkennen, tenzij hij kan aantonen dat zijn vrouw hem met een ander dan de door hem geaccepteerde persoon heeft bedrogen. Immers, in laatstgenoemde bepaling wordt gesproken over de verwekker, in de betekenis van de huidige wetgeving de persoon die de geslachtsdaad zelf uitvoert, conform art. 1:204 lid 3, slot, BW. In de laatste fase van de totstandkoming van de Wet lesbisch ouderschap is in het derde lid onder b van dit artikel aan de verwekker, onder a, de biologische vader/niet-verwekker toegevoegd. Deze verwekker is dus genetisch verwant met het kind. De biologische vader, o.a. in de art. 1:200 lid 5 en 205 lid 4 BW, moet eveneens genetisch verwant zijn met het kind. De wijze van het tot stand komen van de bevruchting, op natuurlijke wijze of door KIE/KIP (want in art. 1:205 lid 4 BW is geen sprake van een huwelijk of geregistreerd partnerschap), wordt opengelaten. Opvallend is ook het ontbreken van de analoga van de leden 2 en 3 van art. 1:200 BW in het nieuwe art. 1:202a BW. Hoewel het niet direct voor de hand ligt, kan ook de echtgenote of geregistreerde partner ingestemd hebben met een daad naast de in art. 1:198 lid 1, onder b, BW genoemde kunstmatige inseminatie. Ook dan zou zij het duomoederschap niet kunnen ontkennen.

Ondanks het feit dat dit Burgerlijk Wetboek met daarin de titels van Boek 1 die betrekking hebben op deze dissertatie, opnieuw is geredigeerd in de afgelopen dertig jaar, de tachtiger jaren tot en met het eerste decennium van de 21^e eeuw, zijn veel van de oude ingrediënten opnieuw gebruikt.

Dit proefschrift wil ook proberen om de onduidelijkheid en inconsistentie in een aantal wetsartikelen weg te nemen door de afstamming, met name het moment van afstamming, opnieuw te definiëren, namelijk bij het begin, het moment waarop nieuw leven begint, de conceptie.

Degenen die verantwoordelijk zijn voor deze conceptie, middellijk of onmiddellijk, zijn de juridische ouders. Indien er een genetische band tussen deze ouder en de tot ontwikkeling gekomen vrucht bestaat, is deze juridische ouder ook de genetische ouder. A contrario geldt dat de persoon die **niet** verantwoordelijk is

voor de bevruchting, terwijl tussen het ontstane kind en deze persoon wel een genetische relatie bestaat, **niet** de genetische ouder is, maar alleen de donor van het gebruikte erfelijk materiaal. Een en ander zal in het verloop van dit proefschrift verder worden uitgewerkt. Indien deze persoon **wel** verantwoordelijk is, maar deze verantwoordelijkheid niet wil accepteren, kan door een gerechtelijke vaststelling alsnog het juridisch ouderschap worden bepaald. Als deze persoon daarentegen niet verantwoordelijk is, maar wel de verantwoordelijkheid van het ouderschap op zich wil nemen, kan deze persoon bij het voldoen aan bepaalde voorwaarden alsnog juridisch ouder worden. Ook hierover later meer.

Eenzijds ontstaat de eerder genoemde onduidelijkheid door verschillen in waardering van de begrippen ‘genetisch’ en ‘biologisch’. Ter voorkoming van misverstanden moet hier nu duidelijk worden gemaakt waarom de auteur van deze dissertatie van een ander begrippenapparaat gebruik wil c.q. moet maken dan in het huidige recht.

In de systematiek van dit proefschrift is de bekende donor met de schriftelijk vastgelegde wens om vader te worden, de genetische vader. De aanvankelijk anonieme donor, wiens donatie in de Wdkb geregeld is, en de bekende donor die vastgelegd heeft dat hij beslist geen vader wil worden, zijn dan geen genetische vader, omdat er nooit een intentie tot dit vaderschap is geweest. Kortom, de bestaande genetische relatie tussen de twee laatstgenoemde groepen en het kind leidt niet tot een genetisch vaderschap. In de nieuwe definitie is de biologische vader de man die door middel van de geslachtsdaad en dus met zijn eigen erfelijk materiaal een kind verwekt heeft. Deze man is dus de biologische en genetische vader. Hij heeft dit vaderschap gewild.

De wetgever verstaat daarentegen onder de biologische vader de leverancier van het erfelijk materiaal. Weliswaar (en helaas!) blijkt dit niet met zoveel woorden uit de wettekst zelf, maar wél uit alle toelichtende kamerstukken. Als deze ‘leverantie’ heeft plaatsgevonden door middel van geslachtsgemeenschap, is deze biologische vader tevens de verwekker.

Als dus in een concreet geval, zoals in art. 1:207 of 394 BW, geslachtsgemeenschap wél is vereist, vervangt de wetgever ‘biologische vader’ door ‘verwekker’. In art. 1:200 BW kan het gaan om zowel de biologische vader mét geslachtsgemeenschap als de biologische vader zonder geslachtsgemeenschap. Omdat in dit artikel geslachtsgemeenschap niet is vereist, gebruikt de wetgever ‘biologische vader’ en niet ‘verwekker’. De instemmende man van art. 1:200 lid 3 BW is de echtgenoot of geregistreerde partner die heeft ingestemd met hetzij KIE, hetzij KIP, hetzij KID, hetzij overspel. Hij kan dus best tevens de biologische vader zijn, te weten in geval van KIE of KIP, maar dit hoeft niet, te weten in geval van KID of overspel. Dat deze echtgenoot of geregistreerde partner in geval van KIE of KIP niet kan ontkennen, is logisch, omdat hij in dat geval juist wél de biologische vader is en dus niet aan de ontkeningsgrond van art. 1:200 lid 1, aanhef, BW is voldaan. In geval van KID of overspel is de echtgenoot of geregistreerde partner weliswaar niet de biologische vader, maar kan hij toch niet ontkennen, juist omdat hij heeft ingestemd met KID of overspel. In geval van KIE of KIP zou men dus ook kunnen zeggen dat men niet toekomt aan het instemmen met een daad als bedoeld in art. 1:200 lid 3 BW, omdat ontkenning reeds afstuit op art. 1:200 lid 1, aanhef, BW; de echtgenoot of geregistreerde partner is immers wél de biologische vader.

In de huidige wet is de donor, die doorgaans geen geslachtsgemeenschap heeft gehad met de vrouw uit wie het kind is geboren, dus wél de biologische vader, maar niet de verwekker. Met andere woorden: de verwekker is altijd tevens de biologische vader, maar de biologische vader is niet altijd tevens de verwekker. Dat deze onduidelijkheid wel tot onbegrip moet leiden, moge o.a. blijken uit de Memorie van Antwoord bij wetsvoorstel 33 032 in de Eerste Kamer, waarin staatssecretaris Teeven onder nr. 1.5 het huidige afstammingsrecht uitlegt.¹⁰ Onder het kopje ‘het kind heeft alleen een moeder’ (p. 5, laatste alinea) schrijft hij: ‘Als twee personen, onder wie de biologische vader, aanspraak maken op het juridisch ouderschap, kan de biologische vader aan de rechter verzoeken om vervangende toestemming voor erkenning.’ Ook in de daarop volgende volzinnen wordt slechts over de ‘biologische vader’ geschreven. Hoewel deze tekst volledig aansluit bij de intenties van deze dissertatie, kon volgens de redactie van art. 1:204 lid 3 BW in het toen vigerende afstammingsrecht alleen de verwekker om vervangende toestemming verzoeken. Zoals boven al vermeld: de verwekker is altijd de biologische vader, maar de biologische vader is niet altijd de verwekker. Overigens is in de Wet lesbisch ouderschap de zaaddonor (*in de wettekst: de biologische vader, niet verwekker*) die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind (in deze dissertatie de genetische vader die zijn geslachtscellen heeft laten gebruiken om tot een gewenst vaderschap te komen), in art. 1:204 lid 3 BW met de verwekker gelijkgesteld.

Indien in deze dissertatie de term ‘genetisch’ wordt gebruikt, betreft dit de genetische relatie tussen het kind en de ouder die het ouderschap gewild heeft. De term ‘biologisch’ zegt dan iets over de aard van het proces. De biologische vader heeft de geslachtsdaad uitgevoerd. De biologische moeder heeft de geslachtsdaad uitgevoerd en/of heeft voor zichzelf het kind gebaard. Het verschil in de betekenis van het begrip ‘biologisch’ voor de man en de vrouw wordt natuurlijk bepaald door de fysiologie van beiden. In het huidige recht is voor de benoeming tot biologische moeder al voldoende dat de vrouw het kind heeft gebaard.

Anderzijds moet de eerder geponeerde stelling dat in het algemeen voor ouderschap, moederschap en vaderschap een intentie tot dit ouderschap aanwezig moet zijn, een andere grond tot mogelijke onduidelijkheid wegnemen.

Alleen deze intentie maakt de desbetreffende persoon die gebruik maakt van alternatieve voortplantingstechnieken, juridisch ouder.

Een draagmoeder en een donor zijn dus per definitie geen ouder, geen biologische of genetische ouder. Een vrouw die een kind baart dat zij gewild heeft en dat met haar eigen eicel is ontstaan, is de biologische moeder, het kind is uit haar geboren, en tevens de genetische moeder en de juridische moeder. Mogelijk ten overvloede zij hier opgemerkt dat de meeste, maar niet alle vrouwen het kind ook daadwerkelijk gewild hebben. Dit in tegenstelling tot alle kinderen die worden geboren via alternatieve voortplantingstechnieken.

Een vrouw die een kind baart dat zij gewild heeft en dat met een haar geschonken eicel is ontstaan, is de biologische moeder, het kind is immers uit

¹⁰ MvA, *Kamerstukken I 2012/13, 33 032, C, p. 5.*

haar geboren, maar zij is niet de genetische moeder, want de eikel en dus het genetisch materiaal is van een andere vrouw die niet de genetische moeder is, omdat zij geen intentie had om moeder te worden. Het kind heeft dus alleen een biologische moeder. En zij is ook de juridische moeder.

Een vrouw die een kind baart voor een ander, omdat zij zelf niet (meer) de intentie heeft om moeder te worden, is niet de biologische moeder ondanks het feit dat het kind uit haar wordt geboren.

1. Indien de conceptie tot stand is gekomen met de eikel van deze draagmoeder, is zij niet de genetische moeder; zij is namelijk geen moeder, omdat zij geen intentie tot dit moederschap had. Zij is alleen de donor van het genetisch materiaal. Het kind heeft geen biologische en genetische moeder. De wensmoeder is de juridische moeder.
2. Indien de conceptie tot stand is gekomen met de eikel van de wensmoeder, is de draagmoeder nog steeds geen biologische of genetische moeder. Het kind heeft wel een genetische moeder, namelijk de wensmoeder, die haar eikel gebruikt heeft om tot de conceptie te geraken. En zij is dus ook de juridische moeder.

Een vrouw die haar eicellen schenkt zonder de intentie om moeder te worden, wordt dus *nooit* de biologische moeder, ook al wordt eventueel het kind uit haar geboren, én *nooit* de genetische moeder ondanks het feit dat het erfelijk materiaal van haar afkomstig is. En zij wordt geen juridische moeder. Het vereiste van de intentie tot moederschap ontbreekt.

Voor de volledigheid: een wensmoeder die voor de conceptie een aan haar geschonken eikel gebruikt en voor de zwangerschap gebruik maakt van een draagmoeder, wordt geen biologische en geen genetische moeder, maar wel de juridische moeder.

Tot zover de vrouw.

Een man die door middel van de geslachtsdaad een bevruchting, uitmondend in de geboorte van een kind, tot stand brengt, is de biologische, genetische en juridische vader.

Een man die door middel van kunstmatige inseminatie met zijn eigen zaad een bevruchting, uitmondend in de geboorte van een kind, tot stand brengt, is de genetische en juridische vader.

Een man die door middel van kunstmatige inseminatie met door een ander aan hem geschonken zaadcellen een bevruchting, uitmondend in de geboorte van een kind, tot stand brengt, is noch de biologische, noch de genetische vader, maar wel de juridische vader.

Een man die zijn zaadcellen schenkt zonder de intentie om vader te worden, wordt *nooit* juridische vader, geen biologische én geen genetische vader.

In dit eenvoudige schema zit een gevoelige plek: de verkrachter!

Hoewel deze persoon niet geacht wordt de biologische geslachtsdaad uit te voeren met de bedoeling om juridisch ouder te worden, moet hij toch als juridisch

ouder worden aangemerkt, omdat hij wist, althans behoorde te weten, dat zijn uit vrije wil gepleegde daad tot een zwangerschap zou kunnen leiden. Daar de verwachting gerechtvaardigd is dat deze visie betreffende het juridisch ouderschap van de verkrachter aanleiding geeft tot heftige emoties, vooral in relatie met de verkrachte vrouw, wordt daar later uitgebreid in hoofdstuk 12 op teruggekomen.

De nieuwe visie op de afstamming heeft consequenties voor het afstammingsrecht. Niet langer worden adagia of ficties gehanteerd, maar er wordt gekeken naar welke personen verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van dit kind. Deze personen zijn de juridische ouders in het afstammingsrecht. Dit proefschrift is vooral gefocust op de Nederlandse situatie. Hoofdstuk 14 bevat een proeve van aangepaste wetgeving. Mogelijk volkomen overbodig is hier de vermelding dat deze veranderde visie, na acceptatie, natuurlijk ook doorwerkt in het in Nederland toelaten van kinderen die in het buitenland uit gelegaliseerde draagmoederschappen worden geboren. Immers, met het verlaten van het adagium ‘mater semper certa est’ vervalt de ‘openbare orde-exceptie’, die op dit moment verhindert dat deze kinderen als Nederlanders tot Nederland worden toegelaten. Op de consequenties van deze openbare orde-exceptie wordt in de hoofdstukken 8 en 11 ingegaan.

Bij het schrijven van een dissertatie dient men zich altijd af te vragen of de voorgestelde veranderingen verbeteringen zijn ten opzichte van de huidige regels. Dit proefschrift is een poging om dit te bewijzen.

Een tweede vraag is dan voor wie de voorgestelde veranderingen belangrijk zijn.

Wat is de maatschappelijke relevantie van deze voorstellen?

Het antwoord kan kort zijn. De veranderde visie is van belang:

1. voor alle personen die op dit moment hun gerechtvaardigde verlangen om een gezin te stichten niet in vervulling zien gaan;
2. voor alle kinderen die tot nu toe geen twee juridische ouders kunnen hebben op grond van juridische beletselen.

In de beginfase heeft het onderzoek zich beperkt tot het zoeken naar auteurs die eventueel dezelfde biologische én juridische link in de afstamming hebben beschreven. Zijn de hier geponeerde ideeën wel controversieel, maar niet nieuw? Niet eerder is de verschuiving van de oorsprong van het juridische ouderschap van de geboorte naar het moment waarop twee personen de intentie hebben om met de hun ter beschikking staande geslachtscellen een bevruchting te bewerkstelligen, beschreven.

Dit verklaart de gekozen volgorde van de hoofdstukken. Dit proefschrift is opgebouwd uit drie hoofdblokken, drie bijblokken en een belangrijke irriterende ‘appendix’.

Gezien het belang dat de schrijver hecht aan een helder begrip voor het herkennen van het door hem benoemde moment van ontstaan van het ouderschap,

heeft hij zich hier beperkt tot het memoreren van mogelijk bij iedereen bekende biologische, embryologische en anatomische feiten. Ook in dit stadium bestond derhalve geen directe noodzaak tot onderzoek. Het eerste hoofdblok betreft het ontstaan van een kind en de relatie tussen dit kind en zijn ouders. Deze relatie is belangrijk voor de interpretatie van het begrip afstamming.

- Hoofdstuk 1 beschrijft de totstandkoming van nieuwe individuen in het algemeen en van een kind in het bijzonder.
- Hoofdstuk 2 is het fundament van de nieuwe visie. In tegenstelling tot voortplanting in de vrije natuur moeten bij het ontstaan van een kind twee personen een daad verrichten, waardoor twee ongelijksoortige geslachtscellen met elkaar kunnen versmelten.
- Hoofdstuk 3 beschrijft de alternatieven als één of beide personen wel de intentie, maar niet de fysiologische mogelijkheid hebben om tot de ‘verwekking’ van een kind te geraken. Eén of beide ouders zijn niet genetisch verwant met hun kind.

Het tweede hoofdblok beschrijft op welke wijze één of beide personen zonder zelf een kind gebaard te hebben, toch nog ouder kunnen worden.

- Hoofdstuk 4 handelt over de situatie waarbij een vrouw voor een andere persoon een kind baart. De problemen met de huidige wetgeving worden benoemd. Verder wordt aandacht geschonken aan de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst.
- Hoofdstuk 5 heeft betrekking op de overgang van het ouderschap van de oorspronkelijke ouders op de nieuwe adoptiefouders.
- Hoofdstuk 6 beschrijft twee complementaire onderwerpen. In het huidige recht wordt geaccepteerd dat een kind geen vader heeft. Zowel bij een geslaagde ontkenning van het vaderschap als bij het zwanger worden van de vrouw door een ‘onbekende’ man wordt het kind geacht geen vader te hebben. Met de erkenning krijg het kind alsnog een juridische vader.

Het derde hoofdblok gaat dieper in op de fysiologische en juridische problemen die personen hebben om hun kinderwens te realiseren.

- Hoofdstuk 8 gaat vooral over de ongewilde kinderloosheid van heteroseksuele paren.
- Hoofdstuk 9 bespreekt de juridische problemen van homoseksuele paren om hun kinderwens in vervulling te laten gaan. Speciale aandacht wordt hier geschonken aan de Wet lesbisch ouderschap, waarbij voor de homoseksuele vrouwelijke paren (lesbische paren) wél een oplossing is gezocht, maar niet voor de homoseksuele mannelijke paren.

Het eerste bijblokje, hoofdstuk 7, maakt duidelijk dat de nieuwe visie op de afstamming geen consequenties heeft voor het ontstaan van het ouderlijk gezag.

Het tweede bijblok, hoofdstuk 10, beschrijft de visie van de auteur hoe omgegaan zou moeten worden met het recht van het kind op afstammingsinformatie, met speciale aandacht voor de veranderde afstamming ten gevolge van de in deze dissertatie geponeerde nieuwe visie.

Het derde bijblok, hoofdstuk 11, beschrijft de totstandkoming van de legalisering van het 'homohuwelijk', gebaseerd op de gelijke rechten voor iedereen, ongeacht zijn geaardheid, gegarandeerd in de Grondwet. De juistheid van deze beslissing wordt door steeds meer landen erkend. In dit rechtsvergelijkende onderdeel wordt aangetoond dat talrijke andere landen verder zijn gegaan in de acceptatie en legalisering van het draagmoederschap.

De belangrijke appendix, hoofdstuk 12, is opgenomen, omdat bij de beoordeling van de positie van de verkrachter vooral de morele verontwaardiging de bovenaan lijkt te voeren. De schrijver van deze dissertatie deelt deze verontwaardiging met een ieder, maar deze gedeelde verontwaardiging verandert niets aan de juridische relatie tussen deze man en het eventueel verwekte kind.

Na het hoofdstuk 'Besluit' volgt het belangrijkste deel van deze dissertatie. Gebaseerd op de naar voren gebrachte nieuwe visie op de afstamming, worden nieuwe wetsartikelen geformuleerd. Haast vanzelfsprekend mag worden verondersteld dat, waar nodig, deze artikelen gendervrij zijn. In de Grondwet wordt geen onderscheid gemaakt naar de geaardheid van personen. In de verschillende familierechtelijke artikelen wordt daarom consequent de geaardheid (en ook de relatievorm) van de actoren buiten beschouwing gelaten.

1 | Het begin

1.1 Het ontstaan van nieuw leven

Dit proefschrift zou kunnen beginnen met het boek Genesis uit het Oude Testament of met vergelijkbare hoofdstukken uit boeken en geschriften uit andere culturen, die ook het begin van de schepping beschrijven. Al zeer lang is de mens geïnteriseerd geweest in zijn ontstaan en heeft hij daarvoor een verklaring gezocht. In dit perspectief gezien is het niet verwonderlijk dat ook in de moderne samenleving mensen zoeken naar hun oorsprong, weliswaar wat dichterbij maar toch. Of het overigens dezelfde motieven betreft, wordt in een later hoofdstuk besproken.

Voor het vervolg van dit proefschrift is het niet nodig om te kiezen tussen de schepping, een Schepper of de evolutie. Op dit ogenblik staat vast dat alles wat op de wereld leeft, ontstaan is door evolutieve processen, waarbij verliesmutaties leiden tot het sterven van en winstmutaties leiden tot het overleven van een organisme. Verlies- en winstmutaties zijn toevalligheden bij het delen van miljarden cellen in miljarden jaren. Anders gezegd: het organisme kan niet kiezen voor een winstmutatie, omdat dit zijn kansen vergroot. Bij de meeste delingen ontstaan identieke nieuwe cellen, soms cellen met een winstmutatie of met een verliesmutatie. Bij veranderde leefomstandigheden zullen de cellen met de winstmutatie de grootste kans hebben om te overleven; de waardering van ‘winstmutatie’ impliceert reeds de betere kans.

1.2 De geslachtelijke voortplanting

In de evolutie heeft op enig moment naast het eenvoudig delen, ‘klonen’, ook een vermenging van verschillende cellen plaatsgevonden, waardoor de diversiteit in organismen enorm is toegenomen. Eigenlijk is dit het allerbelangrijkste moment in de lange ontstaansgeschiedenis van de mens. Voor het eerst voegden zich twee cellen samen tot een nieuwe cel met eigenschappen van beide oude cellen. Waarom is deze constatering zo belangrijk? Zij laat duidelijk zien dat het ontstaan van een nieuw organisme het gevolg is van het samensmelten van twee verschillende cellen. In al die miljarden jaren zijn de organismen, alles wat leeft, geëvolueerd tot wat men nu kent als de huidige planten-, dieren- en mensenwereld. Maar aan het ontstaansproces is niets veranderd. Ook nu wordt een

nieuwe plant, dier of mens gevormd uit het samensmelten van twee verschillende geslachtscellen.

Let wel: een nieuwe plant, dier of mens. Het is nog steeds mogelijk om volledig identieke organismen te krijgen door bijvoorbeeld stekken of klonen. Het wonder van de voortplanting, van het voortleven van de soort, ligt dus in het samensmelten van de geslachtscellen en de daaropvolgende delingen. Verder bleken bij bepaalde soorten de overlevingskansen te zijn vergroot als door wederom talrijke winstmutaties het nieuwe, opgroeiende, organisme beter werd beschermd tegen de 'vijandige' buitenwereld. Ook de complexiteit van het nieuwe individu 'leidde' evolutief tot een betere verzorging.

Deze veranderingen in het voortplantingsproces zijn duidelijk te zien in:

- a. het simpele samensmelten van mannelijke en vrouwelijke geslachtscellen tot vruchten bij o.a. planten en bomen, die zaden worden genoemd en die vervolgens in een voedingsbodem terechtkomen waarin ze tot ontwikkeling moeten komen;
- b. de diersoorten waarbij na de samensmelting eieren worden geproduceerd, tot uiteindelijk
- c. de groep van de zoogdieren waartoe ook de mens behoort, waarbij de mannelijke zaadcel met de vrouwelijke eicel samensmelt en een zygote vormt, die na enkele delingen als embryo zich innestelt in een daartoe voorbereide lichaamsholte, de baarmoeder of uterus.

1.3 De conceptie of bevruchting

Voor een goed begrip voor het ontstaan van nieuw leven volgt nu nog een belangrijke opmerking. Voor de bevruchting is het nodig dat de twee gameten met elkaar in contact komen, anders is de kans op samensmelting nihil. In de statische natuur, planten, bomen etc., vindt een passieve bevruchting plaats. Behalve in sprookjes zijn deze soorten niet in staat zich zo te bewegen dat zij tot de primitieve 'geslachtsdaad' komen. In de evolutie hebben de wind en de insecten zich als intermediair 'aangeboden'. Daar de kans op bevruchting van zeer veel onzekere factoren afhankelijk is, heeft de natuur voor een enorme redundantie gezorgd. In de dierenwereld pleegt de voortplanting gerichter te verlopen. In de genen ligt de drang tot voortplanten opgesloten. Hiervoor zijn de verschillende diersoorten verschillend ingericht, maar in alle gevallen wordt een actieve daad verricht. Vaak wordt gezegd: in de natuur hebben alle levende organismen maar één doel: zich voortplanten.

Kortom, de geslachtsdaad is genetisch geprogrammeerd. Hoewel de mens algemeen beschouwd wordt als de (voorlopige) kroon op de evolutie, zijn er voor wat de voortplanting betreft tussen de mens en de grote groep zoogdieren, waartoe nu eenmaal ook de mens behoort, in heel veel opzichten nauwelijks verschillen. Derhalve moeten, of eigenlijk is het correcter hier te schrijven: moesten, mensen de geslachtsdaad bedrijven om zich voort te planten. Om nageslacht te krijgen, moeten mensen een actie ondernemen.

En op dit moment begint in de optiek van de schrijver van deze dissertatie het recht:

Twee mensen plegen een daad of - in juridische termen ook gelijkwaardig - laten een daad plegen, die een bevruchting en het creëren van nieuw leven tot doel heeft.

Bij de intellectuele mens is het daarbij minder van belang of er al dan niet een bedoeling aanwezig is. Het weten, of althans het kunnen weten, dat deze daad tot een bevruchting kan leiden, is al voldoende voor het recht.

Het argument om de bevruchting, de samensmelting van twee geslachtscellen, als het ultieme moment van ontstaan van nieuw leven aan te nemen wordt niet alleen ondersteund door het feit dat de latere gebeurtenissen, de innidatie (innesteling) en de partus (de geboorte) niets aan de vrucht hebben toegevoegd, anders dan de natuurlijke ontwikkeling, maar ook door het simpele feit dat zowel de innesteling als de daaruit volgende zwangerschap en geboorte volledig van het toeval afhangen, zonder de wil van de actoren in het proces.

Sterker nog: zelfs op dit moment, waarop de medische wetenschap in staat is met technische ingrepen een zeer hoog aantal bevruchtingen extra-uterien, in vitro, te bewerkstelligen, moet na de embryotransfer altijd maar worden afgewacht of er ook een geslaagde innesteling plaatsvindt en of hierna ook de zwangerschap met een geboorte eindigt.

Bovenstaand relaas heeft slechts één doel: het duidelijk maken dat de geboorte van de mens eigenlijk bovenwaardig wordt gewaardeerd en dat dit ook zijn neerslag vindt in de wet- en regelgeving. Niet het zichtbaar worden van het kind bij de geboorte, het uitkomen van het ei of het boven de grond komen van de zaailing zijn de belangrijkste momenten. Dit zijn wel de enig zichtbare momenten. Het belangrijkste moment is de bevruchting, de samensmelting van de twee gameten. Dit is het moment waarop een nieuw individu wordt geconcipieerd.

Op dit 'moment suprême' moet de wet- en regelgeving zich richten. Vanaf dit ogenblik ontstaat er een zygote, die door celdeling een embryo wordt.

In vivo, dus onder normale omstandigheden, nestelt dit embryo zich in de door de natuur voorbereide baarmoeder. In vitro, dus buiten de baarmoeder, kan een bevruchting tot stand worden gebracht en kan in een goede voedingsbodem het ontstaan van een embryo worden gezien. Ook dit embryo moet weer in een voorbereide uterus worden teruggeplaatst.

1.4 De innesteling, nidatie of innidatie

Alle vruchten (zaden), eieren en embryo's hebben een voedingsbodem nodig om te groeien; vruchten gebruiken de aarde, de eieren leggende dieren leveren in het ei met eigeel en eiwit reeds de benodigde voedingsbodem mee, en de zoogdieren hebben een daarvoor gespecialiseerde lichaamsholte, de uterus. Voor het tot

ontwikkeling komen van deze vruchten zijn voor iedere soort specifieke temperaturen vereist. Ook de tijd van de ontwikkeling van de vrucht tot een zelfstandig nieuw individu is soortspecifiek. En nu komt de derde fase in beeld.

Het zaadje komt boven de grond, wordt zichtbaar en gaat zich ontwikkelen tot een nieuwe plant of boom.

Het ei komt uit, een nieuwe vogel, insect, reptiel verlaat het ei en is meestal direct op zichzelf aangewezen.

Na de specifieke zwangerschapsperiode verlaat ook de zoogdiervrucht zijn 'voedingsbodem' en wordt geboren.

In tegenstelling tot veel van de eerder genoemde groepen is deze pasgeboren vrucht volkomen afhankelijk en moet door de zorg van anderen, meestal de moeder, een 'tante' of 'tantes' of door anderen worden grootgebracht tot een zelfstandig individu.

De grotere kans op verlies van 'vruchten' in de eerste twee genoemde groepen door de slechtere omstandigheden heeft, zoals eerder vermeld, geleid tot een enorme redundantie aan vruchten.

Bij aanname dat de levende wereld het resultaat is van voortdurende evolutie, is het ook interessant om zich af te vragen waarom vrouwen maar in een bepaalde periode één, hooguit twee eicellen per maand produceren, terwijl mannen vanaf een bepaalde leeftijd tot aan hun dood zaadcellen produceren. In de evolutie hebben de vrouwen die slechts in een bepaalde tijd vruchtbaar waren, kennelijk een grotere kans gehad om te overleven. Deze laatste opmerking betreft de natuurlijke vruchtbaarheid, zonder medische ingrepen, en zegt niets over de kwaliteit van de verschillende gameten.

De innesteling, de innidatie of nidatie, in de baarmoeder is het moment van ontstaan van de zwangerschap. Bij gebruik van de 'morning after'-pil wordt massief hormonaal ingegrepen in de receptieve status van de uterus, waardoor het embryo óf zich niet kan innestelen óf met het afstoten van het baarmoederslijmvlies wordt uitgedreven. In het laatste geval is dus sprake van een chemisch abortivum. Juridisch gezien vindt bij gebruik van deze pil na de geslaagde innesteling wel degelijk een afbreking van de zwangerschap plaats. Voor alle duidelijkheid zij hier opgemerkt dat het gebruik van een intra-uterien spiraaltje (IUD) tot doel heeft deze innesteling te verhinderen. Een eventueel bevrucht eitje zal zich derhalve niet kunnen innestelen en feitelijk vindt er een 'abortus' van het embryo plaats.

Over dit IUD wordt ook in de Wet afbreking zwangerschap geschreven:¹¹

Art. 1 lid 2 luidt: 'Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt onder het afbreken van zwangerschap niet verstaan het toepassen van een middel ter voorkoming van de innesteling van een bevruchte eicel in de baarmoeder'.

Dit artikellid is medisch onjuist geformuleerd. Zonder innesteling (innidatie) in de baarmoeder komt er geen zwangerschap tot stand. Er is dus geen sprake van afbreken van zwangerschap. Het

11 Wet afbreking zwangerschap, Wet van 1 mei 1981, *Stb.* 1981, 257, in werking getreden op 1 november 1984, houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap.

middel voorkomt een zwangerschap en leidt vervolgens tot de natuurlijke uitdrijving van een bevruchte eicel. Hoewel eigenlijk sprake is van een anti-innidativum, kan het middel feitelijk worden opgevat als een mechanisch abortivum. Van Beers stelt dat de afdrijving van deze nog jonge vrucht wordt gerechtvaardigd, omdat het beschermingswaardige menselijk leven pas begint nadat het embryo in de baarmoeder is ingenesteld.¹² Hierbij verwijst zij naar de eerder genoemde Waz, waarin de innesteling van de vrucht in de baarmoeder als begin van de zwangerschap wordt aangewezen.

Dit laatste is, zoals ook door Leenen beaamd, natuurlijk biologisch juist. Ook zonder menselijk ingrijpen leidt slechts een klein aantal van de geslaagde concepties (bevruchtungen) tot een innidatie met aansluitende zwangerschap. Leenen¹³ en Broekhuijsen-Molenaar¹⁴ ondersteunen de mening van Van Beers dat de innidatie als begin van de zwangerschap moet worden beschouwd. Dit moment zou volgens de eerste twee auteurs dan ook voor de werking van art. 1:2 BW gelden. Asser/De Boer betwist evenwel dit beginpunt en gaat voor de toepassing van art. 1:2 BW uit van het tijdstip van conceptie.¹⁵ Een strikt volgen van dit standpunt zou dan moeten resulteren in een beleid dat erop gericht is het aantal geslaagde innidaties en zwangerschappen te doen toenemen. Immers, op deze manier zouden minder bevruchte eicellen verloren gaan en worden de belangen van deze vruchten door art. 1:2 BW al beschermd. Het juridisch streven klinkt mooi, maar is volledig in strijd met de medische (biologische) mogelijkheden. De door Van Beers geciteerde opmerking van Van der Burg dat 'biologische feiten niet de juridische normen bepalen', ondermijnt de basis van het recht.¹⁶ Hoe vaak zijn ficties belangrijker dan feiten?

In het door Van der Burg gegeven, door Van Beers overtuigend genoemde, voorbeeld wordt gesproken over de diplomaat die in de week vóór zijn overlijden zijn vrouw zwanger maakt. 'Zwanger maken' betekent dat de bevruchte eicel is geïnnideerd, niet dat een conceptie heeft plaatsgevonden. Er is dus geen probleem met art. 1:2 BW. Overigens hebben niet alleen rechtsgeleerde auteurs problemen met het bepalen van het moment waarop de werking van art. 1:2 BW begint. Ook de wetgever weet het soms niet precies. Ter adstructie moge het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg dienen.¹⁷ In art. 3:3 wordt in de aanhef gesproken over: 'Indien het gedrag van een persoon (...) leidt tot een aanzienlijk risico op ernstige schade voor hemzelf of voor een ander kan (...) verplichte zorg worden verleend.' De redactie van de artikelen 3:3 en 3:4 is op advies van de Raad voor de rechtspraak gewijzigd.¹⁸ In de Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel 32 399 wordt nu nader gepreciseerd wat onder 'een ander' moet worden verstaan.¹⁹ In het kader van deze wet wordt onder 'een ander' een ongeboren kind verstaan. Er 'geldt geen ondergrens in weken ten aanzien van de ontwikkeling van de foetus: juist ook in de eerste termijn van de zwangerschap is er een aanzienlijk risico op schade aan de foetus'.²⁰ Kortom, in deze wet begint de beschermwaardigheid van het ongeboren kind vanaf het eerste moment van de zwangerschap, beginnend met de innidatie.

Algemeen bekend mag worden verondersteld de huidige ruime indicatie voor het afbreken van zwangerschappen. Maatschappelijke ontwikkelingen hebben daarbij aan de eis, verwoord in de

12 Van Beers 2009, p. 229.

13 Leenen & Gevers 2007, p. 135.

14 Broekhuijsen-Molenaar 1992, p. 34.

15 Asser/De Boer 2010, nr. 23.

16 Van der Burg 1994, p. 391.

17 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 2, wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg.

18 Reactie van de Raad voor de rechtspraak op wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg, 14 juni 2010, bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 3.

19 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 56.

20 *Kamerstukken II* 2013/14, 32 399, nr. 9 (nota naar aanleiding van het verslag, 1 oktober 2013), p. 38 en 39.

Wet afbreking zwangerschap, van de noodsituatie van de vrouw een veel ruimere invulling gegeven.

1.5 Introductie van de begrippen ‘eigenaar’ en ‘eigenaresse’

In de later nog te bespreken wetgeving, de Embryowet, wordt geregeld wat met dit embryo wel en vooral niet gedaan mag worden.²¹ Op dit moment is o.a. geregeld dat dit embryo in een uterus teruggeplaatst (bij de eigenaresse van de eicel) of geplaatst (in de baarmoeder van een andere vrouw = draagmoeder) moet worden, dat het slechts een bepaalde tijd bewaard mag worden zonder cryoconservatie (immers, de celdeling gaat autonoom door) en verder dat het door cryoconservatie bewaard mag worden voor later gebruik.

Overigens is hier bewust het begrip ‘eigenaresse’ van de cel geïntroduceerd. Dit proefschrift is namelijk gebaseerd op de aanname dat men alleen maar iets aan een ander kan geven als:

men daarvoor de eigenaar van deze ‘zaak’ was of men in ieder geval als enige een beslissing kan nemen wat men met deze ‘zaak’ doet.

Men kan niet iets weggeven waarvan men niet de eigenaar is. Als men ‘het’ niet weggeeft, blijft het dus bij de oorspronkelijke eigenaar. Natuurlijk betreffen alle door het lichaam afgescheiden zaken, urine, bloed, gameten, zaken die ‘extra commercium’ zijn, althans in de Nederlandse samenleving. Zelfs een orgaan dat nog niet van het lichaam is ‘los’ gemaakt, kan (en moet) worden geschonken. Het oude begrip ‘res sui generis’ beschrijft een en ander het duidelijkst: door het lichaam afgescheiden zaken, die buiten de handel zijn, maar waar men wel, beperkt, over kan beschikken: zelf houden of schenken aan een ander (geldt eigenlijk alleen voor gameten, bloed en organen), of vernietigen (geldt niet voor organen). Dus als een vrouw haar eicellen niet aan een ander schenkt en deze eicellen niet laat vernietigen, beter gezegd: verloren laat gaan, blijven het haar eicellen. Termen die bij zaken als tussenvormen in het oude recht werden gebruikt zoals res extra patrimonium, res extra commercium etc., zijn in het nieuwe BW niet meer mogelijk.²² De opmerking van Van der Steur spreekt voor zich zelf: ‘Voor het nieuwe BW is iets een zaak en derhalve een potentieel object van een eigendomsrecht en dus een goed en vatbaar voor de goederenrechtelijke gevolgen, of het is helemaal geen zaak en derhalve nooit object van een eigendomsrecht.’ Deze opmerking leidt er natuurlijk wel toe dat ook de term ‘res sui generis’ slechts als hulpmiddel kan worden gebruikt om het afwijkende karakter van deze ‘zaak’ te beschrijven.

21 Embryowet, Wet van 20 juni 2002, *Stb.* 2002, 338, in werking getreden op 1 september 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's, gewijzigd bij de Wet van 10 juli 2013, *Stb.* 2013, 306, in werking getreden op 27 september 2013, tot wijziging van de Embryowet in verband met evaluatie van deze wet.

22 Van der Steur 2003, p. 213.

In dit verband kan ook naar de discussie over het dier worden verwezen, dat van de wetgever sinds 1 januari 2013 niet langer een zaak mag heten (art. 3:2a lid 1 BW), maar waarop de regels voor ‘zaken’ wél analogisch moeten worden toegepast (art. 3:2a lid 2 BW). Hier is dus sprake van ‘symboolwetgeving’.

Van der Steur stelt op grond van het feit dat o.a. gameten, na afscheiding door het lichaam, stoffelijke objecten zijn die voor menselijke beheersing vatbaar zijn, deze lichaamsmaterialen als zaken in de zin van art. 3:2 BW zijn te kwalificeren.²³ Door de voldoende individualiteit acht zij de kwalificatie als rechtsobject van een eigendomsrecht eveneens gerechtvaardigd. Om iets verder te vervolgen met: ‘Het ligt voor de hand om als eigenaar van deze zaken degene aan te merken waaruit het materiaal afkomstig is’. Afgezien van het feit dat het in deze zin grammaticaal juist was geweest te schrijven ‘uit wie’ dan ‘waaruit’, is de auteur het volledig met haar eens. Ook de ‘Court of Appeal’ in Engeland en Wales oordeelde in 2007 in de zaak *Yearworth and others versus North Bristol NHS Trust* dat sperma tot het eigendom mocht worden gerekend van de man die het had geproduceerd.²⁴ Dit Hof van Beroep stelt verder dat ‘developments in medical science now require a re-analysis of the common law’s treatment of and approach to the issue of ownership of parts or products of a living human body.’

1.6 Enkele medische fantasieën over de eerste levensfase

De medische wetenschap zoekt al geruime tijd naar mogelijkheden om de kans op voortplanting te verhogen. Daarbij zal, evenals bij de reguliere geneeskunde, niet alleen een diagnose worden gesteld en een therapie ingesteld, maar ook aan preventie worden gedaan. Met name het voorkomen van ernstige congenitale afwijkingen heeft daarbij een hoge prioriteit.

Zoals eerder beschreven, gaan de delingen bij een juiste voedingsbodem autonoom door, ook dus buiten de baarmoeder van een vrouw. Theoretisch zou het derhalve mogelijk moeten zijn om volledig extracorporeel, dus zonder een levende vrouw met functionerende baarmoeder, een kind te laten opgroeien. In een wereld waar kunstnieren en hart-longmachines zijn ontwikkeld, zou ook een artificiële uterus mogelijk moeten zijn. Alleen is er een groot probleem waarvoor misschien in de toekomst ook nog wel een oplossing te vinden is. Voor de ontwikkeling van een baby moet zo’n machine negen maanden zonder haperingen werken, terwijl de kunstnier en de hart-longmachine een aanzienlijk kortere inzetijd hebben, nog afgezien van de ontstane kosten door deze lange tijd.

Bewust wordt hier niet verder ingegaan op de mogelijkheid dan wel onhaalbaarheid van de artificiële uterus. Overigens werd deze gedachte van de ‘ectogenese’

²³ Van der Steur 2003, p. 221.

²⁴ The Court of Appeal 2009 EWCA Civ 37 (*Yearworth and others versus North Bristol NHS Trust*), Nuffield Council on Bioethics, *Consultation Paper*, april 2010, p. 34.

reeds besproken door Leenen²⁵ met een referentie naar het door Hilgendorf²⁶ in 1994 beschreven begrip Ektogenese (zie ook het proefschrift van Heim²⁷).

Overigens, bij het refereren aan deze mogelijke fantasieën, kan dit er nog wel bij.

Misschien behoeft met een machine de zwangerschap geen negen maanden te duren. Door optimalisering kan de ontwikkeling van embryo tot levensvatbare baby worden versneld. Of nog een fantasie: door het gebruik van vooral positieve geluiden in de ruimte waar de 'incubator' staat, met af en toe positieve schommelbewegingen, wordt een optimaal 'milieu exterieur' opgebouwd, dat moet leiden tot perfecte kinderen.

Naast de natuurlijke en 'onnatuurlijke' bevruchting kan mogelijk nog een derde 'ongeslachtelijke' vorm van voortplanting ontstaan. Hierbij moet gedacht worden aan de mogelijkheden met stamcellen. Ook het 'delen' van het embryo in de morula-fase (alle cellen in dit framboosachtige celklompje hebben nog dezelfde potentie om tot een volledig identiek kind uit te groeien) is mogelijk.

En dit is nu precies de reden van deze verwoorde fantasieën.

Als de wetgever één ding moet verbieden (en iedereen weet dat de wetgever ook in die zin bezig is), is het wel dat er naast de maakbare wereld ook een maakbare mens komt: een supermens met alle gewenste karaktereigenschappen en geslacht naar keuze.

In dit kader is het zeker de moeite waard de film 'Boys of Brasil', hoewel al van oudere datum, te bekijken, waarin voor de megalomane Hitler, nog zonder IVF, embryotransfers of mogelijke ingrepen in de morula-fase, geprobeerd wordt om een superras te creëren.

1.7 Rechten van het embryo in het algemeen en het ongeboren kind in het bijzonder

In de huidige wet- en regelgeving wordt de waarde van deze bevruchting, met name de resultante van deze handeling, eigenlijk alleen goed beschermd in de Embryowet. Het embryo buiten de baarmoeder krijgt hier al beperkte erkenning en bescherming. 'Beperkt' in die zin, dat in deze wet ook de vernietiging van deze levende vruchten wordt geregeld.

Een tweede beperkte erkenning is te vinden in art. 1:2 BW, waarin wordt gesproken over de mogelijke rechten van het intra-uteriene kind. De wetgever kiest hier voor de aanwezigheid van de vrucht en niet de geboorte om het belang van het kind te beoordelen. De discussie of dit belang van de bescherming van de ongeboren vrucht niet moet worden uitgelegd als een preventieve bescherming van het later uit deze vrucht ontstane kind, heeft geleid tot de term 'rechtssubjectieve reflexwerking'. Veel rechtsgeleerden ondersteunen deze theorie, zoals Van Beers.²⁸ In haar proefschrift is Van Beers het met Van der Burg²⁹ eens, die stelt dat via de fictie van art. 1:2 BW niet het huidige embryo wordt beschermd, maar een in de toekomst levende persoon wanneer die voortkomt uit de reeds

25 Leenen & Gevers 2007, p. 126-127.

26 Hilgendorf 1994, p. 429-432.

27 Heim 2004, p. 41-52.

28 Van Beers 2009, p. 232-237.

29 Van der Burg 1994, p. 390.

aanwezige zwangerschap. Ook Van der Steur³⁰ leest dit artikel als: ‘art. 1:2 BW bepaalt dat de ongeboren vrucht, hoewel nog niet mens, onder voorwaarde dat hij levend geboren wordt, rechtsdrager kan zijn zo vaak zijn belang dit vordert.’ Hierbij werd vooral gedacht aan het vermogensrecht en dan in het bijzonder het erfrecht. Kottenhagen constateert dat in de literatuur naast een groep schrijvers die deze enge interpretatie verdedigt, ook een niet onaanzienlijk aantal rechtsgeleerde auteurs onder het ‘belang’ in art. 1:2 BW ook het medische belang verstaat.³¹ Dit medische belang rechtvaardigt volgens de laatste groep de bescherming van de lichamelijke en geestelijke gezondheid van het kind. Naar de mening van de schrijver is deze theorie van de enge interpretatie in haar gestelde algemeenheid onjuist. Indien de bescherming van art. 1:2 BW slechts één doel heeft, namelijk het voorkomen van enige ‘beschadiging’ van het later geboren kind dat pas op het moment van de geboorte tot rechtssubject wordt (art.1:2, tweede volzin, BW), dan zouden alle activiteiten die voorkomen dat een rechtssubject ontstaat, gelegitimeerd zijn. De wetgever heeft in art. 40 Sr duidelijk gemaakt dat in het algemeen slechts overmacht als grond voor het ontbreken van strafbaarheid, in dit specifieke geval wegens zwangerschapsafbreking, wordt geaccepteerd. Ook in art. 82a Sr blijkt dat het embryo rechten heeft die gelden zonder de voorwaarde dat het geboren wordt. De opmerking van Van Beers dat het levensvatbare embryo niet wordt beschermd tegen andere delicten zoals mishandeling of dood door schuld, zou niet een ondersteuning moeten zijn van de stelling dat het embryo minder wordt beschermd dan de menselijke persoon. Meer op zijn plaats was een aanklacht wegens nalatigheid tegen de wetgever in deze geweest.

Een andere bron voor deze rechten is te vinden in de Convention on the rights of the Child.³² Hier staat in de preambule van de Engelse tekst: ‘The child (...) needs special safeguards and care, including legal protection, before as well as after birth.’ In de preambule staat duidelijk dat o.a. de beschermwaardigheid van het kind al vóór de geboorte begint en dat deze zich volgens de definitie van art. 1 uitstrekt tot de leeftijd van achttien jaar (‘below the age of eighteen years unless ...’). Door de combinatie van de preambule en art.1 staat in de Convention on the rights of the Child dat een kind al een levend menselijk wezen (human being) is vóór de geboorte. Door de loutere invulling van het ‘child’-begrip uit de definitie van art. 1 in de preambule wordt duidelijk dat veel discussies die gaan over het feit dat een nog niet geboren kind wel of geen ‘human being’ is, niet congruent zijn met deze Convention. In deze preambule komt dan immers te staan: ‘the **human being** below the age of eighteen years (...) needs special safeguards and care, including legal protection, **before as well as after birth.**’ Hierin ligt duidelijk de

30 Van der Steur 2003, p. 211, voetnoot 438.

31 Kottenhagen 2008, p. 492-503. Onder de voorstanders van de enge interpretatie noemt hij Gevers, Roscam Abbing, Hammerstein-Schoonderwoerd, De Boer en Roex, Asser/De Boer en Leenen. Zijn eigen ruimere interpretatie weet hij ondersteund door Rombach, De Bruijn-Lückers, De Beaufort, Schoonenberg, Jungschleger en Forder.

32 Convention on the rights of the Child, 20 november 1989, preambule, in werking getreden in Nederland op 8 maart 1995, beter bekend als IVRK (Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind), *Trb.* 1990, 170.

erkenning van het feit dat de rechten zich uitstrekken vóór de geboorte, dus ook een bescherming vóór het ongeboren leven (aldus ook Nuytinck en Grapperhaus³³).

Ook in de samenleving groeit het besef dat het ongeboren leven, verwoord in art. 1:2 BW, betere bescherming behoeft, blijkens schriftelijke vragen van Kamerlid Van der Staaij (SGP)³⁴ in de Tweede Kamer over de ondertoezichtstelling van ongeboren vruchten onder de 24 weken en het antwoord hierop van de Minister van Veiligheid en Justitie, mede namens de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.³⁵ Dat art. 1:2 BW geen loos artikel is, blijkt wel uit het feit dat het op dit ogenblik mogelijk is verslaafde zwangere vrouwen te interneren na 24 weken zwangerschap. De aanvankelijke keuze van 24 weken had vooral een medische achtergrond. Wetenschappelijk onderzoek heeft echter aangetoond dat de schade aan de zich ontwikkelende vrucht in de eerste 16 weken door drugsgebruik, insufficiënte voeding, verwaarlozing en mishandeling van de aanstaande moeder vele malen ernstiger is. De termijn van 24 weken zou verantwoord naar zes weken mogen worden opgeschoven. Maar helaas valt aan een zes weken zwangere vrouw over het algemeen nog niet veel te zien.

Hoewel de bovenvermelde discussie de gevaren van reeds geboren kinderen betrof, zou de anticonceptie het ontstaan van deze 'risk prone' kinderen moeten verhinderen.

Hier dringt zich het dilemma van de verplichte anticonceptie op.

In het televisieprogramma Zembla werd door Van Vollenhoven een pleidooi gehouden voor verplichte anticonceptie.³⁶ Dit ter voorkoming dat zwaar verslaafden, psychiatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten kinderen krijgen, die zij dan ernstig zouden kunnen mishandelen. Zijn voorstel is te komen tot een wettelijke regeling, die dan in strijd zou zijn met art. 12 EVRM. Dit artikel kent mannen en vrouwen het recht toe om een gezin te stichten. Volgens De Bruijn-Lückers moet dit artikel in de eerste plaats gezien worden 'als een verbod voor de overheid om door b.v. sterilisatieverplichting of door een verplicht voorschrijven van anticonceptiva het stichten van een gezin te verhinderen'.³⁷ In het kader van dit proefschrift is vooral van belang de aansluitende zin dat dit artikel ook een verbod behelst 'aan de overheid om vruchtbaarheidsopheffende technieken geheel te verbieden'. Bovendien klinkt 'verplichte anticonceptie' eenvoudig, maar de uitvoering is minder eenvoudig. De enige zekere vorm van voorkoming van zwangerschap bestaat in sterilisatie van de betrokken personen. Aan deze ingreep kleven zeer veel ethische, morele en vooral juridische bezwaren. Ten eerste brengt het de praktijk in het Derde Rijk weer in herinnering. Ten tweede: beide ingrepen zijn afdoende, maar meestal niet meer ongedaan te maken. Ten derde: wie bepaalt dat een zo grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd is? Met name het derde punt, maar ook het eerste punt geldt natuurlijk eveneens voor de wettelijk verplichte anticonceptie.

33 Nuytinck & Grapperhaus 2008, p. 861-875, in het bijzonder p. 864, voetnoten 18 en 19, alsmede Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 12.

34 Van der Staaij, Tweede Kamer, schriftelijke vraag, 23 februari 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, Vragen, kenmerk 2012Z03370.

35 Minister van Veiligheid en Justitie, mede namens de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, antwoord op 17 april 2012, kenmerk 235475.

36 Zembla, 13 april 2012, VARA, Nederland 2.

37 De Bruijn-Lückers 2012, p. 2130.

1.8 Samenvatting

Bovenstaand overwegend biologisch betoog diende om de stellingen te onderbouwen dat:

1. voor het ontstaan van nieuw leven het samensmelten van twee gameten, een mannelijke en een vrouwelijke geslachtscel, noodzakelijk is;
2. voor het verder ontwikkelen van de vrucht in de natuur verschillende methoden zijn ontstaan;
3. dit proces van ontwikkeling voor de buitenwereld pas zichtbaar wordt bij het boven de grond komen van zaailingen, het uitkomen van het ei of – bij de zoogdieren en dus ook bij de mens – de geboorte;
4. de onbekendheid van alle processen vóór de geboorte mogelijk hebben geleid tot een overwaardering van deze laatste gebeurtenis;
5. in de dierenwereld gameten op een actieve wijze bij elkaar moeten worden gebracht om de kans tot samensmelten te verhogen;
6. ook de mensen activiteiten moeten ontwikkelen om tot voortplanting te komen; en
7. mensen, als intellectuele wezens, weten of althans kunnen weten dat deze activiteit kan leiden tot een bevruchting.

2 | De intentie

2.1 Onduidelijke omschrijvingen

Vanaf dit hoofdstuk wordt niet meer gerefereerd aan de planten- en dierenwereld. Behalve wat schuchtere pogingen om ook dieren rechten te geven, beperkt de huidige wetgeving, voor zover het over levende organismen gaat, behoudens art. 3:2a BW, zich tot de mens.

In de nationale wetgeving zijn vooral de Grondwet en Boek 1 BW zeer belangrijk; supranationaal moet vooral aan het EVRM en het IVRK worden gedacht. Vanzelfsprekend vertonen deze regelingen een grote mate van overlapping; soms wordt iets beter in de ene, soms in de andere regeling geregeld. Opvallend is dat alle regelingen één punt gemeen hebben: een primair defect, omdat men begint vanuit een verkeerde vooronderstelling.

De bewijzen hiervoor zijn dan ook terug te vinden in veel artikelen waar de onduidelijkheid noodt, of liever gezegd noodzaakt, om via toelichtingen of beslissende uitleg van de HR of het EHRM de bedoelde betekenis te achterhalen.

Dat daarbij het EHRM af en toe een wat zwalkende indruk maakt, tonen de verschillende uitspraken over het recht op afstammingsinformatie.³⁸

Het feit dat de HR nieuwe begrippen als een algemeen persoonlijkheidsrecht en medeverantwoordelijkheid creëert,³⁹ toont niet alleen de complexiteit van de materie aan, maar ook dat het hier echte wetgeving betreft; een proces dat nooit perfect kan worden, omdat het een veranderende samenleving volgt. En in deze veranderende samenleving zullen altijd behoudende krachten zijn die de invoering van gewenste aanpassingen vertragen. Hoewel overbodig, volgen hier ter adstructie toch enkele voorbeelden: abortus, euthanasie en homohuwelijk werden door de samenleving als geheel geaccepteerd. Het codificeren hiervan heeft veel meer tijd in beslag genomen.

Terug naar de opmerking over het primaire defect. Talrijke artikelen in de genoemde wetten en verdragen gebruiken de term ‘ouder’, ‘ouders’ of ‘vader’ en ‘moeder’. Daarbij ontstaan iedere keer weer discussies over de vraag of hiermee wordt bedoeld de biologische, genetische, juridische dan wel sociale betekenis van het woord. Daarbij worden in het algemeen de volgende definities voor de verschillende ouders als volgt gebruikt:

38 EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1991/659, m.nt. E.J. Dommering (*Gaskin*) en EHRM 13 februari 2003, *NJ* 2003/587, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Odièvre*).

39 HR 15 april 1994, *NJ* 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*).

1. biologisch: de biologische moeder is de vrouw uit wie het kind wordt geboren; de biologische vader is de man die de tot de geboorte leidende daad heeft gepleegd, maar in het BW als verwekker wordt aangeduid indien deze geboorte het gevolg is van de geslachtsdaad (in de terminologie van de memorie van toelichting op de afstammingswetgeving van 1998: de man die op natuurlijke wijze het kind heeft doen ontstaan, dus langs de weg van geslachtsgemeenschap);
2. genetisch: de genetische vader en moeder zijn de personen wier gameten gebruikt zijn voor het laten ontstaan van een kind;
3. juridisch: de personen die op grond van Boek 1, titel 11 (Afstamming) en titel 12 (Adoptie) BW van rechtswege, na erkenning of na rechterlijke uitspraak juridisch ouder zijn geworden, zodat juridische bloedverwantschap ('familie-rechtelijke betrekking') ontstaat;
4. sociaal: de personen die zich daadwerkelijk bezighouden met de verzorging en opvoeding van het kind, maar niet de juridische ouders zijn.

Met name de eerste twee groepen ouders leiden tot verwarring door de koppeling van de definitie met de wet- en regelgeving. In het kader van dit proefschrift is de definitie dat de genetische ouders de personen zijn van wie het erfelijk materiaal (de gameten) afkomstig is, in haar algemeenheid onjuist. Hiermee reduceert men deze personen tot planten of bomen die toevallig hun erfelijk materiaal bij elkaar hebben zien komen.

De slotopmerkingen 6 en 7 uit het vorige hoofdstuk dienden om duidelijk te maken dat bij de mens twee personen een actie moeten ondernemen om tot ouderschap te komen. Dus niet alleen het erfelijk materiaal is noodzakelijk, ook de daad, bedoeld of onbedoeld, om tot deze bevruchting te komen is een absolute voorwaarde voor, in dit geval, genetisch ouderschap. De stricte gedachtengang van dit proefschrift volgend, betekent dit dat de 'aanvankelijk' anonieme donoren van gameten per definitie nooit ouder kunnen worden. Er is immers een ontbrekende intentie tot het ouderschap.

Ook voor het juridisch ouderschap gelden onvolkomenheden in de definities, die ontleend zijn aan de art. 1:198 en 199 BW.

2.2 Intentie tot moederschap

Art. 1:198 BW (titel 1.11 Afstamming) definieert de juridische moeder.

Vroeger, toen alles nog heel simpel was en men nog weinig van de voortplanting wist en op dat gebied medisch nog niets kon, moest de barendende vrouw volgens het eerste lid, onderdeel a. van dit artikel ook de moeder zijn. Hoewel zij haar eikel door de geslachtsdaad had laten bevruchten, was eigenlijk de zwangerschap en aansluitende geboorte het enige constituerend moment voor het juridisch moederschap. Immers, volgens de memorie van toelichting op de afstammingswetgeving van 1998 is de rechtvaardiging voor dit juridische moederschap gelegen in het enkele feit dat deze vrouw het kind negen maanden heeft gedragen.

Kortom, zij was de biologische moeder en de toeschrijving van juridische moeder is logisch. Zij had het kind negen maanden gedragen en gebaard. Niet belangrijk was dat zij met haar gameet dit kind heeft doen ontstaan.

Niet alleen de onbetwistbaarheid van het moederschap ex art. 1:198 BW ademt een duidelijke matriarchie uit. Er zijn voorbeelden te over:

Art. 1:198 lid 2 en 199, onder b, BW:

de vrouw kan binnen één jaar het ouderschap van haar overleden echtgenote, echtgenoot of geregistreerde partner ontkennen.

Art. 1:204 lid 1, onder c en d, jo. lid 3 BW:

bij vervangende toestemming door de rechter bepaalt de rechter of door de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind worden geschaad (*of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt*). (Nota bene: redelijk is om aan te nemen dat de moeder zal stellen en eventueel zal aantonen dat dit eerstgenoemde het geval is, als zij a priori geen toestemming tot een erkenning heeft gegeven.)

Art. 1:207 BW:

De moeder (of het kind) kan wél het ouderschap gerechtelijk laten vaststellen, de 'echte' ouder niet. Ook in de Wet lesbisch ouderschap wordt in dit artikel onder lid 1, onder a, alleen de moeder en niet de ouder als gerechtigde tot een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het ouderschap genoemd. Echter, welke van de twee moeders wordt hier bedoeld? De geboortemoeder ex art. 1:198 lid 1, onder a, BW of misschien ook de moeder ex art. 1:198 lid 1, onder b, BW? En heeft deze laatste moeder meer rechten als zij de eicel gedoneerd heeft?

Ook in dit artikel speelt vooral het belang van de vrouw en op de tweede plaats het belang van het kind een rol. Door de verwekker, in de huidige terminologie degene die de geslachtsdaad verricht (de 'geslachtsdader'), de mogelijkheid te geven om zijn vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen, brengt hij de gehuwde vrouw en haar echtgenoot dan wel echtgenote in grote problemen. Het kind kan naast de moeder niet nog twee ouders hebben (zie art. 1:207 lid 2, aanhef en onder a, BW; het kind heeft namelijk al twee ouders). De gerechtelijke vaststelling zou dan onherroepelijk leiden tot een ontkenning van het ouderschap door de echtgenoot, echtgenote of geregistreerde partner, een scheiding is vanzelfsprekend het gevolg. Bij een ongehuwde vrouw bestaat dit gevaar echter niet. Een dan succesvolle gerechtelijke vaststelling van het ouderschap tegen de wil van de vrouw (anders had zij wel ingestemd met een erkenning) zou er dan wél toe leiden dat het kind twee ouders heeft. Het veelbesproken recht van het kind om zijn ouders te mogen kennen (art. 7 IVRK) zou dan hierbij wel gerespecteerd worden. Wat hier geschreven is over de verwekker, geldt natuurlijk ook voor de persoon die als levensgezel(lin) van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van een kind tot gevolg kan hebben gehad. Ook deze persoon heeft thans geen rechten om zijn ouderschap gerechtelijk te laten vaststellen. Met de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap kunnen de verwekker, biologische vader en instemmende levensgezel van de vrouw wel ouder worden met behulp van art. 1:204 leden 3 en 4

BW zonder toestemming van de ongehuwde moeder. Overigens worden de belangen van het kind in dit artikel wel genoemd.

De tijden zijn veranderd. Het adagium ‘mater semper certa est’ geldt allang niet meer. Overigens zij hier opgemerkt dat het gebruik van het Latijn in dit adagium wel aangeeft uit welke tijd het stamt: uit de oude Romeinse tijd.

Moderne voortplantingstechnieken maken het mogelijk dat ook een bevruchte niet eigen eicel in de baarmoeder wordt gebracht. Onder het huidige recht wordt echter de barende vrouw van rechtswege nog steeds (juridisch) moeder.

In dit geheel laat de wetgever een vermoeden gelden, zelfs als hij weet dat de eicel van een andere vrouw is. Voor de wetgever geldt nog steeds het boven de grond komen van de zaailing als ijkpunt voor de juridische status. Verder kijkt de wetgever ook niet of deze vrouw een daad heeft verricht of heeft laten verrichten om zich voort te planten. De wetgever zegt: er wordt een kind geboren uit deze vrouw, dus deze vrouw is moeder. Geen discussie, de definitie is duidelijk.

Een meer genuanceerde benadering in deze moderne tijd zou zijn: voldoet deze vrouw aan één of meer criteria voor het ouderschap? Met andere woorden: heeft deze vrouw een daad laten plegen met de bedoeling zich voort te planten? Of heeft zij een daad gepleegd waarbij zij in alle redelijkheid kon weten dat deze zou kunnen leiden tot een bevruchting?

Als voor het genetisch ouderschap als eisen mogen worden gesteld dat het erfelijk materiaal van beide ouders afkomstig is, dan mag voor juridische ouders op z'n minst worden geëist dat zij een daad hebben gepleegd dan wel hebben laten plegen om zich voort te planten. Voor het ontstaan van dit juridisch ouderschap bij vormen van alternatieve voortplanting is dus de initiële intentie van de participanten een belangrijk onderscheidend criterium.

Deze gedachtegang leidt onherroepelijk tot de volgende conclusies in de twee hieronder volgende simpele situaties. In paragraaf 8.3 van dit proefschrift zullen de mogelijkheden van gewenst en ongewenst moederschap uitgebreider worden beschreven. Hoewel de argumentatie verschilt, zal in het eerste geval het resultaat conform de huidige wetgeving zijn.

1. Een vrouw heeft wel een baarmoeder, maar het lukt niet om een eigen eitje bevrucht te krijgen en te laten innestelen; in algemene termen vertaald: ze kan niet zwanger worden; ze wil dolgraag en laat derhalve een daad verrichten die tot het door haar gewenste resultaat moet leiden; zij accepteert van een andere vrouw een eitje, laat dit in vitro bevruchten en laat het vervolgens in haar uterus plaatsen.

Na de geboorte is zij niet de genetische moeder, het erfelijk materiaal is van een andere vrouw, die ook niet de intentie had om moeder te worden. Zij is wel de juridische moeder, zij heeft een daad verricht met aan haar gegeven erfelijk materiaal om tot een bevruchting te komen. Deze intentie heeft tot al deze handelingen geleid. De vrouw die het erfelijk materiaal heeft gedoneerd, is

natuurlijk ook niet de biologische moeder, zij was wel de eigenares van de eicel (eigenares in die zin dat zij deze eicel aan een ander kon schenken), maar heeft geen daden verricht om tot een bevruchting te geraken, heeft geen intentie gehad om ouder te worden en heeft het kind ook niet gebaard. Op dit moment wordt even voorbijgegaan aan het ‘probleempje’ van de eiceldonatie, maar voor de wet is alles duidelijk: de barende vrouw is de biologische en dus juridische moeder.

2. Een vrouw heeft wel een baarmoeder, heeft wel of geen eigen eicellen, maar wil geen moeder worden. De aanwezigheid of afwezigheid van eigen eicellen leidt tot twee mogelijkheden:
 - a) Een wensmoeder die zelf niet zwanger kan worden, omdat zij bijvoorbeeld geen eicellen en uterus meer heeft, wil zich dolgraag voortplanten, of in gewone woorden: wil graag een kind hebben. Een vrouw wordt bereid gevonden om voor deze wensmoeder een kind te baren; deze vrouw wordt draagmoeder. De eicel van deze mogelijke draagmoeder wordt door KID bevrucht. Indien de draagmoeder geen eicellen produceert, worden in vitro aan de wensmoeder gedoneerde eicellen bevrucht en vervolgens via embryotransfer in de baarmoeder van de draagmoeder gebracht.

Na de geboorte wordt volgens de huidige regelgeving de barende vrouw de biologische en juridische moeder, ook al heeft zij geen moment de initiële intentie gehad om zich voort te planten. Ondanks het feit dat zij in dit geval haar erfelijk materiaal heeft laten gebruiken, is zij niet de genetische moeder. Vóór de bevruchting heeft zij namelijk niet de intentie gehad om zich voort te planten. Zij is in de geponeerde nieuwe visie dus ook niet de juridische moeder. Daarvoor was noodzakelijk dat zij de intentie had om zichzelf voort te planten.

De wensmoeder is niet de biologische ouder; het kind is niet uit haar geboren. Zij is niet de genetische moeder, omdat aan het eerste vereiste van het erfelijk materiaal niet kan worden voldaan. Zij is wel de juridische moeder. Zij heeft namelijk daden laten verrichten, die geleid hebben tot de zwangerschap. Het kind, geboren in deze situatie, heeft geen biologische en genetische moeder, maar wel een juridische moeder.

- b) Een wensmoeder die niet zelf zwanger kan worden, omdat zij geen baarmoeder heeft of voor wie een zwangerschap een levensbedreigende situatie kan opleveren, maar wel eigen eicellen produceert, vindt een vrouw bereid om draagmoeder te worden. De eicel van de wensmoeder wordt bevrucht en geplaatst in de baarmoeder van de draagmoeder.

Na de geboorte geldt in het huidige recht de geboortemoeder als de juridische moeder. Dit is onjuist. Zij heeft geen moment de intentie gehad om zichzelf voort te planten. Natuurlijk is zij ook niet de genetische moeder; het is niet haar erfelijk materiaal en er was geen initiële intentie. Het kind is wel uit haar geboren, maar zij is geen biologische moeder, omdat het intentievereiste van het moederschap ontbreekt. De wensmoeder is de genetische moeder; zij was ‘eigenaresse’ van het

erfelijk materiaal en zij heeft de daden laten verrichten met het doel van een bevruchting. Zij is de juridische moeder, omdat zij de bevruchting gewild heeft. Het kind, geboren in deze situatie, heeft één moeder, die zowel de genetische als de juridische moeder is. Het kind is niet uit haar geboren. Het kind heeft dus geen biologische moeder.

De systematiek in het voorstel is, dat een genetische ouder, in de betekenis van de nieuwe definitie, altijd ook de juridische ouder is, los van het feit uit welke vrouw het kind geboren wordt, en dat de juridische ouder niet de biologische of genetische ouder (in de oude definities) behoeft te zijn, maar wel de persoon die de daden heeft verricht, die hebben geleid tot dit gewenste ouderschap.

Ondanks de overeenkomst in systematiek is er natuurlijk ook een groot verschil in de hierboven beschreven situaties. Bij de casus 1 en 2a vindt eiceldonatie plaats.

Deze dissertatie pleit dus voor het verlaten van het ongeconditioneerd beginsel van 'mater semper certa est'. Of anders gezegd: de barendende vrouw is de juridische moeder van het kind, tenzij een andere vrouw bewijst dat zij een beter recht heeft. Het kind heeft dus altijd slechts één van deze twee vrouwen als juridische moeder. Na adoptie door twee vrouwen en van rechtswege bij geboorte binnen een lesbisch huwelijk of geregistreerd lesbisch partnerschap of na erkenning door de meemoeder (Wet lesbisch ouderschap) kunnen er wel twee juridische 'moeders', ouders, ontstaan. Hierbij moet worden opgemerkt dat tot nu toe ook dit kind vóór de rechterlijke adoptie-uitspraak slechts één moeder had. En in het algemeen spelen bij de adoptie ook al bestaande familierechtelijke overwegingen een rol. Bij de rechterlijke uitspraak worden de oorspronkelijke familierechtelijke banden verbroken en worden nieuwe gecreëerd. Het afstand doen door de geboortemoeder en de meemoeder wordt hier bewust buiten beschouwing gelaten. Het hebben van twee moeders of beter gezegd twee, gelijksoortige, ouders is een juridisch geaccepteerd artefact.

Hoewel de afsluitende proeve van regelgeving zoveel mogelijk gendervrij zal worden geformuleerd, zijn voor de duidelijkheid in de voorlopige stellingen nog steeds de 'man-vader'- en 'vrouw-moeder'-combinaties gebruikt.

En omdat alle handelingen vóór de geboorte hebben plaatsgevonden, de bevruchting en een eventuele geschreven intentieverklaring, heeft het kind vanaf de geboorte slechts één juridische moeder. Net zoals een kind na adoptie door een heterostel maar één juridische moeder heeft (bij stiefouder- of partneradoptie door de meemoeder ontstaan wél twee juridische moeders), omdat de wetgever de eerdere juridische band met de oorspronkelijke moeder verbreekt. Na de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap heeft het kind direct na de geboorte binnen een lesbisch huwelijk of geregistreerd lesbisch partnerschap onder de voorwaarden van art.1:198 lid 1, onder b, BW twee juridische moeders, de vrouw uit wie het kind geboren is en de vrouwelijke partner van deze geboortemoeder.

Erkenning door de meemoeder en gerechtelijke vaststelling van haar ouderschap worden overigens ook mogelijk.

In art. 1:198 lid 1, onder e, BW staat dat ook moeder van een kind wordt de vrouw die het kind heeft geadopteerd.

Art. 1:198 BW toont in de huidige tijd een hoge mate van onevenwichtigheid.

Terwijl uitgebreide voorwaarden aan een adoptieprocedure en toekomstige adoptiefouders worden gesteld, voordat bij rechterlijke uitspraak het juridisch ouderschap van de oorspronkelijke ouders overgaat op de adoptiefouders, stelt de wetgever aan de barendende vrouw geen enkele voorwaarde. Het simpele vermoeden, gebaseerd op het dogmatisch denken van ‘mater semper certa est’, is voldoende, ondanks het feit dat op dit ogenblik op eenvoudige wijze de echte juridische moeder (en ook vader) kan worden aangewezen, hetzij door DNA-onderzoek, hetzij door schriftelijk bewijs. Op de aard van dit schriftelijk bewijs wordt later uitgebreid ingegaan.

2.3 Intentie tot vaderschap

In art. 1:199 BW is het vaderschap geregeld, d.w.z. het juridische vaderschap.

Ook hier begint de wetgever met een vermoeden: ‘pater est quem nuptiae demonstrant’ in art. 1:199, aanhef en onder a, BW (zie voor de tijdens de zwangerschap overleden echtgenoot of geregistreerde partner art. 1:199, aanhef en onder b, BW). Hoe onterecht dit vermoeden kan zijn, blijkt uit recente DNA-onderzoeken, waarbij werd aangetoond dat meer dan 30% van de, staande het huwelijk geboren, kinderen niet hetzelfde DNA-profiel heeft als de echtgenoot.⁴⁰ Eerdere berichten dat dit percentage in Nederland rond de 10 zou liggen, noemt De Knijf onzin. Dat in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten dit percentage nog steeds tussen de 15 en 25 zou liggen, lijkt gezien het bovenstaande eveneens licht onwaarschijnlijk.⁴¹

Deze koekoekskinderen, een term weliswaar bekend in Van Dale,⁴² maar opnieuw geïntroduceerd door Van Raak-Kuiper, hebben een soort voedstervader, die dat zelf niet weet.⁴³ Hoewel formeel onder een koekoekskind een buiten-echtelijk kind wordt verstaan, ligt het voor de hand om in het kader van dit proefschrift een kind een koekoekskind te noemen, als de juridische ouder (mogelijk ouders bij hoogtechnologisch draagmoederschap) ten onrechte meent dat het haar of zijn eigen kind is, ontstaan uit haar of zijn erfelijk materiaal. Een draagmoeder die besluit om het kind dat ontstaan is uit de eicel van een andere vrouw, te houden, dus niet af te staan, heeft geen koekoekskind. Zij weet immers

40 De Knijf 2007.

41 Baker & Ellis 1993, p. 218, suggereren dat het percentage zeker boven de 20 ligt.

42 Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, 2005, 14^e druk.

43 Van Raak-Kuiper 2007.

dat het niet haar eigen kind is. Het kind daarentegen heeft wel een probleem: wie heeft de beslissing tot zijn ontstaan genomen?

Volgens de huidige regelgeving is zijn geboortemoeder zijn juridische moeder, ondanks het feit dat er geen initiële intentie tot moederschap is geweest, terwijl de wensmoeder, de leverancier van de eicel en dus de genetische moeder, tot nu toe geen enkel recht heeft.

In analogie aan het eerdere betoog over het moederschap geldt ook voor het vaderschap dat de man een daad heeft verricht, dan wel heeft laten verrichten met zijn eigen erfelijk materiaal met bedoeld gevolg, dan wel een daad heeft verricht waarbij hij redelijkerwijze weet of had kunnen weten dat dit tot een bevruchting zou kunnen leiden. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, is deze man de genetische en juridische vader. Indien hij de daad zelf verricht heeft, is hij ook nog de biologische vader. Voor de rechtszekerheid blijft deze man in de nieuwe visie de juridische vader, ook als hij vóór de geboorte komt te overlijden of als vóór de geboorte een echtscheiding wordt uitgesproken.

In de huidige afstammingswetgeving (sinds 1998) is dit laatste wat de echtscheiding of de beëindiging van het geregistreerd partnerschap betreft niet juist; zie immers art. 1:199, aanhef en onder b, BW, dat alleen geldt als het huwelijk of het geregistreerd partnerschap is ontbonden door de dood, maar niet als het is ontbonden door echtscheiding of verbreking van het geregistreerd partnerschap. Dit betekent dat de man (hetzij de voormalige echtgenoot, hetzij de nieuwe partner, in de praktijk uiteraard meestal de nieuwe partner, omdat deze de verwekker is) het kind zal moeten erkennen om juridisch vader te worden; zie Van Mourik & Nuytinck⁴⁴ en de Memorie van Toelichting.⁴⁵

Ook in die gevallen waarin de moeder niet meer weet, of zegt te weten, wie de vader is (lees: wie door de geslachtsdaad de bevruchting heeft bewerkstelligd), heeft het kind een biologische en juridische vader, die vader X moet worden genoemd en die eventueel moet worden opgespoord. Naast het bekende ‘dader onbekend’ betreft het hier dus ‘vader onbekend’. Het kind heeft in de voorgestelde systematiek dus een (nog) onbekende juridische vader. Net als bij de vrouw bestaat ook bij de man de mogelijkheid van niet biologisch, maar wel juridisch vaderschap. Door de algemeenheid van art. 1:199 BW zal dat in de huidige regelgeving alleen buiten het huwelijk en het geregistreerd partnerschap kunnen.⁴⁶

Met de wettelijke regeling van het geregistreerd partnerschap, dat werd ingevoerd op 1 januari 1998, bleef aanvankelijk een duidelijk verschil met het huwelijk bestaan.⁴⁷ Betrekkelijke

⁴⁴ Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 177.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 3, p. 7.

⁴⁶ Wet geregistreerd partnerschap, Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 324. Zie in verband met evaluatie van deze wet ook de Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486, in werking getreden op 1 april 2014.

⁴⁷ Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 324, in werking getreden op 1 januari 1998, aangepast bij de Wet van 21 december 1997, *Stb.* 1997, 660, ook in werking getreden op 1 januari 1998, gewijzigd bij de Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9, in werking getreden op 1 april 2001. Zie ook Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 70, voetnoot 2.

artikelen zijn de art. 1:80a t/m 80g BW. Het geregistreerd partnerschap was in zeer veel opzichten gelijk aan het huwelijk, op één grote uitzondering na. Tussen de geregistreerde mannelijke partner en een kind, geboren tijdens dit partnerschap, ontstonden tot 1 april 2014 geen familierechtelijke betrekkingen, geen afstammingsrelatie (geen juridische bloedverwantschap). De mannelijke geregistreerde partner moest om juridisch vader te worden het kind erkennen. Theoretisch bestond ook nog de mogelijkheid tot adoptie door de mannelijke geregistreerde partner of de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap op verzoek van de moeder (of van het kind). Over het gezag van de geregistreerde partners over een kind, binnen dit partnerschap geboren, wordt meer geschreven in paragraaf 7.1.

Omdat de geregistreerde partner die geen juridische vader was, wel als stiefouder gold op grond van art. 1:3 lid 2 BW, bestond er voor hem wel een onderhoudsplicht ten opzichte van het minderjarige of jongmeerderjarige kind; zie de art. 1:253w, 395 en 395a lid 2 BW. In het personen- en familierecht ontstaan er nu dus met de wijziging van de Wet geregistreerd partnerschap van rechtswege juridische ouder-kindrelaties.⁴⁸ Een staande een geregistreerd partnerschap geboren kind heeft thans twee ouders, te weten de beide partners in dit geregistreerd partnerschap. Voor een staande een geregistreerd partnerschap geboren kind behoeft nu niet meer de weg van de (prenatale) erkenning, adoptie en gerechtelijke vaststelling van het vaderschap te worden gevolgd om alsnog een tweede juridische ouder te krijgen.

De term 'alsnog' is hier door de schrijver met opzet gebruikt omdat in de nieuw voorgestelde systematiek al bij de conceptie twee juridische ouders ontstaan. De geregistreerde partner kan, maar hoeft niet deze juridische ouder te zijn. Voor de erkenning is bovendien de toestemming van de aanstaande moeder noodzakelijk. Interessant bij deze prenatale erkenning was de vraag of art. 1:204 lid 3 BW, dat de voorwaarden voor de erkenning beschrijft, ook geldt voor de aanstaande moeder: de vervangende toestemming. Werd door een vruchtwaterpunctie en aansluitend DNA-onderzoek aangetoond dat de partner de verwekker was? En had hij daadwerkelijk de geslachtsdaad verricht of kon slechts worden aangetoond dat zijn geslachtscel voor deze conceptie was gebruikt, met of zonder zijn toestemming? Kan in de gevallen, genoemd in art. 1:204 lid 3 BW, nog met DNA-onderzoek de genetische relatie tussen kind en ouder worden aangetoond, moeilijker wordt het zeker voor de persoon die als levensgezel(lin) van de aanstaande moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (art. 1:204 lid 4 BW). Voor het verkrijgen van de vervangende toestemming van de rechtbank zou prenatiaal moeten worden aangetoond dat de eerder genoemde daad en geen andere daad tot de verwekking van dit kind heeft geleid. Met welk ander DNA-materiaal moet dan het DNA-materiaal van het nog niet geboren kind vergeleken worden? Ook bij de adoptie en de gerechtelijke vaststelling lijkt de term 'alsnog' gerechtvaardigd. Beide rechterlijke procedures vergen tijd. In deze tijd is het onduidelijk wie de tweede juridische ouder is. Pas na het in kracht van gewijsde gaan van de adoptie-uitspraak wordt de partner de juridische ouder, ook al zou deze partner allang de juridische ouder kunnen zijn, namelijk vanaf de gewilde conceptie. Weliswaar met terugwerkende kracht wordt ook bij de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap 'alsnog' het juridische ouderschap van de in het voorgestelde systeem al juridische ouder 'bevestigd'. Ook art. 1:207 BW voert de moeder, naast het kind, op als partij die een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het ouderschap kan indienen. Heeft ook de

⁴⁸ Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap.

aanstaande moeder dit recht met de eerder beschreven problemen? Bij een negatief antwoord heeft het kind ook in dit geval tussen zijn geboorte en de uitspraak geen bekende tweede juridische ouder.

Een bevruchting tegen de wil van de vrouw, b.v. bij verkrachting, was en is een grond voor afbreking van de zwangerschap. Op de problemen rond de verkrachting wordt later expliciet in hoofdstuk 12 ingegaan. In de loop der jaren is de betekenis van het begrip ongewenste zwangerschap zodanig opgerekt, dat nu ook zwangerschappen, bevruchtingen, die niet waren bedoeld, ongewenst worden genoemd. Daarbij is de samenlevingsvorm irrelevant. Voldoende is dat beide partners wel een daad plegen met hun geslachtscellen, maar dat beiden, of in ieder geval de vrouw, voor zichzelf hebben uitgemaakt dat deze daad niet de bedoeling had tot nageslacht te leiden.

Het moment van het ontstaan van de juridische relatie tussen het kind en zijn ouders wordt later extensief beschreven. Hier volstaat de mededeling dat in erfrechtelijke kwesties wel degelijk een koppeling met art. 1:2 BW bestaat; ook hier wordt in bepaalde gevallen teruggegrepen tot het moment van de conceptie c.q. van het zwanger worden en niet tot het moment van de geboorte.⁴⁹

Terecht stelt Nuytinck met een voorbeeld dat ook naar huidig recht art. 1:207 BW kan worden gecombineerd met art. 1:2 BW, dus het moment van de conceptie of, in dit geval beter geformuleerd, van het begin van de zwangerschap, omdat (tot nu toe) zonder innesteling de vrucht niet levensvatbaar is. Deze koppeling met art. 1:2 BW is vooral, maar zoals eerder beschreven niet alleen, van belang voor het erfrecht.

Als de vrouw (of het kind) kan aantonen dat de man bij het in bewaring geven van zijn geslachtscellen uitdrukkelijk schriftelijk heeft bepaald dat deze geslachtscellen ook na zijn dood nog door zijn vrouw zouden mogen worden gebruikt om tot een conceptie te geraken (art. 7, tweede volzin, Embryowet), zal een gerechtelijke vaststelling hier vooral bestaan uit een 'papieren' bewijsvoering. Voor de medisch geassisteerde kunstmatige inseminatie is gebruik gemaakt van het, door de overledene voor dit specifieke doel bestemde, bewaarde zaad. Bij een totale afwezigheid van bloedverwanten, die dus nooit hebben bestaan of vóór de conceptie van het betreffende kind al zijn overleden, houdt kennelijk ook het erfrecht het voor gezien. De overledene heeft met het uitdrukkelijk laten bewaren van zijn gameten voor een conceptie na zijn dood, zijn intentie tot vaderschap duidelijk gemaakt. Op het tijdstip waarop zijn ex-echtgenote, de weduwe of (al dan niet geregistreerde) ex-partner besluit om met deze gameten een bevruchting te laten plaatsvinden, is ook haar intentie duidelijk. Vanaf de conceptie en innesteling heeft deze vrucht en het daaruit ontstane kind twee juridische ouders, van wie er helaas al een dood is. Het kind wordt dus als halfwees geboren.

Volgens het geldend recht kan het kind niet bij versterf erven als het tijdstip van overlijden van zijn biologische vader vóór de conceptie ligt, en wel op grond van het bestaansvereiste van art. 4:9 BW, gecombineerd met de nasciturus-regel van art. 1:2 BW. Vóór de introductie van de moderne voortplantingstechnologie was dit vanzelfsprekend.

Een kritische vraag lijkt nu hier op zijn plaats: hoe krom is het oude recht?

49 Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 188.

Hiermee wordt wederom gepoogd duidelijk te maken dat ouderschap, met alle consequenties van dien, begint bij de conceptie met aansluitende innesteling, dus niet bij de geboorte. In de boven beschreven casus heeft de overledene vóór zijn dood zijn intentie om met zijn geslachtscellen ook na zijn dood nog een conceptie mogelijk te maken, schriftelijk vastgelegd. In het voorgestelde eenvoudige systeem wordt deze man, dus zonder gerechtelijke vaststelling, juridisch vader.

2.4 Intentie bij erkenning

De man kan het kind erkennen. Hiervoor moet hij een daad stellen. Hij moet de bedoeling hebben om een familierechtelijke betrekking met een kind te vestigen. De erkenning is een rechtshandeling en beoogt dus rechtsgevolgen (in dit geval het ontstaan van een familierechtelijke betrekking) in het leven te roepen (art. 3:59 jo. art. 3:33 BW). De erkenning geschiedt volgens art. 1:203 BW door middel van een akte van erkenning, opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris. Hoewel niet expliciet vermeld bij de totstandkoming van biologisch juridisch moederschap, wordt in het algemeen bij alle handelingen die leiden tot een bevruchting, verondersteld dat beide partijen met deze handeling ingestemd hebben. Immers, in de intentie van beiden ligt de instemming opgesloten.

Bij de erkenning door de persoon, genoemd in art. 1:204 lid 1, onder a, BW wordt dit eerder impliciete toestemmingsvereiste geëxpliciteerd in art. 1:204 BW. De moeder of de zwangere vrouw (prenatale erkenning is immers mogelijk) moet toestemming geven. De latere erkenning, waarvoor ook twaalfjarige en oudere kinderen hun toestemming moeten geven, valt buiten het bereik van dit proefschrift.

Dit hoofdstuk gaat impliciet over het ouderschap dat zo vroeg mogelijk wordt vastgesteld in het belang van het kind. Met toestemming van de gravide vrouw kan de bovengenoemde persoon de ongeboren vrucht erkennen, zodat overeenkomstig art. 1:203 lid 2 BW de erkenning vanaf de geboorte geldt. Deze erkennende persoon kan de echte verwekkende (in de nieuwe visie de biologische en dus genetische vader) of alleen genetische (KI-partner) vader zijn en dus ook de juridische vader, maar dat behoeft niet. Met toestemming van de moeder, dan wel aanstaande moeder, kan deze persoon in de rechten treden van de onbekende echte juridische ouder, de verwekker of de met deze persoon in de wet gelijkgestelde.

De toestemming die de vrouw geeft, moet in het belang van het kind worden geacht. Immers, hierdoor verandert de juridische ‘onbekende’ ouder (in het huidige recht ex art. 1:202 lid 1 jo. art. 1:202b lid 2 BW geen vader of geen moeder) in een erkennende juridische ouder.

Dit belang voor het kind rechtvaardigt dan ook de actie in art. 1:204 leden 3 en 4 BW, waarbij de moeder deze toestemming niet geeft. De wetgever heeft in dit geval consequent gehandeld door het instituut van de vervangende toestemming. De erkennende man moet dan wel aantonen dat hij de ‘onbekende vader’, dus de

echte (en juridische) vader is. Zowel de verwekker, de ‘geslachtsdader’, als de biologische vader zijn genetisch met het kind verwant. Laatstgenoemde moet bovendien aantonen dat hij ‘in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat’. Het gevaar in de redactie van de laatste bijzin in art. 1:204 lid 3 BW ligt in de mogelijkheid dat de vrouw dit recht van de man om zijn eigen kind te erkennen en dit recht van het kind om zijn biologische (en juridische) vader te kennen, kan frustreren. Bovendien is opvallend dat de volgorde van de belangen anders is dan in alle andere artikelen. Als eerste wordt hier niet het belang van het kind, maar het belang van de moeder genoemd, waarbij door een haar niet welgevallige uitspraak van de rechter, namelijk de vervangende toestemming, haar ongestoorde verhouding met het kind zou kunnen worden geschaad. Art. 1:204 lid 4 BW geeft ook aan andere personen het recht om een verzoek voor vervangende toestemming van de rechtbank in te dienen, indien deze persoon:

1. de levensgezel van de vrouw is;
2. ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.

Indien aan deze voorwaarden is voldaan, zal de rechtbank slechts vervangende toestemming verlenen indien dit in het belang van het kind is.

Weliswaar is de rechter degene die de beslissing neemt tot het al dan niet verlenen van de vervangende toestemming, maar voor deze beslissing is hij volledig afhankelijk van de opstelling van de vrouw. Als zij echt niet wil, verstoort zij actief de relatie met het kind met slechts één doel: geen vervangende toestemming. In het belang van het kind (immers, het hoogste belang) zal de rechter dan geen vervangende toestemming verlenen. Het kind, passief, heeft wel een belang, maar geen stem. In deze probleemsituatie zal de moeder dus haar stem en haar belang laten prevaleren.

2.5 De betekenis van ‘family life’ voor de erkenning

In het verdere verloop van dit proefschrift wordt teruggekomen op het voorkómen en vóórkomen van dit éénouderschap, met name bij de bespreking van de geboorte van kinderen binnen lesbische relaties, huwelijken en geregistreerde partnerschappen, waarbij wel een juridische moeder, maar niet altijd een juridische meemoeder ontstaat. In de gevallen waarin gebruik is gemaakt van een anonieme donor of van een bekende donor die niet de intentie tot vaderschap heeft en dus een schriftelijke verklaring bezit van de overeenstemming tussen hem en de aanstaande moeder, zullen er verder geen problemen ontstaan. Na de zelfinseminatie, eigenlijk na de levering van het sperma, stopt de ‘relatie’ met de bekende donor. De moeder zal in principe ook geen vorm van ‘family life’ toestaan. Dit in tegenstelling tot de bekende donor met vaderschapswens. Zijn bedoeling om op enige wijze deel te nemen aan de opvoeding van het kind en het hebben van een ‘family life’, zou zijn juridische vaderschap kunnen bevestigen. Indien de vrouw ongehuwd is, kan de bekende donor met toestemming van de

vrouw erkennen. Deze erkenning kan prenataal gebeuren. Echter, als de vrouw om haar moverende redenen niet voor een natuurlijke weg, maar voor de zelfinseminatie heeft gekozen om tot een conceptie te komen, zal zij misschien ook niet willen instemmen met deze erkenning. Indien de erkenning niet wordt belemmerd door de aanwezigheid van reeds twee ouders, kan ook na van de rechtbank verkregen vervangende toestemming deze bekende donor door middel van prenatale erkenning de tweede juridische ouder worden. Art. 1:204 lid 3 BW (oud) stond deze erkenning in de weg. Tot de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap op 1 april 2014 verbood de letterlijke tekst van dit lid de donor om vervangende toestemming te verzoeken, omdat hij niet de verwekker was. En juist deze laatste bijzin toonde de inconsistentie van dit oude artikellid aan. Immers, de verwekker was de persoon die door een geslachtsdaad te plegen de juridische vader kon worden. In de casus van de zelfinseminatie moet op grond van de instelling van de vrouw deze zelfinseminatie worden gelijkgesteld met een door haar niet gewenste directe geslachtsdaad. Er is derhalve geen enkele reden om onderscheid te maken tussen de ‘middellijke’ en ‘onmiddellijke’ geslachtsdaad. In dit geval heeft de donor immers zijn zaad slechts met één doel ter beschikking gesteld. Hij was wel bij machte, maar hij mocht niet. In de Wet lesbisch ouderschap is de beschreven inconsistentie in die zin opgeheven, dat ook de biologische vader (in de voorgestelde nieuwe terminologie de genetische vader) met vervangende toestemming van de rechtbank kan erkennen, als hij kan aantonen dat tussen hem en het kind een nauwe persoonlijke betrekking (dus ‘family life’) bestaat, tenzij deze erkenning ‘de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of dat een evenwichtige sociaal-psychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt’. De bekende spermadonor die deel wil hebben aan de opvoeding en dit ook schriftelijk heeft vastgelegd, zou dit, als hij niet volgens de voorstellen in hoofdstuk 14 al van rechtswege juridisch ouder wordt, alsnog op grond van art. 1:204 lid 3 BW moeten kunnen bereiken. Overigens is het niet duidelijk hoe de rechtbank tot haar beslissing kan komen in het geval van de geweigerde toestemming door de aanstaande moeder bij de prenatale erkenning. Ook hier bepaalt het verwachte gedrag van de aanstaande moeder, en na de geboorte het verwachte gedrag van de moeder, in hoge mate de uitkomst van dit verzoek.

Ook de Hoge Raad heeft in zijn beschikking van 30 november 2007 een begin van gelijkheid vastgesteld door het verzoek van de bekende donor tot omgang met het kind op grond van het bestaan van ‘family life’ ontvankelijk te verklaren.⁵⁰ Over de toewijsbaarheid van het verzoek is in deze beschikking inhoudelijk nog niets gezegd. Van het bestaan van ‘family life’ ligt de bewijslast bij de verzoeker. Zonder intentieverklaring kan dit moeilijk zijn, omdat de aanstaande moeder het ontstaan van dit ‘family life’ kan frustreren tot volledig verhinderen. Zoals eerder

50 HR 30 november 2007, NJ 2008/310, m.nt. J. de Boer; AA 2008, p. 133-138, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*het omgangsrecht van de spermadonor op grond van diens nauwe persoonlijke betrekking met het kind*). Zie ook HR 2 november 2012, NJ 2013/122, m.nt. S.F.M. Wortmann; AA 2013, p. 44-48, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*bijkomende omstandigheden voor ontvankelijkheid verzoek spermadonor tot vaststelling omgangsregeling*).

geschreven, als aan alle vereisten tot erkenning, op welke wijze dan ook, voldaan zou zijn, kan de rechter alsnog de vervangende toestemming weigeren, omdat de erkenning:

1. de belangen van de moeder (...); of
2. de belangen van het kind zou schaden.

Opvallend is hier het als eerste noemen van de belangen van de moeder, terwijl toch duidelijk in art. 3 lid 1 IVRK staat dat bij alle maatregelen betreffende kinderen (en daartoe behoort de erkenning, de vestiging van familierechtelijke betrekkingen, zeker) de belangen van het kind de eerste overweging vormen. De redactie van art. 1:204 lid 3 BW had dan ook kunnen en zelfs misschien wel moeten luiden: 'tenzij door deze erkenning de evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt of deze erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt.'

2.6 Gerechtelijke vaststelling

Zoals bij de vrouw door DNA-onderzoek dan wel schriftelijk bewijs kan worden vastgesteld wie de 'echte' juridische moeder is, zo kan ook bij de man het vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld. Ook hier heeft men dus dezelfde twee mogelijkheden: de man kan aantonen dat met zijn erfelijk materiaal een daad is verricht, die tot de bevruchting en de latere geboorte van een kind heeft geleid. De vaststelling leidt tot zijn biologisch/genetisch (hij heeft de geslachtsdaad zelf uitgevoerd), genetisch (met zijn geslachtscel en zijn toestemming is de conceptie tot stand gekomen) en juridisch vaderschap; of de man kan aantonen dat hij een daad heeft laten verrichten met aan hem door een ander geschonken erfelijk materiaal met het doel voor zich nakomelingschap te verwekken. Deze man wordt alleen de juridische vader.

Daar beide handelingen reeds vóór de geboorte, namelijk bij de bevruchting, hebben plaatsgevonden, is duidelijk dat deze vaststelling, die in sommige gevallen pas na de geboorte kan plaatsvinden, met terugwerkende kracht geldt tot het moment van de bevruchting met aansluitende innesteling en voor de huidige wetgeving tot het moment van de geboorte (art. 1:207 lid 5, eerste volzin, BW).

Terwijl de erkenning een graag willende persoon betreft, zal in het algemeen de gerechtelijke vaststelling plaatsvinden bij een niet willende persoon dan wel bij een niet meer kunnende (overleden) persoon. Daarom wordt de gerechtelijke vaststelling in de praktijk ook wel de 'gedwongen' erkenning genoemd.

Voortbordurend op de gedachten over het juridisch moederschap, hanteren van vermoeden, tenzij een andere vrouw bewijst dat zij de juridische moeder is, zou ook de man zijn juridisch vaderschap moeten kunnen opeisen. Hij moet dan wel

kunnen aantonen dat hij meer rechten heeft dan de van rechtswege juridisch vader geworden echtgenoot of geregistreerde partner.

In principe zal hij dus moeten aantonen dat hij de biologische/genetische dan wel uitsluitend genetische vader is en dus de juridische vader is. De situatie dat het kind geboren is na de conceptie met aan deze niet-echtgenoot of niet-geregistreerde partner gedoneerde geslachtscellen, maakt hem weliswaar tot de juridische vader, maar dit zal in het huwelijk of geregistreerd partnerschap nauwelijks voorkomen. Na de gerechtelijke vaststelling gaat het juridisch ouderschap van de echtgenoot of geregistreerde partner met terugwerkende kracht over op deze vader.

In het belang van het kind en de rechtszekerheid van de echtgenoot of geregistreerde partner zou aan deze gerechtelijke actie een korte termijn moeten worden gesteld.

In de huidige regelgeving moet eerst een succesvolle actie tot ontkenning worden gevoerd ex art. 1:200 BW door de man en ex art.1:202a BW door de vrouw en pas daarna kan een andere persoon erkennen.

Zonder geslaagde ontkenning kan er dus geen erkenning plaatsvinden, omdat er volgens art. 1:204 lid 1, onder e, BW al twee ouders zijn.

Indien in de wet naast de erkenning door de man ook de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap op verzoek van de man zou bestaan, zou bij deze gerechtelijke vaststelling het juridisch ouderschap van de echtgenoot, de geregistreerde partner of andere levensgezel op de verzoekende man overgaan, zoals bij rechterlijke uitspraak ook bij adoptie het juridisch ouderschap overgaat. Het kind had en heeft twee juridische ouders. Ook nu wordt voorbijgegaan aan situaties met oudere kinderen.

Dit verklaart de overweging van een relatief korte termijn van gerechtelijke vaststelling op verzoek van een mogelijk juridische en dus genetische vader (verwekker of KIP).

De kans dat deze mogelijke actie van de 'echte' vader, de persoon die de geslachtsdaad verricht heeft (de 'geslachtsdader'), problemen kan opleveren voor de juridische moeder, is zeer reëel. Immers, dit recht van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap bedreigt haar geheim van de overspelige actie. Het gaat echter te ver om hier te spreken van een inbreuk op haar persoonlijke levenssfeer. De inbreuk zal gelegen zijn in de beperking van het aantal mogelijke partners die de geheimhouding willen (vanuit een eigen belang moeten) garanderen.

2.7 DNA-onderzoek

Het is belangrijk om nu eerst iets over het DNA-onderzoek te schrijven.

Nu al, maar zeker in de toekomst als de voorstellen aanleiding geven tot wetwijzigingen, zullen afstammingsrechtelijke vragen vaker opgelost dienen te worden door DNA-onderzoek.

De betrokkenen kunnen hier in twee groepen worden onderverdeeld.

1. Zij die met DNA-onderzoek willen bewijzen dat zij wel of niet de juridische ouder – genetische verwantschap – zijn. Deze groep zal vrijwillig aan een DNA-onderzoek meewerken.
2. Zij die gedwongen moeten worden om op deze wijze het vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen om de daaruit voortvloeiende onderhoudsverplichting te kunnen effectueren.

Overigens leidt ook puur verwekkerschap zonder juridisch ouderschap (in de huidige definitie) tot een onderhoudsplicht ex art. 1:394 BW betreffende de alimentaire vaderschapsactie. In dit artikel is met de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap niet langer de man, maar de seksneutrale persoon als instemmende levensgezel genoemd: vaderschapsactie wordt ouderschapsactie.

Ook hier betreft het vaak het aantonen van de genetische verwantschap met DNA-onderzoek. Hoewel dit onderzoek ook bij overledenen mogelijk is en daarbij eigen problemen oproept, zal de aangesproken ouder (in de huidige wetgeving: de persoon) vaak niet genegen zijn om mee te werken op grond van art. 11 GW: 'Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam'. De 'verplichting' om in dit geval DNA-materiaal af te staan kan vergeleken worden met de 'verplichte' bloedafname in het kader van het onderzoek naar rijden onder invloed van alcohol. Er vindt hier een omkering van de bewijslast plaats. De moeder (of het kind) stelt dat deze man de vader is van het kind, brengt hiervoor ook aanvullende bewijzen aan. Aan de man is het dan om te bewijzen dat hij NIET de genetisch verwante vader, de echte verwekker is. En dit zal dan opnieuw door DNA-onderzoek dienen plaats te vinden. Deze omkering van de bewijslast, veelvuldig al toegepast bij alcoholcontroles, verhindert de noodzaak van een speciale wet die beperkingen moet stellen aan het grondrecht van art. 11 GW. Bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan de rechter echter wel degelijk een deskundigenbericht gelasten (art. 194 Rv). De Hoge Raad heeft beslist dat de rechtbank een DNA-onderzoek kan bevelen, omdat met dit onderzoek een hoge mate van betrouwbaarheid over het vast te stellen vaderschap wordt verkregen.⁵¹ Uitgegaan wordt van een kans van 99,99% op bevestiging, een kans van 100% op uitsluiting. Bij overledenen zullen de nabestaanden vaak geen toestemming tot dit DNA-onderzoek bij de overledene willen verlenen. Heida en Ter Haar spreken de wens uit dat de wet een mogelijkheid zou moeten creëren van vervangende rechterlijke toestemming.⁵²

2.8 Adoptie

De art. 1:198 lid 1, onder e, en 199, onder e, BW noemen de adoptie als mogelijkheid om het juridisch ouderschap (moederschap en vaderschap) te

⁵¹ HR 22 september 2000, NJ 2001/647, m.nt. J. de Boer.

⁵² Heida & Ter Haar 2007, p. 323-331.

vestigen. Dit gebeurt bij rechterlijke uitspraak. Veel van wat hierboven geschreven is, is nog in de klassieke man/vrouw-, vader/moeder-vorm.

De veranderde denkwijze in de samenleving en de daaruit resulterende wetgeving hebben geleid tot een gelijkstelling van de man en de vrouw in veel van de situaties waarin het aanvankelijk alleen ongelijksoortige paren betrof. Met name in het adoptierecht was dit een logisch gevolg, omdat hier sprake is van een fictieve afstamming.

Van Raak-Kuiper benadrukt dat naast de adoptie het afstammingsrecht talrijke ficties kent, o.a.⁵³

- de erkenning door de niet-genetische vader; (nu ook niet-genetische moeder, toevoeging PK)
- het van rechtswege vader worden van de echtgenoot (nu ook echtgenote of geregistreerde partner, toevoeging PK), niet zijnde de genetische vader;
- de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de instemmende levensgezel (uiteraard voor zover het erfelijk materiaal niet van hem afkomstig is);
- de draagmoeder die een kind baart, ontstaan uit een haar geschonken eicel.

De schrijver kan zich vinden in een aantal van haar ideeën over een mogelijke ‘verbetering’ van het afstammingsrecht, hoewel deze een andere oorsprong hebben dan hij in dit proefschrift propageert. Hij citeert: ‘Om het afstammingsrecht in alle gevallen in overeenstemming te laten zijn met de biologische realiteit zou een zeer grondige herziening van het afstammingsrecht noodzakelijk zijn’. (Vandaar dit proefschrift.) ‘Dan zou bijvoorbeeld de erkenning een waarheidshandeling dienen te worden en zouden de regels ‘pater est quem nuptiae demonstrant’ en ‘mater semper certa est’ uit het afstammingsrecht moeten verdwijnen.’

Dit betekent dat de openstelling van het huwelijk en het creëren van het geregistreerd partnerschap enerzijds en de mogelijkheid tot adoptie voor homo-seksuele paren anderzijds geleid hebben tot de noodzaak van een nadere precisering van het ouderschap. In hoofdstuk 5 wordt de adoptie uitgebreid behandeld.

2.9 Nieuwe omschrijvingen

Eerder is geschreven over de inconsistentie van het woordgebruik in de betrekkelijke wetgeving. Een correcte definitie en een consistent gebruik van de woorden ‘biologische vader’, ‘genetische vader’, ‘verwekker’ en ‘donor’ ontbreken. In de proeve zal in afdeling 1.11.1 BW de definitie van deze tot verwarring leidende begrippen worden opgenomen.

Zoals al vaker is aangegeven, moet onder een biologische en dus genetische vader die persoon worden verstaan, die zelf met zijn erfelijk materiaal daden verricht met de intentie van een conceptie; de persoon die deze daden verricht met de wetenschap dat dit tot een nakomeling kan leiden, wordt eveneens de biologische vader, zonder dat een intentie is uitgesproken. Onder de genetische

53 Van Raak-Kuiper 2007, p. 125.

vader wordt dan de persoon verstaan die dezelfde intentie heeft, maar deze daden laat verrichten met zijn erfelijk materiaal (homologe KI).

Deze actiebereidheid, verrichten dan wel laten verrichten, moet in het nieuwe systeem automatisch tot biologisch/genetisch (of alleen genetisch) en dus juridisch ouderschap leiden. Op dit moment is strikt juridisch de man die gebruik maakt van homologe KI, geen verwekker, terwijl hij eigenlijk aan alle voorwaarden van het genetisch en juridisch vaderschap voldoet. In art. 1:207 lid 1, aanhef, BW wordt gesproken over de 'instemmende levensgezel'. De redactie van dit artikellid is meerduidig in met name het tweede deel van de volzin: 'op de grond dat de persoon als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad'. Duidelijk is dat de persoon de daad niet zelf heeft verricht. Maar heeft hij, de persoon, ingestemd met een homologe (KIP) of heeft hij ingestemd met een heterologe (KID) inseminatie? Of heeft de persoon ingestemd met het 'vreemdgaan' van de vrouw? En wat bedoelt de wetgever met de woorden 'kan hebben gehad' in deze volzin? Ligt het niet meer voor de hand als hier en in de betreffende wetsartikelen had gestaan 'heeft gehad'?

In het huidige recht wordt dus onder een verwekker verstaan iemand die daadwerkelijk de geslachtsdaad uitvoert, en natuurlijk met zijn eigen erfelijk materiaal. Bij het verwekken is niet alleen de bedoeling doorslaggevend, maar ook het feit dat de persoon weet of behoort te weten dat hij met de geslachtsdaad het risico loopt tot een bevruchting en aansluitende zwangerschap te komen. De verwekker is de biologische/genetische en juridische vader van het aldus geboren kind. De man die een daad laat verrichten met aan hem door een ander geschonken erfelijk materiaal met het doel een kind te krijgen, wordt ook geen verwekker genoemd (heterologe KI of KID). In de art. 1:200 lid 3, 207 lid 1 en 394 BW wordt deze persoon, de instemmende levensgezel, echter wel gelijkgesteld met de verwekker. In het nieuw voorgestelde systeem is deze persoon niet de biologische of genetische ouder, maar wel de tweede juridische ouder van het kind.

De eenvoud van het nieuwe voorgestelde systeem ligt in het feit dat niet de relatievorm van beide partners het juridisch ouderschap bepaalt, maar uiteindelijk alleen óf de intentie om vader en moeder (ouder) te worden óf de wetenschap dat de daad kan leiden tot vader- en moederschap. In de meest voorkomende natuurlijke situatie ligt de intentie besloten in het uitvoeren van de geslachtsdaad. In de halfnatuurlijke situatie van zelfinseminatie dienen de vrouw en de spermadonor een (donor)overeenkomst op te stellen, waarin rechten en plichten ten aanzien van het kind worden vastgelegd. In deze overeenkomst is de intentie neergelegd. In alle onnatuurlijke, medisch geassisteerde, situaties doorlopen de partners een lang traject waarin bij herhaling de intenties van beide personen worden vastgelegd. Bij gebruikmaking van donorgameten zal de overgang van het 'beschikkingsrecht' (eigendomsrecht) van de donor op de acceptor notarieel moeten worden vastgelegd. Tot nu toe is de gedachtegang ontwikkeld aan de hand van de huidige wetgeving en het oude rolmodel van relaties tussen heteroseksuele personen. Aan de systematiek doet het niets af, indien overal

waar ‘man’ of ‘vrouw’ staat, de term ‘persoon’ wordt gebruikt en in plaats van ‘vader’ of ‘moeder’ de term ‘ouder’.

In dit voorgestelde systeem past ook naadloos de adoptie, die later apart kort zal worden besproken. Ook bij adoptie ontstaat, na een rechterlijke uitspraak, het juridische ouderschap, omdat de (adoptief)ouders een daad hebben verricht om ‘nakomelingschap’ te verwerven. Deze adoptiefouders zijn natuurlijk niet de biologische ouders.

Tot de adoptie had het adoptiekind biologische en dus juridische ouders. Door de adoptie houden, overeenkomstig art. 1:229 lid 2 BW, de familierechtelijke betrekkingen tussen het geadopteerd kind en zijn oorspronkelijke ouders en hun bloedverwanten op te bestaan. Het juridisch ouderschap gaat over, het oorspronkelijk biologisch ouderschap (een historisch gegeven) blijft natuurlijk bestaan. Ook naar geldend recht blijven de oorspronkelijke juridische ouders na adoptie nog steeds de biologische ouders, omdat alleen de juridische band en niet tevens de biologische band tussen hen en het kind wordt verbroken.

Art. 1:229 BW over adoptie is duidelijk; de leden 1 en 2 van dit artikel zijn reciproque.

1. Geadopteerde kinderen en adoptiefouders komen tot elkaar en tot de bloedverwanten van de adoptiefouders in een familierechtelijke betrekking te staan.
2. De familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde en zijn oorspronkelijke ouders en hun bloedverwanten houdt op te bestaan.

In lid 3 wordt een belangrijke uitzondering op het in lid 2 gestelde beschreven: de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde en zijn ouder en diens bloedverwanten blijft wel bestaan indien de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van die ouder het kind adopteert. Dit lid maakt duidelijk dat er sprake is van een niet adopterende ouder en een adopterende stiefouder of partner, een eenpersoonsadoptie.

Na de adoptie is de familierechtelijke relatie identiek aan de situatie in de algemene art. 1:197 tot en met 199 BW. Vanaf het moment van de adoptie deelt de geadopteerde de voorgeschiedenis van zijn adoptiefouders. Vanaf dit moment van adoptie heeft de geadopteerde samen met zijn adoptiefouders één en hetzelfde ‘verleden’ en één en hetzelfde heden. Historisch en juridisch gezien hebben de adopteerde en zijn adoptiefouders natuurlijk niet hetzelfde verleden, want de adoptie heeft in beginsel geen terugwerkende kracht. Op de hoofdregel van art. 1:230 lid 1 BW bestaan enkele uitzonderingen binnen een lesbische relatie op grond van lid 2, maar ook dan werkt de adoptie niet verder terug dan tot de geboorte van het kind. De geadopteerde deelt dus formeel het verleden met zijn oorspronkelijke ouders en hij deelt het heden en de toekomst – behoudens herroeping van de adoptie (art. 1:231 en 232 BW) – met zijn adoptiefouders. Materieel krijgt de geadopteerde door de nieuw ontstane familierechtelijke betrekkingen met de bloedverwanten van de adoptiefouders ook nieuwe groot-

ouders en andere familieleden. Het ‘verleden’ dat deze personen bijdragen aan zijn verdere ontwikkeling, is naar de mening van de auteur vele malen belangrijker dan het verleden met zijn oorspronkelijke ouders. In een groot aantal van de gevallen heeft hij daar niet eens weet van.

2.10 Recht van het kind op afstammingsinformatie

Als in art. 7 IVRK dan ook wordt gesproken over het recht van het kind om zijn of haar ouders te kennen, ontstaat pas echt de onduidelijkheid. Niemand betwijfelt het recht van het kind om zijn of haar ouders te kennen. Over welke ouders wordt hier gesproken?

Betreft het hier in de oude betekenis de biologische/genetische (oorspronkelijke) ouders of de juridische ouders? En om welke afstammingsinformatie gaat het?

In de art. 1:198 en 199 BW wordt nu, maar ook in de voorgestelde veranderingen, duidelijk gemaakt wie de juridische ouders zijn. Het kind heeft in principe, in de tekst van art. 7 IVRK ‘voor zover mogelijk’, het recht om deze ouders te kennen. Ditzelfde geldt natuurlijk ook voor de personen die op grond van de voorgestelde systematiek ouder zijn geworden.

In dit proefschrift volgt later ook nog een verdere uitwerking van de afstammingsinformatie en als onderdeel daarvan de statusvoorlichting. Dit zijn twee duidelijk van elkaar verschillende begrippen. Statusvoorlichting betreft de wijze waarop de bevruchting en de daaropvolgende zwangerschap en geboorte hebben plaatsgevonden. Afstammingsinformatie is informatie over de oorspronkelijke eigenaren van het erfelijk materiaal waaruit het kind is ontstaan. Voor de familierechtelijke betrekking tussen ouders en kind is eigenlijk alleen het recht op afstammingsinformatie relevant.

Bij adoptiekinderen hebben er oorspronkelijke ouders bestaan, personen die het ontstaan van een kind ‘gewild’ hebben. Bij alle vormen van medisch geassisteerde voortplanting met donorgameten zijn de ‘donoren’ geen OUDERS, omdat zij, de donoren, het kind NIET gewild hebben.

In veel van deze gezinnen, waarin het kind niet ontstaan is uit het erfelijk materiaal van zijn ouders, is door de onbekendheid met dit feit door kinderen nooit de vraag gesteld wie hun echte biologische vader is. Hier geldt het oude principe: ‘Wat niet weet, wat niet deert’.

Invoelbaar is dat er geadopteerde kinderen zijn die hun oorspronkelijke ouders willen kennen. Vaak gehoorde motieven zijn een eventuele gelijkenis met de oorspronkelijke ouder(s) opsporen of erachter willen komen wat de motieven waren die tot de adoptie (afstand) hebben geleid.⁵⁴ Het is redelijk om aan te nemen dat deze motieven ook bij interlandelijk geadopteerden gelden. Hoewel

⁵⁴ Eindrapport ZonMW 2011, p. 63.

voor de gelijkenis uitgebreide foto's en voor de reden van afstand een schriftelijk document zouden kunnen voldoen, wordt de indruk gewekt dat de geadopteerden die op zoek gaan naar hun oorspronkelijke ouders, toch een direct fysisch contact willen. In te veel gevallen leidt de confrontatie echter niet tot de door veel psychologen geprezen gelukzaligheid, die zo belangrijk is voor het krijgen van de 'identiteit'.

Te vaak wordt het begrip 'identiteit' als breekijzer gebruikt om het verweer van de meer behouden groep tot het geven van afstammingsinformatie te breken.

Over de 'identiteit' is veel geschreven. De auteur kan zich het beste vinden in de volgende beschrijving dat: 'Het verhaal van iemands identiteit en persoonlijkheid begint bij zijn of haar aanleg (het totaal willekeurige resultaat van de genetische eigenschappen van de ouders; cursieve aanvulling van PK)'. De ontwikkeling gaat verder in het geboren worden in een gezin of familie en het verder opgroeien in een bepaalde omgeving. Juist de wisselwerking tussen de persoon en zijn omgeving bepaalt uiteindelijk zijn identiteit.⁵⁵ De identiteit verandert derhalve in de tijd. Het is dus onjuist om te stellen dat een kind dat opgroeit in een harmonieuze gezinsomgeving, zonder weet te hebben van zijn oorspronkelijke ouders, een grotere kans heeft op identiteitsproblemen.

Dat 24,2% van de binnenlands geadopteerden heeft ervaren dat het contact met de biologische ouder(s) hun leven moeilijker heeft gemaakt en dat 33,3% stelt dat zij in ieder geval dat soms zo ervaren hebben, kan een aanwijzing zijn dat het zoeken naar de 'roots' te vaak niet het veronderstelde levensgeluk voor de zoeker oplevert.⁵⁶ Hierbij dient te worden overwogen dat deze cijfers betrekking hebben op binnenlands geadopteerden die vaak cultuur en taal, de eenvoudige mogelijkheid tot communicatie, met de oorspronkelijke ouders gemeen hebben.

Voor de schrijver is echter niet volledig invoelbaar de wens van ieder KI-kind om te weten van wie het erfelijk materiaal oorspronkelijk was, wel eventueel hoe de donor eruit zag, zijn fenotype, zodat het KI-kind daarin zijn gelijkenis kan zoeken. Overigens in bovengenoemd onderzoek bleek dat ook een aantal geadopteerde kinderen een gelijkenis zag in hun 'voedstervader'. Naast het niet noodzakelijk 'wie', NAW-gegevens (in de terminologie van de Wdcb: persoonsidentificerende gegevens), is natuurlijk ook, in tegenstelling tot adoptie, niet belangrijk waarom de donor zijn gameten heeft afgestaan. De gefaseerde bekendmaking van de gegevens van de donor in de Wdcb, met inbegrip van de NAW-gegevens, vindt niet altijd plaats in het belang van het kind, maar vaker, mogelijk te vaak, omdat het kind dat recht heeft. Tussen de donor en het kind is alleen de toevallige overeenkomst in de helft van het genetische materiaal aanwezig, zonder dat dit een garantie oplevert voor opvallende overeenkomsten, in welke kwaliteit dan ook, met de donor. Wat hierboven geschreven is, betreft de 'aanvankelijk anonieme' donor, d.w.z. de tot een bepaald tijdstip anonieme donor die op grond

55 IDEE Therapie & Training, 'Identiteit en persoonlijkheid'. Bron: www.idee-pmc.nl/zijn/identiteit_ontstaan.html.

56 Eindrapport ZonMW 2011, p. 65.

van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb) geregistreerd staat en wiens zaad volgens de artikelen in deze wet wordt gebruikt.

Naast deze geregistreerde donoren bestaat ook het instituut van de bekende donor. Daarbij vindt de poging tot bevruchting plaats door middel van zelfinseminatie met het zaad van een bekende donor. De regels van de Wdkb hebben geen betrekking op deze donoren. Het bekend zijn van de donor aan de vrouw leidt wel tot een tweetal mogelijkheden.

1. De donor stelt zijn zaad beschikbaar voor de zelfinseminatie en heeft daarbij ook de intentie vader te worden. Na de geboorte zou deze donor in het voorgestelde systeem de juridische vader worden. Hij is de genetische vader!
2. De donor heeft niet de intentie vader te worden. Zonder schriftelijk bewijs wordt hij de juridische vader. Ter voorkoming van onderhoudsclaims moet zijn intentie vóór het ter beschikking stellen van het sperma vastgelegd zijn.

Indien deze zelfinseminatie bij een alleenstaande vrouw plaatsvindt en de bekende donor geen intentie tot het vaderschap heeft, heeft het kind na de geboorte in het huidige recht geen juridische vader; overigens geldt dit ook voor de alleenstaande vrouw na KID-inseminatie. Bij zelfinseminatie was dit éénouderschap echter niet te voorkomen. Naast het later te bespreken recht uit art. 12 EVRM voor iedereen, was dit misschien de reden om ook KID bij alleenstaande vrouwen mogelijk te maken. Het éénouderschap is hier bewust geaccepteerd.

De schrijver geeft toe dat de inpassing van dit éénouderschap in zijn voorgestelde wijziging van het afstammingsrecht wat gekunsteld aandoet. Consequent geredeneerd heeft de vrouw een beslissing genomen om met aan haar ter beschikking gestelde geslachtscellen (van de bekende donor via zelfinseminatie of van de 'aanvankelijk' anonieme donor via de zaadbank, KID) tot een conceptie te komen. Deze intentie én het kunnen beschikken over zowel de eicel als de zaadcel(len) zouden in dit nieuwe systeem theoretisch ertoe leiden dat deze vrouw in zich zowel het juridisch 'moederschap' als het juridisch 'vaderschap' verenigt. Voor de wet zou dit 'twee-in-éénouderschap' dan natuurlijk wel juridisch gelijkgesteld moeten worden met het feitelijke éénouderschap, omdat anders een latere erkenning belemmerd wordt door het reeds aanwezig zijn van 'twee' ouders. En het ontkennen van haar 'vaderschap', vrijwel onmogelijk door de schriftelijke verklaring van de bekende donor en de aanwezige documentatie op grond van de Wdkb, leidt tot schizofrene toestanden.

2.11 Donorschap van gameten

Na deze uitweiding over de interpretatie van het ouderschap en het recht op 'afstammings'-informatie is het zaak terug te keren naar het spermadonorschap. Vroeger bestonden er alleen anonieme spermadonoren. Als eerste land in Europa schafte Zweden de anonimiteit af. Dit had direct een enorme reductie in het aantal spermadonoren tot gevolg. Ook een geslaagde actie van een door middel van KID bevruchte vrouw om, na haar scheiding, alsnog bij rechterlijke uitspraak de KI-

donor onderhoudsplichtig te laten maken, veroorzaakte een verdere vermindering. Dit tekort aan sperma had in Zweden ‘spermatoerisme’ tot gevolg. Aangezien dit tot een frustratie van de wet leidde, werd bij wet dit ‘spermatoerisme’ verboden.

In dit kader is het interessant om te zien dat burgers altijd naar landen uitwijken waar de wetten liberaler zijn. In Nederland heeft enige tijd het abortustoerisme bestaan. Nu is het draagmoeder-schapstoerisme naar o.a. India en Oekraïne en in België het anoniem-bevallen-in-Frankrijk-toerisme ontstaan. Kortom, de mens schikt zich maar moeilijk als wetten de door hem of haar als persoonlijk ervaren rechten frustreren.

Ook in het Verenigd Koninkrijk trad een duidelijke daling op in het aantal gametendonors na het opheffen van de anonimiteit. In 2010 bestond er een duidelijk tekort ondanks het feit dat sinds het oordeel in de Yearworth-zaak (zie paragraaf 1.5) gameten als eigendom worden behandeld en dus kunnen worden gekocht en verkocht, zoals dat gebruikelijk is in een commerciële markt.⁵⁷

Ook in Nederland gingen stemmen op om de anonimiteit van de spermadonor op te heffen. Na een zogenaamde twee-loketten-fase, waarbij de donor aangaf wel of niet anoniem te willen blijven, is uiteindelijk de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb) aangenomen. Hoewel deze wet de garantie biedt aan de geregistreerde donoren dat er geen familierechtelijke betrekkingen tussen hem en het met zijn zaad verwekte kind tot stand komen en dus ook geen onderhoudsplicht, bleek ook deze wet de animo van potentiële donoren flink te onderdrukken. Hierbij speelt mogelijk vooral een rol de onmacht van de spermadonor, die hieruit bestaat dat hij voor zijn weliswaar niet gegarandeerde, maar vaak wel gewenste anonimiteit volledig afhankelijk is van de wens van het met zijn erfelijk materiaal verwekte kind. In de uitspraken (o.a. *Valkenhorst I*⁵⁸ en *Valkenhorst II*⁵⁹) waarbij het kind deze genetische informatie wilde weten, werd vrijwel altijd het belang van het kind boven dat van de spermadonor gesteld (zie art. 3 lid 2 Wdkb).

Voor de toepassing van art. 1:394 BW heeft de Hoge Raad intussen beslist dat de donor – behoudens tegenbewijs – wordt vermoed de verwekker te zijn.⁶⁰ In de heersende opvatting moet dan de donor aantonen dat hij geen verwekker is, dus geen geslachtsgemeenschap met de moeder heeft gehad. In de nieuwe visie moet hij niet alleen dat aantonen, maar ook aantonen dat hij met het ter beschikking stellen van zijn gameten nooit de intentie heeft gehad om vader te worden. Voor de donoren die hun gameten volgens de Wdkb ter beschikking stellen, zal dit geen echt probleem mogen opleveren. Voor de ‘bekende’ donor die zijn gameten ter

57 Centre for Family Research, University of Cambridge, 2010, p. 5.

58 Rb. Breda 20 juni 1989, *NJ* 1989/726 en Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1990, *NJ* 1991/796 (*Valkenhorst I*).

59 Rb. Breda 5 maart 1991, *NJ* 1991/370, Hof 's-Hertogenbosch 25 november 1992, *NJ* 1993/211 en HR 15 april 1994, *NJ* 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst II*).

60 HR 26 juni 2009, *NJ* 2009/388, m.nt. S.F.M. Wortmann; *AA* 2009, p. 561-565, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*biologisch vader of verwekker?*).

beschikking stelt voor zelfinseminatie, bestaat wel de noodzaak het afwezig zijn van de intentie om vader te worden schriftelijk vast te leggen.

In Nederland heeft de Hoge Raad in 1994 in zijn rechtsoverwegingen in bovengenoemd Valkenhorst-arrest uit art. 6 lid 1 GW (recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging) jis. art. 7 lid 1 GW (recht op vrije meningsuiting) en art. 10 lid 1 GW (recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) een algemeen persoonlijkheidsrecht gecreëerd, dat ieder kind het recht geeft om zijn afstamming te kennen.

Ook in Duitsland ontleent het kind zijn recht op afstammingsinformatie aan het door het Bundesgerichtshof in 1954 geïntroduceerde ‘allgemeines Persönlichkeitsrecht’, dat echter veel verder gaat dan het Nederlandse recht. Op grond van §953 BGB zijn evenals in Nederland (Van der Steur⁶¹) de personen door wie of van wie bepaalde lichaamsdelen (ook gameten) afgescheiden zijn, de juridische eigenaar. Op grond van § 947 Abs. 1 BGB worden beide eigenaren van deze gameten na de penetratie van de zaadcel in de eicel de gemeenschappelijke eigenaren van de 2-PN-Cel (de cel met de twee nog te onderscheiden oorspronkelijke kernen). Anders dan in Nederland wordt uit het ‘allgemeines Persönlichkeitsrecht’, ontwikkeld uit Art.1 Abs. 1 en Art. 2 Abs. 1 van de Duitse Grondwet (‘Grundgesetz’), ook de juridische eigendom van de gameten geconstrueerd.⁶²

Zoals al eerder vermeld is, creëerde de Hoge Raad in het *Valkenhorst*-arrest het begrip ‘algemeen persoonlijkheidsrecht’, waaronder het recht op afstammingsinformatie zou vallen. Daarnaast achtte de Hoge Raad de vrouw verplicht om deze informatie te geven, omdat zij mede verantwoordelijk was voor de geboorte van dit kind. Hoewel de Hoge Raad in dit arrest zegt dat het ten dezen uitdrukkelijk niet gaat om kunstmatige donorinseminatie, moet juist deze opmerking tot de conclusie leiden dat hij wel degelijk aan een analogie gedacht heeft. Immers, de donor zou dan mede verantwoordelijk kunnen zijn voor het ontstaan van het kind, omdat hij het erfelijk materiaal ter beschikking heeft gesteld.

De schrijver dezes weet dat velen het met zijn veronderstelling niet eens zijn. Negenentwintig jaar geleden begon hij zijn rechtenstudie in Rotterdam. In het eerste jaar gaf Van der Heyden een college ‘Inleiding’. Daarin behandelde hij de leer van de cybernetische systemen. De essentie van deze colleges is hem altijd bij gebleven: ‘Het gaat er niet altijd om wat er gezegd of geschreven wordt. Belangrijker is vaak wat er juist niet gezegd of niet geschreven wordt. Het is de belangrijkste taak voor de toehoorder om uit het gezegde en niet-gezegde in de context van de situatie de bedoeling van de spreker te isoleren.’ En dat heeft hij boven geprobeerd te doen.

Van Raak-Kuiper suggereert dat de Hoge Raad bewust niet op de stoel van de wetgever wilde gaan zitten, omdat op het moment van deze uitspraak de Wet donorgegevens kunst-matige bevruchting in voorbereiding was.⁶³ Deze wet sloot

61 Van der Steur 2003, p. 221.

62 Börgers & Frister 2010, p. 9 en 10.

63 Van Raak-Kuiper 2007, p. 26.

echter niet het wel of niet verantwoordelijk zijn van de ‘bekende’ donor uit. In 2009 heeft de Hoge Raad deze lacune gesloten. De donor wordt verantwoordelijk voor het ontstaan van het kind gehouden, tenzij

....

Persoonlijk kan de auteur van deze dissertatie deze redenering niet volgen. In extremis zou na een ernstig auto-ongeluk niet alleen de bestuurder, maar ook de autodealer of fabrikant medeverantwoordelijk kunnen worden gesteld, zonder dat de auto een gebrek vertoonde waarvoor de producent volgens art. 6:185 BW aansprakelijk kan worden gesteld. Immers, hij heeft de auto gebouwd en ter beschikking gesteld. Extrapolerend naar alle voorwerpen waarmee strafbare feiten te plegen zijn, zou de kring van medeverantwoordelijken wel erg groot worden. De donor wordt niet medeverantwoordelijk door de loutere schenking. Als er al een echte medeverantwoordelijke aangewezen moet worden, is dat de persoon die de KI heeft uitgevoerd. Deze heeft echter gehandeld op uitdrukkelijk verzoek van de toekomstige ouders. Na de schenking van de gameten, spermatozoa of oöcyten wordt de relatie met de donor volledig verbroken. Hij of zij kan, na de schenking, ook eigenlijk niet meer zelf over deze gameten beschikken. Hij of zij weet in het algemeen niet of de gameten zijn gebruikt en tot het ontstaan van een kind hebben geleid.

In de Embryowet wordt niet over het schenken, maar slechts over het ter beschikking stellen van geslachtscellen en embryo's gesproken. Ondanks het feit dat art. 7:175 BW hier niet aan de orde is, heeft de auteur bewust voor de term 'schenking' gekozen. Immers, deze schenking gaat niet ten koste van het eigen vermogen. Het is in ieder geval duidelijk dat gameten, bloed en organen 'zaken' buiten de handel zijn, ook al mag deze term eigenlijk niet meer worden gebruikt; zij vertegenwoordigen in onze samenleving geen waarde. Na afscheiding van het lichaam, bij orgaandonatie bij levenden zelfs ervóór, kan de mens daar beperkt over beschikken: zelf (opnieuw: 'bloeddoping') gebruiken, vernietigen of aan een ander geven. En omdat zij kennelijk wel door de gameten-, bloed- en orgaandonor kunnen worden gedoneerd, zie de betreffende wetten, heeft hij ter onderscheiding van de andere zaken deze zaken 'res sui generis' genoemd. Daarbij komt voor hem nog het verschil in de gevoelswaarde van de twee woorden 'schenking' en 'terbeschikkingstelling'. De donatie, de schenking, geeft meer het definitieve karakter aan. En juist deze verbreking van de relatie met de donor en het overgaan van de rechten op de acceptor vormen de basis voor dit proefschrift. Met de hem of haar geschonken gameten kan hij of zij die daad laten verrichten die kan leiden tot de gewilde conceptie. Slechts in één geval herleeft het oude recht van de donor: ook hij behoort in te stemmen met het gebruiken van het met zijn erfelijk materiaal ontstane embryo voor een ander doel dan het tot stand brengen van een zwangerschap (art. 6 lid 4 Embryowet).

Er wordt frequent over de spermadonor geschreven. Hier zij opgemerkt dat ook de eiceldonor en de ‘donoren’ van een embryo in de toekomst extra aandacht behoeven.

Er zijn nu dus twee soorten spermadonoren: de anonieme en de bekende spermadonor. Overigens wordt sinds de invoering van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb) onder anonimiteit iets anders verstaan dan

daarvóór. Vóór de invoering kon de spermadonor volledig anoniem zijn sperma doneren aan de zaadbank. De uit een geslaagde inseminatie geboren kinderen konden op geen enkele wijze achterhalen uit welk mannelijk erfelijk materiaal ze waren ontstaan. Bijzonder storend in het kader van dit proefschrift is dat iedere keer weer wordt geschreven dat deze kinderen hun biologische vader niet kunnen kennen. Een anonieme spermadonor is geen biologische vader (en dus ook geen genetische vader): hij heeft zijn erfelijk materiaal om niet aan een onbekende ander ter beschikking gesteld, die met het gebruik van dit materiaal een daad heeft laten verrichten etc. De anonieme spermadonor, in de thans geldende wetgeving beter aan te duiden als de ‘aanvankelijk anonieme’ spermadonor, omdat gefaseerd deze anonimiteit kan worden opgeheven, heeft nooit de intentie tot vaderschap gehad; hij heeft ook nooit zelf de instemming van de toekomstige moeder gehad. Kortom, een kind kan altijd geïnteresseerd zijn in het antwoord op de vraag uit welk erfelijk materiaal hij of zij is ontstaan bij KID, maar de desbetreffende man is NIET zijn biologische of genetische vader. Mutatis mutandis gelden deze opmerkingen natuurlijk ook bij eiceldonaties.

Naar aanleiding van constante jurisprudentie, zowel van het EHRM⁶⁴ als van de HR, over het recht van kinderen op afstammingsinformatie zijn er bewegingen op gang gekomen, die uiteindelijk geleid hebben tot de invoering van de Wdtkb.⁶⁵ In de jurisprudentie wordt verwezen naar art. 8 EVRM en de art. 7 en 8 IVRK en op nationaal niveau naar art. 10 GW.

Hoewel het EHRM in zijn uitspraken het belang van afstammingsinformatie onderschrijft, wil het niet zo ver gaan dit recht als een absoluut recht te erkennen. Of daar een vermijding van een mogelijk conflict met één van de grotere lidstaten, Frankrijk, naar aanleiding van de anonieme bevallingen (‘accouchement sous X’) debet aan is, is waarschijnlijk, maar niet zeker.⁶⁶ In 2012 heeft het EHRM daarentegen nog een Italiaanse vrouw in het gelijk gesteld, die zich verzette tegen de Italiaanse overheid, die op geen enkele wijze medewerking wilde verlenen bij het verkrijgen van niet-identificerende gegevens over haar moeder, die haar in 1943 bij de geboorte anoniem had afgestaan.⁶⁷

2.12 Gendervrije of discriminatieloze wetgeving?

In geregistreerde lesbische partnerschappen staan na de vrijwel volledig doorgevoerde seksneutraliteit van de familierechtelijke wetgeving dezelfde mogelijkheden open voor de vrouwelijke partner.

In veel oude wetsartikelen zijn alleen de woorden ‘man’ en ‘vrouw’ vervangen door de neutrale vorm ‘persoon’. Daarnaast zijn in veel gevallen ook de termen ‘moederschap’ en ‘vaderschap’ door ‘ouderschap’ vervangen. Dat deze één-op-

64 EHRM 7 juli 1989, NJ 1991/659 (*Gaskin*).

65 HR 15 april 1994, NJ 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*).

66 EHRM 13 februari 2003, NJ 2003/287 (*Odièvre*).

67 EHRM 25 september 2012, appl.nr. 33783/09 (*Godelli v. Italy*).

één-vervanging, zo logisch voortvloeiend uit de Grondwet en andere op de gelijkheid betrekking hebbende wetten, in het algemeen volksgevoel, lees: regering en parlement, slechts zeer langzaam plaatsvindt, moge blijken uit het verdere vervolg van dit proefschrift. Dat daarbij vaak gebruik gemaakt wordt van het ‘opportuiniteitsbeginsel’ (al naar gelang de vraag stellen we vast of er al dan niet een verschil bestaat tussen man en vrouw), moge blijken uit de verschillen in benadering van vrouwelijke (lesbische) en mannelijke (homoseksuele) paren in gevallen die de afstamming betreffen.

Voor alle duidelijkheid: dit hoofdstuk gaat over het ontstaan van juridisch ouderschap (afstammings- en adoptierecht), niet over het vestigen van ouderlijk gezag of voogdij (gezagsrecht). Hierop wordt later in hoofdstuk 7 kort ingegaan.

2.13 Samenvatting

In dit hoofdstuk werd het belang van de intentie tot ouderschap belicht. Naast de simpele geslachtsdaad, de meer geavanceerde kunstmatige inseminatie, de specialistische in-vitrofertilisatie met embryotransfer, moeten daartoe ook de erkenning en de adoptie worden gerekend. De consequentie van de nieuwe visie is dat aan dit scala ook de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap, moederschap en vaderschap, dient te worden toegevoegd.

Deze gerechtelijke vaststelling is natuurlijk wel gekoppeld aan een gelijktijdige gerechtelijke ontneming van het ouderschap aan de niet-rechtmatige ouder.

Ieder kind heeft immers maximaal twee ouders.

3 | Gametendonatie

3.1 Geslachtscellen zijn zaken

‘Wat je niet hebt, kun je niet geven’. Het klinkt eenvoudig, maar in het recht is dit niet zo eenvoudig. Als men immers iets aan een ander geeft, zodat de ander daarover volledig en definitief kan beschikken, wordt de ander daarvan de eigenaar. Dit geven verschilt duidelijk van het in bruikleen geven of anderszins in gebruik geven. Hierbij blijft het definitieve beschikkingsrecht bij de inbruikleengever of anderszins ingebruikgever. En wat kan men geven? Een zaak of een vermogensrecht.

In de art. 3:1, 2 en 6 BW wordt omschreven wat onder zaken en vermogensrechten moet worden verstaan. In een eerder stadium is al bepleit, de conclusies van Van der Steur⁶⁸ en van Börgers en Frister⁶⁹ volgend, om in het kader van dit proefschrift ook alle van het lichaam afgescheiden geslachtscellen als stoffelijke objecten te beschouwen die vatbaar zijn voor menselijke beheersing. Hoewel in het algemeen spraakgebruik het hebben van een kind als een rijkdom wordt genoemd en men ‘voor geen geld’ zijn kind wil missen, gaat het te ver om, de omschrijving van art. 3:6 BW volgend, de ‘rechten die (...) er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen (...) zijn vermogensrechten’, onverkort toe te passen. Hier is eerder sprake van een recht om over bepaalde zaken te beschikken; dit als een nadere invulling van de wijze waarop de menselijke beheersing van zaken moet worden gezien.

In art. 5:1 lid 1 BW staat dat eigendom het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben. Het feit dat iemand met een zaak kan doen wat hij wil, mits de voorwaarden onder art. 5:1 lid 2 BW niet worden overtreden, leidt tot de conclusie dat er ook zaken kunnen zijn, waarmee niet alle rechtshandelingen kunnen worden uitgevoerd, die onder het meest omvattende recht geacht worden te vallen, maar ten aanzien waarvan de eigenaar ook niet de bedoeling heeft om er alles mee te doen. Te denken valt aan zaken die niet verkocht, verhuurd, verpand of beleend kunnen of mogen worden, de ‘res extra commercium’ uit het oude recht, maar wel geschonken of vernietigd kunnen worden. Kortom: zaken van een aparte soort, de ‘res sui generis’. Hier worden bewust de aanhalingstekens gebruikt, omdat er in het huidige rechtstelsel geen plaats meer

68 Van der Steur 2003, p. 221.

69 Börgers & Frister 2010, p. 9 en 10.

is voor de categorie ‘res sui generis’. Dit geldt zowel voor de gameten als voor het later te bespreken embryo (Van der Steur).⁷⁰ En over deze zaken gaat het in dit hoofdstuk.

Door het lichaam worden zaken als urine, oöcyten bij vrouwen in de geslachtsrijpe leeftijd, spermatozoa bij mannen vanaf de puberteit uitgescheiden. Eicellen worden na voldoende rijping door de ovaria afgescheiden; spermatozoa worden in de testes aangemaakt en vervolgens in een reservoir tijdelijk opgeslagen. In de natuurlijke omstandigheden verdwijnen deze geslachtscellen, indien er geen bevruchting tot stand wordt gebracht.

3.2 Embryowet

In art. 1 Embryowet staan de definities die ook in dit proefschrift zullen worden gebruikt.⁷¹

De geslachtscellen of gameten zijn de mannelijke zaadcellen of spermatozoa en de vrouwelijke eicellen of oöcyten.

Onder embryo verstaat deze wet ook de cel of samenhangend geheel van cellen die ontstaan is na de samensmelting van het spermatozoön en de oöcyt (de zygote). In het Duitse recht wordt nog een belangrijke betekenis toegekend aan de 2-PN-Zelle. Dit is de cel die ontstaat na de penetratie van het spermatozoön in de eicel. Op dat moment bevat deze cel de kernen (PN = ProNuclei) met elk het enkele aantal chromosomen van de twee geslachtscellen. Pas na de samensmelting van deze kernen ontstaat de zygote. Zowel de zygote als het door de celdelingen ontstane embryo hebben ‘het vermogen uit te groeien tot een mens’ en moeten derhalve als het begin van het menselijk leven beschouwd worden (Van Beers).⁷² Overigens moet hierbij wel worden opgemerkt dat dit vermogen en dus dit nieuwe leven alleen kan worden geëffectueerd onder geconditioneerde omstandigheden. De mate van toenemende beschermwaardigheid die ook in de Duitse rechtsleer wordt aangehouden, is in het kader van dit proefschrift irrelevant.⁷³

In de definitie van de Embryowet wordt de foetus benoemd als het embryo in het menselijk lichaam. In het algemeen wordt pas van een foetus gesproken nadat het embryo autonoom via verschillende tussenvormen als de morula, blastula, gastrula en neurolatie overgaat tot de organogenese waarbij de orgaandifferentiatie optreedt. Hoewel medisch niet geheel correct, maakt het gebruik van het woord foet of foetus wel meteen duidelijk dat het hier een ingenesteld embryo betreft.

⁷⁰ Van der Steur 2003, p. 219, voetnoot 474.

⁷¹ Embryowet, Wet van 20 juni 2002, *Stb.* 2002, 338, in werking getreden op 1 september 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's, laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 10 juli 2013, *Stb.* 2013, 306, in werking getreden op 27 september 2013, tot wijziging van de Embryowet in verband met de evaluatie van deze wet.

⁷² Van Beers 2009, Conclusie, p. 285.

⁷³ Enders 2010, p. 4.

In art. 5 lid 1 Embryowet staat dat meerderjarigen hun geslachtscellen ter beschikking kunnen stellen ten behoeve van de zwangerschap van een ander. Lid 2 van dit artikel zegt dat deze terbeschikkingstelling slechts schriftelijk en om niet kan worden gedaan.

Art. 8 lid 2 Embryowet betreft de terbeschikkingstelling van de niet meer voor het tot stand brengen van een eigen zwangerschap nog aanwezige embryo's, die ook schriftelijk en om niet moet plaatsvinden. Om niet betekent niet dat er voor de ontvangers geen kosten verbonden kunnen zijn aan deze terbeschikkingstelling. Art. 27 Embryowet verbiedt voor de verstrekking (lees: terbeschikkingstelling) aan anderen van geslachtscellen en embryo's die op grond van de art. 5 en 8 Embryowet ter beschikking zijn gesteld, een vergoeding te vragen die meer bedraagt dan de kosten die een rechtstreeks gevolg zijn van de handelingen die met de geslachtscellen of embryo's zijn verricht. Of anders gezegd: de donor krijgt niets, de acceptor moet aan de intermediair de kosten betalen die 'rechtstreeks het gevolg zijn van de handelingen die met de geslachtscellen en embryo's zijn verricht'. Gedacht kan worden aan bewaarkosten, kosten van optimaliseren of kosten van de noodzakelijke administratie.

Hoewel in deze wet nergens de term 'gametendonor' wordt gebruikt (de personen schenken niet, maar stellen om niet ter beschikking), is wel duidelijk dat het beschikkingsrecht van deze personen door de terbeschikkingstelling ingrijpend verandert.

In de tweede volzin van art. 5 lid 2 Embryowet staat: 'De betrokkene kan voor zover de geslachtscellen nog niet zijn gebruikt, de terbeschikkingstelling te allen tijde, zonder opgaaf van redenen, herroepen'. Indien zijn geslachtscellen nog niet zijn gebruikt, wordt zijn beschikkingsrecht echter wel ingeperkt door art. 6 lid 2 Embryowet. De persoon die zijn geslachtscellen voor een bepaald doel (bijvoorbeeld ten behoeve van een zwangerschap van anderen) en voor een bepaalde termijn ter beschikking heeft gesteld, kan slechts het doel wijzigen en de termijn verlengen in samenspraak met de bewaarder van de geslachtscellen. Het enige wat deze persoon dan nog rest, is gebruik te maken van zijn recht uit art. 5 lid 2 Embryowet. Aan de andere kant verliest deze persoon niet altijd zijn volledige beschikkingsrecht nadat zijn geslachtscellen zijn gebruikt. In de schriftelijke terbeschikkingstelling om niet heeft de 'schenker' aangegeven voor welk doel deze gameten ter beschikking zijn gesteld. Degenen aan wie de gameten ter beschikking zijn gesteld, kunnen deze voor het doel gebruiken dat in de akte is vastgelegd. Bij het gebruikmaken van de nieuwe voortplantingstechnologie is het altijd mogelijk dat er meer embryo's ontstaan dan voor de wensouders noodzakelijk zijn om hun kinderwens te vervullen. Deze overtollige embryo's mogen zij voor zichzelf voor een latere hernieuwde zwangerschap bewaren. Indien zij deze embryo's niet zelf willen gebruiken, mogen zij deze op grond van art. 8 lid 1, onder a, Embryowet aan anderen ter beschikking stellen. Volgens de geest van de wet zou de oorspronkelijke terbeschikkingsteller niet behoeven te worden ingelicht of om toestemming te worden gevraagd. Immers, het intussen met zijn gameet ontstane embryo beantwoordt aan het door hem beoogde doel: het mogelijk maken van een zwangerschap van een ander. Alleen in het geval dat

het embryo gebruikt wordt voor de doelen, genoemd in art. 8 lid 1, onder b en c, Embryowet herleeft een (mede)beschikkingsrecht van de oorspronkelijke donor. Indien hij niet instemt met deze verandering in doel, vindt de terbeschikkingstelling van het embryo niet plaats en wordt de eventueel al gedane terbeschikkingstelling zonder opgaaf van redenen aan de nieuwe wensouders herroepen.

Hoewel de term ‘schenking’ een andere juridische betekenis heeft, kan men de ‘terbeschikkingstelling om niet’ de facto gelijkstellen met een geconditioneerde schenking. Volgens de heersende leer betekent ‘om niet’ in het kader van de schenking van art. 7:175 lid 1 BW ‘zonder tegenprestatie én uit vrijgevigheid’; het laatste woord is synoniem van liberaliteit, bevoordelingsbedoeling of ‘animus donandi’; zie ook art. 7:186 lid 1 jo. art. 7:175 lid 1 BW. En zoals eerder in dit proefschrift is gesteld en ook duidelijk in de Embryowet is beschreven, schenkt de gametendonor uit vrije wil en zonder tegenprestatie zijn gameten aan een ander om deze ander in het mogelijke genot van nakomelingschap te brengen. Het aan een ander ter beschikking stellen betekent niet meer, maar ook niet minder dan dat men zelf over deze geslachtscellen kan beschikken. Een ander bekend dilemma ontstaat dan bij de beantwoording van de bekende vraag: van wie zijn de geslachtscellen of aan wie behoren ze toe? Als zij aan de terbeschikkingsteller toebehoren en hij er vrijelijk over kan beschikken, mag men dan deze persoon niet de juridische eigenaar noemen van deze ‘res sui generis’? En is het dan niet redelijk dat men dan de begunstigde van deze terbeschikkingstelling de nieuwe juridische eigenaar noemt?

In dit proefschrift heeft de auteur ten aanzien van beide vragen Van der Steur, alsmede Börgers en Frister gevolgd en heeft hij voor wat betreft de geslachtscellen een positief antwoord gegeven.

3.3 De rechten van het embryo en vanaf welk moment

Hoewel het familierecht en vooral titel 1.11 BW ook uitgebreid de rechten van kinderen, verschillend naar gelang hun leeftijd, beschrijft, o.a. in het kader van een verzoek tot ontkenning van het vaderschap, toestemming voor de erkenning, gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, beperkt dit proefschrift zich bewust tot het tijdstraject dat ligt tussen de concipiërende daad met eigen of gedoneerde gameten en de geboorte. Naast het ontstaan van nieuw menselijk leven beschrijft dit proefschrift het ontstaan van juridisch ouderschap, dat na de geboorte pas in zijn volle omvang zichtbaar wordt. Vóór de geboorte bestaat er al een duidelijke relatie tussen de juridische ouders en het embryo. De beschikking door beide ouders wordt in de Embryowet geregeld. Ook de bescherming van het embryo wordt in de Embryowet geregeld. De ongeboren vrucht of, zoals in art. 1:2 BW staat: ‘het kind waarvan een vrouw zwanger is’, heeft dezelfde rechten als een geboren kind, voor zover dit zijn belangen betreft. De wetgever geeft aan dat het nieuwe menselijke leven niet begint bij de geboorte, maar op een eerder moment: de totstandkoming van de zygote en de aansluitende innesteling van het embryo in de baarmoeder.

In de juridische (gezondheidsrechtelijke) literatuur bestaat nog wel verschil van mening over de vraag of het begin van de zwangerschap het tijdstip van conceptie dan wel het tijdstip van innidatie is. Dit is het logische gevolg van het hanteren van verschillende definities. Algemeen wordt aangenomen dat onder de conceptie het moment van bevruchting wordt verstaan. Deze conceptie komt tot stand, omdat meestal twee personen dat gewild (of geweten) hebben. Daarvoor hebben zij een activiteit moeten uitvoeren. Deze activiteit is onderworpen aan hun wil (helaas soms ook onwil). Bij de conceptie fuseren twee geslachtscellen met ieder een kern met 23 chromosomen tot een zygote met 2×23 chromosomen. Deze zygote gaat zich autonoom delen, ook buiten de baarmoeder. Zonder een geëigende voedingsbodem gaat dit zich ontwikkelende embryo ten gronde. Pas als dit embryo op natuurlijke wijze via de eileider of door middel van een technische ingreep bij de IVF in de baarmoeder wordt gebracht, bestaat er een relatief kleine kans, tussen de 10 en 25%, dat dit embryo zich in de baarmoederwand innestelt. Deze innesteling ontrekt zich volledig aan de wil van de actoren. Pas na deze geslaagde innesteling bestaat er een zwangerschap die kan resulteren in een geboorte. Kortom, zonder innidatie geen zwangerschap en zonder conceptie geen innidatie. Niet de conceptie is het beslissend moment voor de totstandkoming van de zwangerschap. Dit is duidelijk de innidatie. Onduidelijker is het antwoord op de vraag vanaf welk moment de zich ontwikkelende vrucht bepaalde rechten krijgt. Asser/De Boer⁷⁴ acht in tegenstelling tot o.a. Leenen,⁷⁵ Broekhuisen-Molenaar⁷⁶ en De Bruijn-Lückers⁷⁷ het tijdstip van innidatie een te strikte uitleg van art. 1:2 BW.

Volgens Nuytinck is dit art. 1:2 BW vooral van belang voor het erfrecht, maar voor de goede lezer moge duidelijk zijn dat dit artikel de basis vormt voor deze ‘nieuwe visie op de afstamming’.⁷⁸

In de Embryowet komt aan de juridische ouders van het embryo het recht toe het embryo aan een ander te schenken, te bewaren of te vernietigen. Dit recht beperkt zich natuurlijk tot het nog niet getransfereerde embryo.

Na de geslaagde transfer, innidatie en intacte zwangerschap treedt art. 1:2 BW in werking. Heel opvallend is hierbij de tweede volzin van dit artikel: komt het kind dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan. Opnieuw wordt hier een fictie gehanteerd om mogelijk administratieve problemen te voorkomen. Met name het tijdstip van overlijden en de oorzaak blijven vaak onduidelijk. Het gevolg van de tweede volzin van art. 1:2 BW is dan ook dat alle kosten die voortvloeien uit het onderzoeken van het doodgeboren kind, worden toegerekend aan de ontzangerde vrouw. Het kind is nog geen rechtssubject geworden en heeft nog geen plaats in de formele samenleving gekregen.

74 Asser/De Boer 2010, nr. 23.

75 Leenen 1994, p. 117.

76 Broekhuisen-Molenaar 1992, p. 32.

77 De Bruijn-Lückers 1994, p. 126.

78 Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 12. Zie ook voetnoot 1 bij dit nummer, waarin Nuytinck terecht stelt dat de wetgever in dit artikel taalkundig correcter over ‘het kind van wie een vrouw zwanger is’ dan over ‘het kind waarvan een vrouw zwanger is’ had kunnen spreken.

3.4 Door schenking verandert de juridische eigenaar

In dit proefschrift worden de personen die de gameten ter beschikking stellen, de term uit de Embryowet, steeds de schenkers, donors of eigenaars van de gameten genoemd. Ook worden consequent die personen die de beschikking over deze gameten hebben gekregen, de nieuwe juridische eigenaars genoemd. Daarbij werd uitgegaan van de gedachte dat gameten wel onder de definitie van art. 3:2 BW begrepen kunnen worden: stoffelijke objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn, maar op grond van in onze samenleving levende gevoelens, hun neerslag vindend in de Nederlandse openbare orde en de goede zeden, wel een beperkte beheersbaarheid vertonen. In de Nederlandse samenleving zijn organen, gameten en bloed, maar ook urine en haren eigenlijk niet verhandelbaar. Zaken die buiten de handel zijn, werden in het oude recht 'res extra commercium' genoemd. Gezien het bijzondere karakter van de door de mens af te scheiden of afgescheiden objecten en op grond van de beperkingen in de beheersing is gepleit voor de niet meer in het BW voorkomende term van 'res sui generis'. Dit zou dan in art. 3:2 BW geëxpliciteerd kunnen worden. Wellicht kan dit in dezelfde trant als de civielrechtelijke benadering van dieren (art. 3:2a BW).

Aan het lichaam groeien haren, die na knippen of scheren zelfstandige zaken worden. Ook een uit het lichaam verwijderd orgaan wordt een zelfstandige zaak. Verder behoort afgetapt bloed tot deze groep van zaken. Over al deze zaken kan men beschikken en men doet dat ook. En dit beschikken beperkt zich niet tot het in bewaring geven of vernietigen. Voor dit standpunt is, zoals eerder vermeld, steun te vinden bij Van der Steur, Börgers en Frister.

Als men kan accepteren:

1. dat geslachtscellen, na afscheiding door het lichaam, zelfstandige zaken zijn; en
2. dat de 'afscheider', om de term 'eigenaar' even te vermijden, met de beperking van het 'res sui generis' zijn met deze zaken kan doen wat hij wil, zelf houden, in bewaring geven, aan een ander geven (direct of indirect) of vernietigen; en
3. dat binnen de beperkingen van het 'res sui generis' zijn dit recht gezien moet worden als hetzelfde recht dat in art. 5:1 lid 1 BW genoemd wordt als de kenmerkende eigenschap van eigendom;

ligt het in de rede om de bezitter van deze zaken de eigenaar te noemen.

Hij kan met betrekking tot deze zaken bepaalde rechtshandelingen verrichten, de inbewaringgevingsovereenkomst en de donatie aan de zaadbank. Deze donatie is een voorwaardelijke eigendomsoverdracht. Zolang de gameten niet gebruikt zijn, zolang zij dus niet aan een ander zijn gegeven, kan de donor zijn donatie ongedaan maken ex art. 5 lid 2 Embryowet. Na het gebruiken van de gameten door een ander verliest de donor al zijn rechten met uitzondering van het in art. 6 lid 4 Embryowet bepaalde.

Haren (nagels), eicellen en gameten worden ‘vernietigd’. Immers, niet gebruikte eicellen en spermatozoa gaan in grote aantallen verloren. Bij toegepaste anticonceptie, pollutie en masturbatie worden door de vrije wil van de mens deze gameten aan vernietiging overgegeven. Met uitzondering van de urine van zwangere vrouwen verdwijnt ook alle urine. Met bloed en organen wordt gelukkig zorgvuldiger omgegaan. Afgezien van het bloed en de organen die bij ongelukken dan wel operaties verloren gaan, is men over het algemeen erg aan deze onderdelen van het lichaam gehecht. Echter, door excorporatie, het buiten het lichaam brengen van deze delen, worden zij zaken. Deze zaken kunnen aan een ander geschonken of gedoneerd worden: orgaandonatie, bloeddonaatie en gametendonaatie.

Dat de mens in staat is om zijn gameten te schenken, valt te verklaren uit de redundantie, die nu eenmaal bestaat. In de natuur wordt deze redundantie gezien in de aantallen geslachtscellen, die het voortbestaan van de soort moeten garanderen. Verder komt er ook nog een schijnbare redundantie voor om het voortbestaan van het individu te garanderen. Over de noodzaak van twee armen, benen, ogen of oren heeft nooit iemand getwijfeld. De mededeling dat men wel met één nier kan leven en dus best één nier kan missen, miskent het belang dat de natuur gehecht heeft aan het hebben van twee nieren. Men heeft tenslotte o.a. ook slechts één lever en één milt. Desalniettemin wordt het schenken van een nier (bij leven worden deze schenkers Samaritanen genoemd) gezien als een altruïstische daad en niet als een vorm van automutilatie, wat het formeel natuurlijk wel is. Uit opportune overwegingen focust men vooral, of eigenlijk alleen, op de bedoeling van de schenker om door deze daad een levenswaardig leven voor een ander mogelijk te maken.

Bloed, organen, urine, eicellen en spermatozoa schenkt men al langer: de termen bloeddonaatie en orgaandonatie zijn bij iedereen bekend. Nieuwere begrippen zijn de spermadonatie en eiceldonaatie. In alle gevallen schenkt de donor zijn ‘afgescheiden’ zaak aan een ander, de acceptor, om op de een of andere wijze het leven of levensgeluk van de acceptor te verbeteren. Deze schenking is anoniem en wordt geacht alleen uit altruïstische overwegingen te kunnen (mogen) plaatsvinden. De regels van het ongeschreven recht, uit art. 3:40 lid 1 BW, verbieden de verkoop.

Wat nu volgt is een oefening in consequent denken: na schenking en levering van het bloed of het orgaan wordt de acceptor de nieuwe eigenaar. Overigens worden natuurlijk zijn beschikkingmogelijkheden door het in het lichaam brengen volledig beperkt. In feite verliezen zij op dat moment de status van ‘zaak’. Het is duidelijk dat het bloed of het geschonken orgaan niet meer van de donor is. Deze gedachtegang volgend worden bij sperma- en eiceldonaatie de acceptoren de nieuwe eigenaren van deze gameten.

Zeegers gaat in zijn beoordeling van de Embryowet niet alleen in op het beschikkingsrecht van de donoren om hun gameten te schenken, maar ook op de latere beschikkingsrechten.⁷⁹

Het is duidelijk dat degenen die geslachtscellen doneren, daarmee het beschikkingsrecht over het embryo dat hieruit zal ontstaan, met de uitzondering genoemd in art. 6 lid 4 jo. art. 8 lid 2 Embryowet, overdragen aan de wensouder.

3.5 Notariële akte bij gametendonatie

Na een schenking van zaken kunnen de nieuwe eigenaren deze gebruiken, vernietigen of opnieuw schenken. In het kader van de gametendonatie lijken de laatste twee beschikkingsvormen niet opportuun. Vaak zullen de nieuwe eigenaren de gameten in kwestie ten behoeve van het creëren van eigen nakomelingschap gebruiken. Omdat bij bloeddonatie of orgaandonatie nooit de vraag gesteld wordt of de schenker een andere intentie heeft gehad dan schenken, behoefde deze schenking geen speciale akte. Overigens, in het geschonken bloed en orgaan bevindt zich het DNA van de schenker.

Bij de schenking van gameten doet zich het probleem voor dat na samensmelting van de eicel met de zaadcel en na geslaagde innidatie en geboorte een kind ontstaat. Daar in het voorgestelde systeem de persoon die de daad verricht dan wel laat verrichten, die leidt tot een bevruchting, de juridische ouder is, moet zeker gesteld worden dat het gebruikte erfelijk materiaal NIET door de schenker, maar door de acceptor is gebruikt. Immers, door DNA-onderzoek zou een gerechtelijke ouderschapsvaststelling de donor als ouder aanwijzen. Het is daarom noodzakelijk dat deze gametendonaties plaatsvinden bij notariële akte. De registratie van deze donaties vindt nu al plaats. De zaadbank of eicelbank dient als intermediair op te treden. Voor de IVF of ICSI dient de acceptor in principe de donatie te aanvaarden. Op dat moment gaan pas 'definitief' de rechten van de donor op de acceptor over. Na de geslaagde geboorte vindt een bevestiging van de succesvolle donatie plaats in het donatieregister. De acceptor, als juridisch eigenaar van de betreffende gameet, wordt de juridische ouder. Deze gedachtegang lijkt logisch. Effectief wordt, zonder notariële akte, de procedure al gevolgd door de zinsneden over de persoon die ook ingestemd heeft met een daad die tot verwekking van het kind kan hebben geleid. Zie de art. 1:200 lid 3, 207 lid 1 en 394 BW. Hoewel hier in principe gedacht werd aan de man of in de gendervrije artikelen de persoon die had ingestemd met KI, sluit het gebruik van het woord verwekking (in dit geval dus niet door de verwekker) niet de persoon uit die ermee ingestemd heeft dat een andere man met de desbetreffende vrouw de geslachtsdaad heeft uitgevoerd. In klare taal: de persoon die zijn vrouw prostitueert of instemt met zelfs een eenmalig overspel, wordt ook van rechtswege de tweede juridische ouder van het ontstane kind. Hoe juridisch juist dit ook is, de genoemde

⁷⁹ Zeegers 2001, p. 203.

artikelen beperken zich bij de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap door het gebruik van de seksneutrale vorm van ‘persoon’ zeker niet tot deze gevallen.

De erkenning door de man, nog steeds even uitgaand van de meest voorkomende man-vrouwrelatie, van een kind moet met toestemming van de moeder plaatsvinden. De vorm waarin deze erkenning plaatsvindt, wordt beschreven in art. 1:203 lid 1, onder a en b, BW. De kosten van deze notariële akte (in de praktijk komt erkenning bij notariële akte bijna nooit voor; meestal gebeurt dit bij de burgerlijke stand) komen ten laste van de erkennende vader. Ook de kosten voor het verkrijgen van de vervangende toestemming van de rechter komen ten laste van de erkennende vader.

Art. 1:205 BW somt de gronden op waarop de met toestemming van de moeder tot stand gekomen erkenning kan worden vernietigd. De daadwerkelijke verwekker, de biologische vader met ‘family life’ en de instemmende levensgezel, die ex art. 1:204 leden 3 en 4 BW een erkenning met behulp van de vervangende toestemming van de rechter tot stand hebben gebracht, worden in deze opsomming natuurlijk niet genoemd. Dit zou ook niet logisch zijn, omdat het verzoek tot vernietiging bij de rechtbank moet worden ingediend, terwijl de rechtbank voor de erkenning pas vervangende toestemming heeft gegeven als de erkennende man kan aantonen dat hij de verwekker, de biologische vader met ‘family life’ of de instemmende levensgezel is en verder aan de andere voorwaarden van dit artikel is voldaan. In de terminologie van de wetgever is de verwekker de persoon die met zijn eigen erfelijk materiaal de geslachtsdaad heeft verricht, terwijl de biologische vader, met ‘family life’, de persoon is die genetisch met het kind verwant is zonder nadere aanduiding hoe deze verwantschap tot stand gekomen is.

Het ligt dus in de rede dat, het profijtbeginsel volgend, ook de kosten van de notariële schenkingsakte van de gameten doorgeschoven worden naar de acceptoren. Organisatorisch betekent dit dat deze notariële akte pas wordt opgemaakt op het moment waarop de gameten daadwerkelijk gebruikt zijn, een tot stand gekomen bevruchting. Tot dit tijdstip berusten de gameten, net zoals nu het geval is, in de gametenbank.

Het voorstel is deze donatie te regelen bij notariële akte. In deze akte staat dat de donor zijn gameten afstaat om gebruikt te worden voor een door persoon X (en persoon Y) gewenst embryo. Indien deze procedure leidt tot een conceptie, innidatie en voortgaande zwangerschap, hebben de wensouders (in dit voorstel de juridische ouders) het ‘beschikkingsrecht’ over dit embryo.⁸⁰

Zijn bij de IVF-procedure meer embryo’s ontstaan dan nodig was voor deze ene graviditeit, dan kunnen deze voor een latere zwangerschap worden bewaard. Ook deze embryo’s vallen onder het beschikkingsrecht van de wensouders (juridische ouders), zolang ze gebruikt kunnen worden om aan hun (verdere) kinderwens te voldoen. Indien later door de betrokkenen alsnog afgezien wordt van een nieuwe zwangerschap, kunnen deze embryo’s door (een) ander(en) geadopteerd worden.

80 Van Beers 2009, p. 249.

Indien de restembryo's a priori al niet voor een hernieuwde zwangerschap worden gebruikt dan wel aan anderen worden geschonken voor het tot stand brengen van een zwangerschap, kunnen zij door de eigenaren voor een ander doel (zie de Embryowet) geschonken worden.

Hoewel het embryo tot stand is gekomen door de daad van twee wensouders, heeft ook de donor bij het niet gebruiken van de embryo's voor het eerder gestelde doel een herleving van zijn beschikkingsrecht. Er is immers toestemming vereist van de gametendonor ex art. 6 lid 4 jo. art. 8 lid 2 Embryowet indien het embryo voor een ander doel gebruikt gaat worden. Ieder van de betrokkenen, wensouders en donor(es), kan dus de terbeschikkingstelling van het embryo voor een ander dan het eerder beoogde doel, een zwangerschap, herroepen.

Zonder interventie van de donor(es) kunnen wensouders wel beslissen dat de overgebleven embryo's worden vernietigd.

Uit de voorlaatste volzin blijkt opnieuw de inconsistente gedachtegang van de wetgever.

De wetgever hecht bij de Embryowet waarde aan de initiële intentie van de gametendonor. Worden de gameten voor een ander doel gebruikt of wordt het embryo dat mede tot stand gekomen is met gebruik van zijn geschonken erfelijk materiaal, door de op dat ogenblik nog beschikkingsbevoegde wensouders voor een ander doel gebruikt (dan om voor zichzelf nakomelingschap te krijgen), dan herleeft ook de medebesikkingsbevoegdheid van de donor. Indien dezelfde wetgever consequent naar de initiële intentie van draagouders en wensouders bij de hoogtechnologische draagmoederschappen zou durven kijken, zou het probleem dat ontstaat bij de verplichte afstand en acceptatie, al tot het verleden behoren.

3.6 De zeggenschap over niet-gebruikte embryo's

Afgezien van dit 'schenken', eigenlijk afstand doen en ter adoptie geven, kunnen de juridische ouders ook besluiten het embryo voor een later tijdstip te bewaren door middel van cryoconservatie of te vernietigen. In dit laatste geval worden de ouderschapsrechten uit vrije wil opgegeven. Hoewel er duidelijk sprake is van leven, valt dit leven nog niet onder art. 1:2 BW, omdat er nog geen innidatie met daarop volgende zwangerschap heeft plaatsgevonden.⁸¹

Hoewel in art. 8 Embryowet geregeld is dat ieder van de betrokkenen, in dit geval de wensouders, schriftelijk toestemming moet verlenen om de overgebleven embryo's ter beschikking te stellen ten behoeve van de zwangerschap van een ander (lid 1, onder a), is niet duidelijk geregeld wie moet toestemmen in het gebruik van de overgebleven embryo's voor een hernieuwde zwangerschap. Het lijkt voor de hand te liggen dat opnieuw naar de intentie van beide betrokkenen wordt gekeken. Zoals eerder gesteld, ontstaat het effectieve ouderschap ten

81 Van Beers 2009, p. 229.

opzichte van het embryo met de bedoeling om een zwangerschap teweeg te brengen. De overgebleven embryo's zijn na een geslaagde zwangerschap voor dit doel niet meer nodig. Voor het gebruiken van deze embryo's voor een hernieuwde zwangerschap moeten beide wensouders opnieuw de intentie daartoe hebben. Indien niet beide wensouders deze intentie hebben (geen nieuwe kindwens van één van de wensouders of het uit elkaar gaan van de wensouders), kunnen de overgebleven embryo's niet worden gebruikt. Ieder van de betrokkenen kan beslissen dat de overgebleven embryo's alsnog worden vernietigd.

Hoewel in de casus *Evans versus UK* eigenlijk een oordeel werd uitgesproken over de beschermwaardigheid van het embryo in vitro, werden in de uitspraak ook de verschillende Britse rechterlijke instanties in het gelijk gesteld die hadden beslist dat de vrouw na de scheiding van haar partner niet zonder zijn toestemming de ingevroren embryo's voor een zwangerschap mocht gebruiken.⁸² Deze uitspraken waren gebaseerd op de Human Fertilisation and Embryology Act, waarin duidelijk staat dat beide betrokkenen hun toestemming moeten geven om de embryo's naar de baarmoeder van de vrouw te transfereren. In dit geval wordt duidelijk dat er een verschil bestaat tussen enerzijds de samenvallende intentie van de conceptie door middel van IVF en de direct daaropvolgende embryotransfer en anderzijds de van elkaar in de tijd gescheiden intentie van de conceptie door middel van IVF om embryo's te genereren en de eventueel latere intentie om via embryotransfers zwanger te worden.

3.7 Embryodonatie of embryoadoptie

Op grond van het ingenomen standpunt dat het leven primair begint bij de samensmelting van de twee verschillende gameten, gewild door de personen die op dat moment de beschikking over deze gameten hadden, moet de term 'embryodonatie' of de terbeschikkingstelling van het 'eigen' embryo voor de zwangerschap van een ander ex art. 8 lid 1, onder a, Embryowet worden vermeden. Hier is sprake van de overdracht van een door twee personen gewenste en geslaagde geconcipieerde vrucht aan andere wensouders. Hier is eerder sprake van een prenatale embryoadoptie dan van een embryodonatie.

Embryodonatie, het schenken van een embryo, dat door toedoen van twee wensouders tot stand is gebracht, aan twee andere wensouders is dus geen donatie in strikt juridische zin.

Gameten kunnen als zaken worden beschouwd. Weliswaar beperkt kan de mens daarover beschikken, ieder voor zich over zijn eigen geslachtscellen. Bij aanname van het ontstaan van het leven (en het juridisch ouderschap) bij de conceptie ontstaat een duidelijk conflict met de Embryowet. Op grond van de nieuwe definitie heeft dit embryo al twee juridische ouders. Dit embryo kan dus niet

82 EHRM 10 april 2007, appl.nr. 6339/05 (*Evans v. Verenigd Koninkrijk*), rechtsoverweging 75.

gedoneerd worden. Iedere schenkingsactie is nietig, omdat het embryo voorwerp van de schenking is in analogie met het draagmoederschapscontract, waar het pas geboren kind voorwerp is. De enige juridische mogelijkheid zou zijn gebruik te maken van de bestaande vorm van de prenatale adoptie, die nu slechts geregeld is voor de lesbische partner. Er kan althans in dat specifieke geval een prenataal verzoek tot adoptie worden gedaan (art. 1:230 lid 2 jo. art. 1:228 lid 3 BW).

De aanvankelijke juridische ouders die verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van het embryo, doen afstand. De nieuwe wensouders adopteren het embryo. Pas daarna wordt het embryo naar de uterus getransfereerd. Vanaf de innidatie heeft het embryo, het zich ontwikkelende kind, twee juridische (adoptie)ouders, die na de geboorte dit ouderschap ook kunnen effectueren.

Ook in het Duitse recht wordt over ‘die Adoption verwaister Embryonen’ gesproken wanneer een andere vrouw dan de oorspronkelijke de zwangerschap van dit embryo uitvoert. Deze vrouw wordt bij de geboorte analoog aan art. 1:198 BW de juridische moeder ex § 1501 BGB.⁸³ Opvallend is echter ook hier de spagaat die Börgers en Frister maken als zij in ditzelfde nr. 49 stellen dat: ‘(...) sollte die Embryonenspende (...) zulässig sein’. Dus toch een embryodonatie?

De oplossing voor dit probleem kan zijn dat men stelt dat het menselijk leven pas echt begint op het moment van de innidatie en dat de fase tussen conceptie en innidatie een grijs juridisch gebied is. Zonder de aanvullende bescherming van de externe factoren van o.a. de intenties van de betrokkenen (in dit proefschrift de juridische ouders genoemd) en de fase van de zwangerschap (hier innidatie als begin van de zwangerschap) kan het embryo nog als zaak geduid worden die voorwerp van een schenking kan worden.⁸⁴

De Embryowet lijkt deze stellingname impliciet te ondersteunen. Immers, de vernietiging van overtollige embryo's en het eventueel gebruiken voor wetenschappelijk onderzoek kunnen alleen worden gerechtvaardigd door het embryo nog niet de rechten toe te kennen van art. 1:2 BW. Twee argumenten pleiten echter tegen deze opvatting.

1. Na de samensmelting van twee geslachtscellen met ieder de helft van het aantal chromosomen ontstaat een zygote. Deze zygote heeft dan in totaal het normale aantal chromosomen. En op dat moment ontstaat het grote verschil tussen de losse gameten en de zygote. De geslachtscellen worden ‘geproduceerd’, blijven enige tijd vitaal en ‘sterven’ dan. Deze gameten kunnen niet overleven door te delen. De enige mogelijkheid tot ‘overleven’ is het op een speciale manier bewaren. De zygote daarentegen begint zich autonoom, ook buiten de baarmoeder, te delen. Het zich ontwikkelende embryo heeft in zich alle eigenschappen die later in het kind manifest worden. In art. 24, onder e, Embryowet is vastgelegd dat het verboden is een embryo zich langer dan

83 Börgers & Frister 2010, nr. 49.

84 Van Beers 2009, p. 235.

- veertien dagen buiten het menselijk lichaam te laten ontwikkelen. Het klinkt misschien banaal, maar dit verbod richt zich tot het instituut en niet tot het embryo. Onder optimale omstandigheden gaat de ontwikkeling van dit menselijk leven natuurlijk gewoon verder.
2. De onder punt 1 genoemde termijn van veertien dagen is gerelateerd aan de huidige kennis en mogelijkheden om tot een geslaagde embryotransfer te komen. In de toekomst zou deze termijn mogelijk verlengd kunnen worden. Dat zou dan betekenen dat iedere keer weer het moment van menswaardigheid van het zich tot foet ontwikkelende embryo wordt uitgesteld.

Een andere oplossing voor het probleem van de verschillende beoordelingen over de menswaardigheid van het embryo zou gelegen kunnen zijn in het kijken naar de bedoeling die de wensouders met dit embryo hebben gehad.⁸⁵ Indien dit embryo of deze embryo's gebruikt zal of zullen worden voor de embryotransfer, is dit menselijk leven een onderdeel van een plan. Niet de aanwezigheid van een baarmoeder en een eventuele innidatie, maar het voorhanden zijn van twee potentiële ouders verandert dan de status van het embryo. Zowel De Boer⁸⁶ als Van der Burg⁸⁷ bestrijden het beslissende determinerende moment van de innidatie als begin van menselijk leven. Misschien zou de Embryowet in deze zin aangepast kunnen worden.

Het grote verschil tussen gameten en embryo's is dat gameten geen complete levensvorm zijn en niet zelfstandig kunnen overleven, terwijl een embryo een persoon in statu nascendi, in staat van wording, is, let wel: nog geen menselijke persoon, maar wel echt menselijk leven.

Ook het Belgisch Raadgevend Comité voor de Bio-Ethiek heeft een mening gegeven over embryodonatie. De idee dat de draagmoeder nooit de 'moeder' van het toekomstige kind is geweest, is derhalve niet nieuw.⁸⁸

De consequentie van het nooit 'moeder' zijn houdt dan ook in dat er ook geen sprake kan zijn van overdracht van ouderschapsrechten in het kader van het familierecht. Ook heeft een aantal leden van het Raadgevend Comité in ditzelfde advies gesteld dat donoren van een embryo nooit de 'ouders' van de toekomstige persoon zijn geweest. Deze stellingname is alleen te verklaren door aan te nemen dat voor deze leden ook gold dat de donoren bij het creëren van deze overtollige embryo's niet de intentie tot ouderschap hebben gehad. Deze stellingname sluit aan bij de idee van Van Beers. Deze donoren hebben wel de totstandkoming van dit embryo gewild, maar niet de intentie gehad om ook dit embryo de kans te geven om tot het stadium van menselijk leven te geraken door de embryotransfer en innidatie onmogelijk te maken.

Dus nog één keer de gedachtegang van dit proefschrift herhalend: de ouderschapsrechten zijn ontstaan op het moment van de conceptie en de geslaagde innidatie, die door, in het algemeen,

85 Van Beers 2009, p. 249.

86 Asser/De Boer 2010, nr. 23.

87 Van der Burg 1994, p. 388.

88 Raadgevend Comité voor de Bio-Ethiek, Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), p. 15.

twee personen gewild is. Deze twee personen zijn na de samensmelting van de geslachtscellen tot de zygote en de daarop volgende ontwikkeling van het embryo de juridische ouders. Van essentieel belang is dat deze juridische ouders ook de bedoeling hebben om dit embryo tot een kind te laten ontwikkelen.

Onbelangrijk hierin is de vraag van wie de gameten waren. Belangrijk is alleen aan wie de gameten toebehoorden op het moment van de gewenste conceptie. Deze opstelling had wel tot gevolg dat de embryodonatie, zoals hierboven al gesteld, dit stramien niet kon volgen. Immers, het gedoneerde embryo is in een eerder stadium tot stand gebracht met de gameten van twee wensouders. Deze wensouders hebben over dit embryo vanaf de conceptie virtuele ouderschapsrechten. Overgang van dit embryo met de daarbij behorende toekomstige juridische ouderschapsrechten, zowel de afstamming als het gezag betreffend, naar de nieuwe wensouders lijkt derhalve meer op een prenatale adoptie. De geslaagde innidatie is echter onderdeel van het plan van de wensouders om een nakomeling te krijgen.

Deze ‘embryodonatie’ van art. 8 lid 1, onder a, Embryowet leidt in de huidige wetgeving op grond van de art. 1:198 en 199 BW ook tot een opvallende spagaat. Indien dit embryo zou worden ingebracht in de baarmoeder van de gehuwde wensmoeder, zouden na de geboorte beide ouders de juridische ouders van een genetisch niet van hen afstammend kind worden. Indien de vrouw van dit wensouderpaar niet in staat is een zwangerschap te volbrengen, bijvoorbeeld door een eerdere hysterectomie of ernstige lichamelijke afwijkingen, zou ditzelfde embryo in de baarmoeder van een draagmoeder moeten worden gebracht. Na de geboorte dient voor ditzelfde kind een uitgebreide reeks van procedures plaats te vinden om alsnog de wensouders ook juridische ouders te maken. Naast de last die deze wensouders al gedragen hebben en nog steeds dragen van het niet zelf kinderen kunnen krijgen, doet de wetgever er nog een schepje bovenop om het voor deze paren nog extra moeilijk te maken om alsnog ouder te worden. Om deze moeilijke situatie te voorkomen, verschuilt de staatssecretaris zich achter de eisen die de medische beroepsgroep stelt om tot een dergelijke geboorte te komen. Daarbij dient in dit verband nog te worden opgemerkt dat in de huidige regelgeving en volgens het protocol van de NVOG slechts embryo’s in een draagmoeder mogen worden getransfereerd indien minstens één van de wensouders genetisch verwant is. In de eerste van de door de staatssecretaris voorgestelde maatregelen in het kader van de justitiebegroting,⁸⁹ waarin ook over de problemen van het draagmoederschap wordt gesproken, staat duidelijk dat deze eis van ten minste één genetisch verwante ouder ook geldt voor de acceptatie van kinderen die in het buitenland uit een draagmoeder geboren zijn. Ook hier vindt een opvallende discriminatie plaats. De eis dat het embryo ten minste met één van de wensouders genetisch verwant is, maakt embryodonatie of embryo-adoptie op dit ogenblik zelfs praktisch onmogelijk.

89 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (VI) voor het jaar 2012, Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, Den Haag, 16 december 2011.

3.8 Niet gebruikte embryo's kunnen een bron van nieuw levensgeluk betekenen

Beide hoofdstukken 2 en 3 berusten op een koel klinisch-analytische benadering vanuit het standpunt dat ouderschap in het algemeen gewenst moet zijn, en wel van het begin af.

In analogie met andere schenkingen kan het juridische ouderschap ook uitgebreid worden tot die personen, die om wat voor reden ook niet op de orthodoxe, puur biologische wijze ouder konden worden.

Na vruchtbaarheidsbehandelingen van paren die hun kinderwens hebben vervuld en afgerond, blijven per jaar 1500 embryo's over. Zoals boven al is beschreven, wordt in de Embryowet de donatie geregeld. In de huidige wetgeving, waarin de embryo's al beperkte rechten hebben, kunnen beide 'gametenleveranciers' over dit embryo beschikken. Een herhaling is hier op haar plaats (omdat helaas de term 'embryodonatie' in de Embryowet voorkomt en daardoor door velen abusievelijk wordt gebruikt), dat deze embryo's eigenlijk al een vorm zijn van het ongeboren leven dat al een weliswaar beperkte mate van bescherming geniet, en daarom niet gedoneerd kunnen worden. De scheiding tussen embryodonatie en embryoadoptie ontstaat door de beslissing van de betrokkenen.

Paren waarvan beide partners infertiel zijn, worden van het recht om een gezin te stichten, beschreven in art. 12 EVRM, afgehouden. Bovendien zou deze rigide opstelling kunnen betekenen dat slechts een gedeelte van deze 1500 overgebleven embryo's zou kunnen worden benut. De rest moet worden 'vernietigd', niet omdat er geen medische mogelijkheden zijn om deze verspilling van leven tegen te gaan, maar puur omdat de wetgever de beperkende eis gesteld van de genetische verwantschap van minstens één van de wensouders.

3.9 Gameten- of embryodonatie en draagmoederschap

Bij acceptatie van het voorstel van donatie bij notariële akte met het daaraan gekoppelde van rechtswege verkrijgen van het juridisch ouderschap, zou ook het tweede probleem van het draagmoederschap zijn opgelost. Het eerste probleem was al opgelost; immers, de vrouw die een daad verricht met haar eigen, natuurlijke, eikel met de bedoeling tot een nakomeling te komen, wordt van rechtswege de juridische moeder, volkomen los van het feit dat deze bevruchte eikel in de baarmoeder van een andere vrouw wordt gebracht. Op het moment van de conceptie had de eerste vrouw wel en de tweede vrouw, de draagmoeder, niet de intentie om moeder te worden. Hoewel de geschiedenis duidelijk heeft gemaakt dat er voldoende vrouwen zijn om voor anderen een kind te dragen en te baren, blijft een negatieve beeldvorming het draagmoederschap achtervolgen.

Persoonlijk heeft de schrijver veel moeite met het feit dat zelfs bewindspersonen zich negatief uitlaten over deze daad van edelmoedigheid en de draagmoeder met een broedmachine

vergelijken. Dit inspelen op onderbuikgevoelens verstoort naar zijn mening de visie om het draagmoederschap niet zoveel mogelijk te frustreren, zoals op dit ogenblik gebeurt, maar zoveel mogelijk te faciliteren, echter onder eenduidige voorwaarden.

Een geregelde facilitering zou veel juridische problemen zowel voor aanstaande ouders als voor hun kinderen wegnemen. Nota bene: dit beschikbaar stellen van de baarmoeder (beter ware de omschrijving: de bereidheid om een kind van een ander te dragen en te baren) moet ook bij het faciliteren ‘om niet’ gebeuren. Het feit dat men, zeker na het opheffen van het bordeelverbod, accepteert dat personen een deel van hun lichaam beschikbaar stellen voor geld, getuigt toch wel van enige hypocrisie. Zelfs de opmerking dat het hier het oudste beroep ter wereld betreft, vermag niet te overtuigen. Let wel: er wordt geen waardeoordeel over de prostitutie gegeven; er wordt hier alleen gesteld dat nogal selectief met bepaalde argumenten wordt omgegaan. Overigens zij hier nogmaals terloops opgemerkt dat het beroep van draagmoeder mogelijk niet zo oud is, maar wel al in het Oude Testament voorkomt. Het is bepaald een illusie dat dit de eerste of zelfs de enige keer was. Naast de prostitutie bestond vroeger ook het instituut van de min. Waarschijnlijk is nooit denigrerend over een ‘melkfabriek’ of zoiets gesproken. Waarom? Omdat de min gebruikt werd in de sociaal hogere kringen. Ook de min kreeg voor haar inzet een betaalde beloning.

Bij het opheffen van het bordeelverbod werden veel van dezelfde argumenten gebruikt, die ook nu weer iedere keer terugkeren in de discussie over het draagmoederschap, met name uitbuiting van de economisch zwakkeren, omdat men vermoedt dat men de financiële prikkel niet kan voorkomen. Dit is een vorm van doemdenken: men wil geen commercieel draagmoederschap. De verwachting of eigenlijk de gedachte is dat het draagmoederschap niet geldvrij kan worden gehouden, dus moet men het draagmoederschap zoveel mogelijk ontmoedigen. Bij een strikte regulering is de controle relatief eenvoudig. Het betreft geen tienduizenden gevallen en alle vrouwen behoeven voor de eerder beschreven vormen van draagmoederschap medische assistentie, omdat de embryotransfer geen zaak voor de doe-het-zelver is, in tegenstelling tot de reeds eerder vermelde zelfinseminatie.

Het hoogtechnologisch draagmoederschap zal slechts in bepaalde klinieken plaatsvinden.

Tot zover de wensmoeder, die gebruik maakt van haar eigen natuurlijke eicel en een draagmoeder. Voor alle duidelijkheid: een vrouw die via hoogtechnologisch draagmoederschap het bevruchte eitje, haar geschonken door een ander, in haar baarmoeder laat brengen (ook hier vindt dus embryotransfer plaats), is in de strikte zin van het woord geen draagmoeder, niet in de oorspronkelijke, maar ook niet in de voorgestelde regelgeving. Deze vrouw heeft een daad verricht of laten verrichten met haar geschonken erfelijk materiaal met het doel om zelf een nakomeling te krijgen. Na de geboorte is deze vrouw de juridische moeder en op grond van de baring ook de biologische moeder, maar niet de genetische moeder.

Neen, het probleem kan ontstaan, indien een vrouw haar eigen natuurlijke eicel laat bevruchten met het zaad van iemand anders dan haar partner met geen andere bedoeling dan deze vrucht na de geboorte ‘af te staan’ aan de wensouders. Op dit ogenblik is voor deze overdracht een uitgebreide en tijdrovende procedure nodig, waarbij afstand en adoptie de hoofdpunten zijn. In de uitgebreide literatuur is iedereen het erover eens dat dit niet in het belang van de afstandsmoeder (de term draagmoeder is in de huidige wettelijke context alleen aanwezig in art. 151b Sr), de wensouders en het kind is.

Op zich lijkt de oplossing van het probleem eenvoudig. Een man kan zijn spermatozoa doneren aan een zaadbank. Ook een vrouw kan haar oöcyten aan een eicelbank schenken. Een bloeddonor kan zijn bloed, na afname, geven aan de bloedbank en een orgaandonor kan een nog te verwijderen orgaan schenken aan de orgaanbank. De schenkingen worden pas effectief nadat de desbetreffende zaak onomkeerbaar is losgemaakt van haar oorsprong.

Van de vier hier genoemde schenkingen is de spermadonatie de minst ingewikkelde. Ook bij bloeddonatie is de ingreep, een medische, relatief klein. Bij eiceldonatie wordt de ingreep al complexer. Behalve hormoonstimulatie en echocontrole moeten ook puncties (aspiraties) worden uitgevoerd. En de ingewikkeldste procedure is natuurlijk de orgaandonatie. Men zou zich bij de eiceldonatie ook de situatie kunnen voorstellen, waarbij een vrouw een nog bij de ovulatie vrijkomend eitje al aan de ander schenkt, natuurlijk volgens het notariële schenkingsregime. Dit aan de wensmoeder, vóór de conceptie, geschonken eitje wordt, na de onomkeerbare losmaking van het ovarium, ergens in de eileider via KI met het zaad van de wensvader bevrucht. De eerstgenoemde vrouw heeft het eitje geschonken. De wensouders hebben de daden verricht met het doel een kind te krijgen. Na de geboorte worden de wensouders de juridische ouders. Voor de zuiverheid van de terminologie: de wensvader is de genetische en dus juridische vader, de wensmoeder is alleen de juridische moeder. Er is geen biologische moeder; de draagmoeder is **niet** de biologische en **niet** de genetische moeder; zij heeft namelijk niet de intentie gehad om met haar aan een ander geschonken erfelijk materiaal moeder te worden. Op zich is de rechtsfiguur van deze schenking niet zo uitzonderlijk. De schenking wordt effectief op het moment waarop een daadwerkelijke bevruchting heeft plaatsgevonden, dus vóór de geboorte; net zoals de prenatale erkenning en prenatale adoptie vóór de geboorte plaatsvinden en vanaf de geboorte gelden. Overbodig lijkt het te vermelden dat de wensvader bij het gebruik van donorzaad slechts de juridische vader wordt.

3.10 De intentie is belangrijk, maar zonder actie geen bevruchting

Terwijl in hoofdstuk 2 de intentie van de personen werd beschreven om tot een conceptie te komen met de daaruit voortvloeiende consequentie het juridisch ouderschap te krijgen (in de voorstellen van rechtswege), los van de relatie waarin deze personen zich bevinden, ging dit hoofdstuk vooral over het tweede deel van

de definitie, die inhoudt dat men een daad verricht (met eigen erfelijk materiaal) dan wel laat verrichten (met eigen of door anderen geschonken erfelijk materiaal). Met de schenking bij notariële akte, gevolgd door levering, gaat de eigendom over op de nieuwe acceptor. Na de conceptie ontwikkelt zich in de uterus de vrucht. Door de conceptie en de geslaagde innesteling ontstaan rechten (en plichten). Eén van de rechten is het zichtbare juridisch ouderschap van de wensouders direct na de geboorte. Immers, in art. 1:2 BW wordt al over de rechten van het nog ongebooren kind gesproken. Over de rechten van de oöcyten en spermatozoa wordt in de literatuur niet geschreven. Wel wordt in de Embryowet uitgebreid ingegaan op wat wel en wat niet mag met de gameten. Echter, dit heeft niets met rechten te maken. Gameten zijn geen personen of individuen en zullen het ook nooit worden, in tegenstelling tot de nog ongebooren vrucht.

3.11 Intentie en actie bepalen het latere ouderschap

Een kind heeft in principe altijd twee juridische ouders, die een daad hebben gepleegd met de bedoeling om hem of haar te doen ontstaan. Omdat de conceptie het gevolg is van het samensmelten van twee gameten, kan dit samensmelten ook plaatsvinden zonder dat de eigenaren van de gameten deze bedoeling hebben gehad. Ondanks een expliciet verbod in de Embryowet zouden door een laborant (e), ook zonder dat dit in het kader van de geplande voortplanting gebeurt, in vitro eicellen met zaadcellen kunnen worden samengebracht. De ontstane embryo's hebben in dit theoretische geval natuurlijk geen juridische ouders.

Aan de andere kant kan een ongehuwde vrouw haar eicel laten bevruchten, hetzij door zelfinseminatie met het zaad van een donor die niet de intentie heeft om vader te worden, hetzij met KID, in welk geval dit kind in het huidige recht slechts één ouder heeft. Zoals al eerder werd aangegeven, in formeel-juridische zin is de zaadcel door de donor aan de vrouw 'geschonken' en kan zij daarover beschikken. Zij was al eigenares van de eicel en wordt door de donatie de juridische eigenaar van de zaadcel. Na de geslaagde conceptie is zij in dubbele zin juridisch ouder. Misschien is het moeilijk toe te geven, maar het is een beetje wennen aan de nieuwe mogelijkheden tot procreatie.

In de nieuwe Wet transgenders is de eis in het oude art. 1:28 lid 1 BW dat de transgender lichamelijk, voor zover dit uit medisch of psychologisch oogpunt mogelijk en verantwoord is, aan het verlangde geslacht is aangepast, geschrapt.⁹⁰ Ook de nadere precisering van deze lichamelijke aanpassing dat de dan in de akte als man beschrevene nimmer meer in staat zal zijn kinderen te verwekken en de dan in de akte als vrouw beschrevene nimmer meer in staat zal zijn kinderen te baren, is in het nieuwe art. 1:28 BW verdwenen. Beide transgenders behouden derhalve hun eerdere mogelijkheden tot procreatie. De transgender-man kan dus zwanger worden omdat 'hij'

⁹⁰ Wet van 18 december 2013, *Stb.* 2014, 1, datum van inwerkingtreding: 1 juli 2014, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte.

fysiologisch nog steeds een vrouw is. Mutatis mutandis geldt dit ook voor de transgender-vrouw die een kind verwekt (in het huidige recht door de geslachtsdaad, in de voorgestelde nieuwe visie ook door kunstmatige inseminatie van een vrouw met 'haar' eigen spermatozoa). Deze onduidelijke situaties leiden tot gezegden als 'Deze man is mijn moeder' en 'Deze vrouw is mijn vader'. De wetgever heeft in het nieuwe art. 1:28c lid 3, eerste volzin, BW wel enige, maar niet iedere onduidelijkheid weggenomen:

'Indien de betrokkene na de wijziging van de vermelding van het geslacht een kind baart, wordt voor de toepassing van titel 11 en hetgeen daaruit voortvloeit uitgegaan van het geslacht dat deze voor de wijziging had'.

Bij een transgender-echtpaar leidt dit een volledige omkering van de rollen. Ook bij 'homoseksuele' relaties tussen een niet-transgender en een transgender kunnen problemen in de benoeming van het ouderschap optreden. Overigens zij hierbij opgemerkt dat in deze nieuwe familierechtelijke constellaties ineens wel kinderen uit de homoseksuele relatie kunnen voortkomen. Een transgender-man, fysiologisch nog vrouw, kan door een man op de een of andere manier zwanger worden gemaakt. Deze man kan de genetische vader zijn, maar de transgender-man is zeker de juridische moeder. Uit haar is het kind geboren. Deze twee mannen kunnen gehuwd zijn of een partnerschap hebben laten registreren. Dit betreft echter geen lesbisch ouderschap. De vader wordt derhalve niet van rechtswege juridisch vader.

De meest voor de hand liggende weg tot dit ouderschap lijkt de erkenning, in dit geval na toestemming van de moeder (transgender-man). Ook het spiegelbeeld is mogelijk. Een transgender-vrouw, dus fysiologisch nog een man, maakt 'haar' lesbische partner zwanger, hetzij direct door de geslachtsdaad, hetzij indirect door middel van zelfinseminatie, KIE, KIP of KID volgens het Wdkb-regime. Na de geboorte is deze vrouw de juridische moeder. In het lesbische huwelijk en geregistreerd partnerschap wordt de transgender-vrouw van rechtswege de tweede juridische ouder. Hoewel zij de juridische vader is, zal 'zij' zeker opteren voor de term duomoeder of meemoeder. In art. 1:28c lid 3, eerste volzin, BW staat duidelijk dat de geslachtswijziging van vrouw naar man haar familierechtelijke relatie met het kind niet verandert. Zij blijft dus de juridische moeder. Voor de transgender-vrouw, dus de verwekkende man, ontbreekt in art. 1:28c lid 3 BW een analogon. Consequent zou zijn dat de verwekkende transgender-vrouw, dus man, ook de juridische vader wordt genoemd. Buiten de twee genoemde samenlevingsvormen kan de transgender-vrouw, fysiologisch man, ook het kind van 'haar' partner adopteren. Het strenge criterium van art. 1:227 lid 3 BW geldt niet in deze lesbische relatie. Het kind moet dan wel binnen de relatie tussen ouder en adoptant zijn of worden geboren. En het kind moet een genetische verwantschap hebben met de adoptant, dit in tegenstelling tot art. 1:227 lid 4 BW, waarin expliciet wordt geschreven over de anonieme donor van de Wdkb. Ook nu moet de adoptie kennelijk in het belang van het kind zijn. In plaats van de verwijzing naar de maatstaf van art. 1:227 lid 4 BW, had dus art. 1:28c lid 3, tweede volzin, BW ook kunnen eindigen met: '(...) en de adoptie kennelijk in het belang van het kind is (...)'

Overigens wil de auteur met deze uitweiding duidelijk maken dat het hier niet echte barenden mannen betreft. Een zwangere transgender-man wordt na de bevalling moeder en dus geen vader.⁹¹

Puur theoretisch zijn de meeste hobbels van de gameten- en embryodonatie gepasseerd, maar nu komt nog de grootste, praktische, hobbel in hoofdstuk 4.

3.12 Samenvatting

Dit hoofdstuk beschreef de wijze waarop het nieuwe juridische ouderschap kan worden verkregen.

De persoon die zijn eigen natuurlijk erfelijk materiaal of het hem of haar geschonken erfelijk materiaal gebruikt of laat gebruiken om een door hem of haar gewenste conceptie te bereiken, wordt van rechtswege juridisch ouder.

De juridische ouder kan zijn ouderschap bewijzen met de schenkingsakte en de registratie in het donorregister. Verder geldt dat biologische (in de voorgestelde definitie dus ook juridische) ouders het juridisch ouderschap van rechtswege verkrijgen, tenzij een ander bewijst dat hij of zij de rechtmatige juridische ouder is. In het belang van het kind en de rechtszekerheid van de bij de procedure betrokken personen zou voor de betwisting een relatief korte termijn moeten worden gesteld.

91 www.hln.be/hln/nl/959/Bizar/article/detail/1426527/2012/04/20/Zwangere-man-wordt-alleenstaande-vader.dhtml.

4 | De draagmoederschapsovereenkomst

4.1 Geen familierecht zonder administratieve procedures

Op dit ogenblik beheerst al een groot aantal administratieve procedures het tot stand komen van familierechtelijke betrekkingen tussen het, ook soms nog niet geboren, kind en de ouders. Zonder een streven naar volledigheid kunnen hier worden genoemd de geboorteakte, inschrijving bij de burgerlijke stand, notariële akte van erkenning dan wel akte van erkenning van de ambtenaar van de burgerlijke stand, gerechtelijke procedures ter vaststelling van het vaderschap, van de adoptie en vervangende rechterlijke toestemming. Ook de registratie van de gametendonors behoort hiertoe, maar bij draagmoederschap bestaat nog steeds geen speciale regeling voor wensouders. Op dit moment is de enige mogelijkheid de adoptie met de daarmee gepaard gaande talrijke administratieve, deels rechterlijke, procedures.

De eis dat minstens één van de wensouders ook de genetische ouder is, zoals dat o.a. ook in Engeland en Victoria (Australië) nog het geval is, is reeds in paragraaf 3.6 beschreven.

Overigens is in 2007 door de Victorian Law Reform Commission een rapport met aanbevelingen uitgebracht. Aanbeveling 31 betreft het toestaan van embryodonatie indien het onmogelijk is om aan de noodzakelijke, ontbrekende, donorgameten te komen, zelfs indien één van de partners van een paar wel over eigen geslachtscellen zou kunnen beschikken. De verplichting dat één van de wensouders met het kind genetisch verwant is, wordt op grond van deze aanbeveling verlaten.⁹²

In de voorliggende voorstellen zijn de wensouders altijd al vóór de geboorte de juridische ouders. Er is dus geen afstand/adoptieprocedure nodig. Hoewel later in paragraaf 4.21 uitgebreid de huidige procedure zal worden beschreven, worden hier al enkele kernpunten vermeld die vooral de adoptie betreffen. Hoewel deze wensouders op zijn minst één genetische band met het kind hebben, moeten zij toch voldoen aan de algemene wettelijke adoptievereisten.

Het met toestemming van de raad voor de kindbescherming geplaatste kind moet minstens gedurende één jaar door de wensouders worden verzorgd en opgevoed. In deze periode kan de raad voor de kindbescherming een verzoek bij de rechtbank indienen om de draagmoeder resp. de draagouders van het ouderlijk

92 Victorian Law Reform Commission – Assisted Reproductive Technology & Adoption, *Final Report*, 4 januari 2007, Recommendation 32.

gezag te ontheffen (art. 1:266 BW). Pas nadat de draagmoeder of draagouders ontheven is of zijn van het ouderlijk gezag, kunnen de wensouders een verzoek indienen tot adoptie. Overigens kunnen tot het moment van in kracht van gewijsde gaan van de adoptie-uitspraak van de rechter draagouders en wensouders op hun beslissing tot adoptie terugkomen. Het feit dat de geadopteerde zelf de adoptie binnen de grenzen van de art. 1:231 en 232 BW kan herroepen, valt buiten het kader van dit proefschrift. Merkwaardig genoeg speelt in deze fase het belang van het kind geen enkele rol meer. Weliswaar wijst de rechter het verzoek tot adoptie alleen toe indien aan de voorwaarden van art. 1:227 lid 3 jo. art. 1:228 BW is voldaan. Echter, als draagouders en wensouders op hun beslissing terugkomen, komt de rechter aan deze belangenafweging voor het kind niet toe. Het kind wordt de speelbal van twee paren. Puur theoretisch kunnen in het ergste geval beide paren het kind niet willen ‘hebben’.

In paragraaf 3.4 is het voorstel besproken om alle gametendonaties (ook ‘embryodonaties’) te laten plaatsvinden bij notariële akte. Een ondersteuning voor een notariële akte is ook terug te vinden in de aanbeveling van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek,⁹³ dat de juridische akte waarbij de gameten geschonken worden, juridisch gelegitimeerd is en dat daarin de rechten en plichten van donoren en acceptoren worden gepreciseerd. Het schenken en het verbod aan de donor om contact te zoeken met het uit zijn gameten ontstane kind zijn absolute condities in deze akte.

4.2 De wenselijkheid van een draagmoederschapsovereenkomst

Eén belangrijke administratieve actie ontbreekt nog. En met name op deze handeling wordt vooral emotioneel gereageerd. Zoals al in de inleiding werd beschreven, zijn begrippen als de openbare orde en de goede zeden niet alleen aan bepaalde samenlevingen, maar ook aan de tijd gebonden. Dat betekent dat deze begrippen in de loop der tijden door adaptatie en assimilatie minder stringent gelden, hoewel er natuurlijk altijd samenlevingen zullen blijven bestaan, die vasthouden aan de eerdere betekenis van de begrippen.

Ook in 1999 werd al over de wenselijkheid geschreven om ‘iets’ betreffende het draagmoederschap te veranderen door Broekhuijsen-Molenaar.⁹⁴ Voorstellen waren: een regeling van ontheffing aanpassen door een specifieke voorziening te treffen; rechterlijke controle vooraf, waarna de wensouders van rechtswege de juridische ouders kunnen worden; wijziging van het afstammingsrecht door een ontkenning van het moederschap (die nu overigens in de Wet lesbisch ouderschap een plaats heeft gekregen in de art. 1:202a en 202b BW); vereenvoudiging van de adoptieprocedure.

93 Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, Advies nr. 27 van 8 maart 2004 betreffende de donatie van sperma en eicellen, p. 47.

94 Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 34.

Over de beoordeling of draagmoederschap in algemene zin in strijd is met de goede zeden en openbare orde, hebben Heida en Van der Steur⁹⁵ zich uitgelaten door te stellen: ‘Het aannemen, dat draagmoederschapsovereenkomsten in strijd met de goede zeden en openbare orde zijn, is niet meer overeenkomstig de feitelijke situatie. Het is in onze samenleving sinds 1998 mogelijk en van overheidswege geregeld dat hoogtechnologisch draagmoederschap in diverse instellingen feitelijk wordt uitgevoerd.’ Volgens het protocol dat voor hoogtechnologisch draagmoederschap wordt gebruikt, worden expliciete afspraken gemaakt over afstaan door de draagouder(s) en acceptatie door de wensouder(s). Zonder een door alle personen ondertekend contract gaat de procedure niet door. Het zou derhalve voor de hand liggen dat de overheid ook garant staat voor de afdwingbaarheid van de twee voorwaarden ‘afstand’ en ‘acceptatie’, zonder welke geen hoogtechnologisch draagmoederschap zou kunnen worden gedoogd. Tot nu toe wordt echter nog steeds de nietigheid van de overeenkomst ex (art. 3:59 jo.) art. 3:40 BW op deze twee punten gehanteerd, tot grote onzekerheid van alle participanten in dit proces en zeker niet in het belang van het kind.

4.3 Het gedoogde draagmoederschap

Hoewel de laatste tijd de problemen rond het draagmoederschap in de media weer veel aandacht krijgen, zijn deze problemen allang bekend, zonder dat er substantieel iets aan wordt gedaan. In maart 1998 werd een document⁹⁶ vrijgegeven, waarin stond dat ideëel draagmoederschap werd toegestaan onder zeer strikte voorwaarden en het liefst in onderzoeksverband (advies van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, waar op dat moment Borst-Eilers, zelf arts, de bewindsvrouw was). Dit besluit werd mede genomen op grond van het deeladvies van de Gezondheidsraad inzake ICSI, intracytoplasmatische spermatozoön injectie van 19 juni 1996 (abusievelijk in de considerans van het Planningsbesluit in-vitrofertilisatie intracytoplasmatische sperma-injectie genoemd) en het advies van 10 februari 1997 inzake het Planningsbesluit IVF, in-vitrofertilisatie.

Vervolgens is door de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie een protocol opgesteld, zodat in 1998 met het onderzoek hoogtechnologisch draagmoederschap werd begonnen. Voorwaarden voor hoogtechnologisch draagmoederschap zijn:

1. de wensmoeder KAN niet zwanger worden:
 - a. de baarmoeder is afwezig, congenitale aplasie (syndroom van Mayer-Rokitansky-Küster) of verwijderd door operatie;
 - b. de baarmoeder is beschadigd of misvormd;

⁹⁵ Heida & Van der Steur 2001, p. 212.

⁹⁶ Planningsbesluit in-vitrofertilisatie, Besluit van 1 april 1998, *Stcrt.* 1998, 95, in werking getreden op 27 mei 1998.

2. de wensmoeder MAG niet zwanger worden op grond van een ernstige lichamelijke aandoening, waarbij een zwangerschap levensbedreigend kan zijn;
3. de wensmoeder mag niet ouder dan 40 jaar zijn bij het begin van de behandeling;
4. de wensouders hebben geen strafblad en moeten een verklaring van goed gedrag overleggen;
5. de wensouders moeten de Nederlandse nationaliteit hebben, de Nederlandse taal beheersen en in Nederland woonachtig zijn.

De draagmoeder:

1. moet al eerder één of meer kinderen hebben gekregen zonder medische problemen, dus geen medische assistentie hebben gehad bij zwanger worden of bij de baring (b.v. geen keizersnee);
2. heeft bij voorkeur een voltooid gezin;
3. is lichamelijk en geestelijk gezond;
4. moet bereid zijn om zich aan een aantal gedragsregels te houden tijdens de behandeling (geen geslachtsgemeenschap tijdens de ovulatie) en de zwangerschap (geen gebruik van drugs of medicijnen in het algemeen, geen alcohol en niet roken);
5. heeft bij aanwezigheid van een partner diens instemming met haar beslissing nodig en de partner moet de contracten mede ondertekenen;
6. mag niet ouder dan 44 jaar zijn;
7. moet de Nederlandse nationaliteit hebben, de Nederlandse taal beheersen en in Nederland wonen; indien de draagmoeder een partner heeft, gelden deze eisen ook voor hem.

NB: in aanbeveling 115 van de Victorian Law Reform Commission wordt bovendien nog een ondergrens van 25 jaar aangegeven.⁹⁷ Hoewel de commissie een voorkeur uitspreekt voor vrouwen die ervaring hebben met een zwangerschap en een baring, wil zij dit in tegenstelling tot de Nederlandse eisen niet als een absoluut vereiste hanteren.

Het is duidelijk dat deze voorwaarden door velen als discriminerend worden gevoeld, vooral aan de zijde van de wensouders. Mannelijke homoseksuele paren komen niet in aanmerking, hoewel bij het hanteren van het gelijkheidsbeginsel van man en vrouw een man een persoon is die niet zwanger kan worden, omdat hij, aangeboren, geen baarmoeder heeft.

⁹⁷ Victorian Law Reform Commission – Assisted Reproductive Technology & Adoption, *Final Report*, 4 januari 2007, Recommendation 115.

In het kader van zijn oppositie tegen deze discriminatie vermeldt schrijver hier graag aanbeveling 103 van de Victorian Law Reform Commission.⁹⁸ De commissie adviseert dat een alleenstaande of een paar gebruik moet kunnen maken van een draagmoeder zonder dat aan de vorm van de relatie of de seksuele geaardheid voorwaarden mogen worden gesteld (regardless of relationship or marital status or sexual orientation).

Hoewel niet expliciet in de voorwaarden vermeld, hanteert het VUmc (medisch centrum Vrije Universiteit Amsterdam, op dit ogenblik nog het enige centrum dat hoogtechnologisch draagmoederschap mag uitvoeren) als extra regel dat deze techniek in principe gereserveerd blijft voor eerste kinderen, of anders gezegd: het is niet de bedoeling om deze behandeling open te stellen voor wensouders die al eigen kinderen hebben.

4.4 De door het VUmc voorgelegde draagmoederschapsovereenkomst

Tussen VUmc, de wensouders en draagouder(s) worden onder meer de volgende eisen in een overeenkomst neergelegd:

- a. de draagouders verplichten zich, na goedkeuring van de raad voor de kindbescherming, het kind direct na de geboorte af te staan aan de wensouders en de wensouders hebben de plicht het kind in hun gezin op te nemen;
- b. de plicht van de draagouders het kind na de geboorte de voornamen volgens de wens van de wensouders te geven;
- c. de plicht van de draagouders om mee te werken aan de gezagswijziging over en de adoptie van het kind door de wensouders;
- d. de plicht van de wensouders om het kind of de meerlingen, ongeacht zijn geestelijke en/of lichamelijke toestand dan wel geslacht, meteen na de geboorte te verzorgen en op te voeden;
- e. de plicht van de wensouders de kosten van de zwangerschap, de bevalling, het afsluiten van de verzekering en het opmaken van de testamenten, de kosten voor het aanvragen van het gezag en de adoptie te dragen.

Op dit moment is deze overeenkomst in haar geheel dan wel op onderdelen nietig. Met name de onderdelen a en d zijn niet in rechte afdwingbaar. Ook onderdeel c is discutabel; immers, ook zaken betreffende de afstamming onttrekken zich vooralsnog aan het contractenrecht. De Wet lesbisch ouderschap laat wel een zekere contractsvrijheid betreffende afstamming toe, als straks de moeder al tijdens de zwangerschap met de spermadonor en de meemoeder kan afspreken aan wie zij toestemming tot erkenning zal verlenen, hetzij aan de een, hetzij aan de ander.⁹⁹

⁹⁸ Victorian Law Reform Commission – Assisted Reproductive Technology & Adoption, *Final Report*, 4 januari 2007, Recommendation 103.

⁹⁹ Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 185, voetnoot 51.

4.5 Begeleidende informatie uit de VUmc-folder

Omdat bovenstaande gegevens ontleend zijn aan de brochure van het VU Medisch Centrum,¹⁰⁰ is het zinvol hieruit ook enkele opmerkingen over het traject na de geboorte te citeren.

‘Over de hechtingsrelatie tussen draagmoeder en kind is vooralsnog weinig bekend.’

‘Het onderzoek, tot dusver, toonde aan dat de hechtingsrelatie tussen foetus en moeder minder intens was bij draagmoeders dan bij vrouwen die voor zichzelf een kind wensten.’

‘Draagmoeders lijken al bij aanvang de baby te beschouwen als de baby van de wensouders.’

‘Uit onderzoek van onder andere adoptiegezinnen is al voldoende gebleken dat succesvolle hechtingsrelaties tussen moeder en kind ook gevormd worden zonder dat de moeder het kind draagt of zelfs zonder dat er een genetische band bestaat.’

‘Het belang van de ouder/kind interacties in een vroege ontwikkelingsperiode (*van het geboren kind; explicatie PK*) is echter wel aangetoond. Baby’s kunnen snel hun moeder onderscheiden van andere opvoeders door haar geur, de manier waarop ze de baby voedt en verzorgt.’ Aan deze opmerking wordt de conclusie verbonden dat het daarom belangrijk is om het kind zo snel mogelijk na de geboorte aan de wensouders toe te vertrouwen.

Ook wordt ingegaan op de kwaliteit van het ouderschap. Gezien de inspanningen die wensouders moeten doen om aan hun kinderwens te voldoen, ligt het voor de hand om aan te nemen dat deze kinderen ‘meer gewenst’ zijn dan een aantal kinderen in de natuurlijke situatie. Maar betekent dat dan ook dat de wensouders gemakkelijker inspelen op hun veranderde gezinssituatie of, anders gezegd, op hun overgang naar het ouderschap? In een recent follow-up onderzoek van de in het VUmc tot stand gekomen draagmoedergeboorten bleek dat de wensmoeder, in vergelijking met een controlegroep van moeders met een natuurlijk geboren kind, de overgang naar ouderschap beter had gemaakt. Afgezien van de reeds eerder vermelde expliciete kinderwens zal ook de tijdsduur die de vervulling van de kinderwens vergt, meewerken aan de betere overgang. De wensouders hebben zich allang op deze nieuwe situatie kunnen en willen voorbereiden.

Deze bevindingen komen overeen met een eerder onderzoek over de kwaliteit van de wensouder-kind-relatie.¹⁰¹ Vaders en moeders bleken een hoger niveau van menselijke warmte, emotionele betrokkenheid met en gehechtheid aan het kind, geboren uit een draagmoeder, te vertonen dan ouders met natuurlijk geconcipieerde kinderen.

100 VU medisch centrum (VUmc), Brochure ‘Hoog-technologisch draagmoederschap’, januari 2010, p. 8 e.v.

101 Golombok 2004, p. 400-411.

4.6 Ongewilde kinderloosheid

Uit de ‘Kerncijfers vruchtbaarheid gebruikt in de bevolkingsprognose, 1935-2020’ van het CBS blijkt het percentage van kinderloze vrouwen de afgelopen 25 jaar rond de 20 te liggen.¹⁰² Dit percentage betreft zowel de vrijwillig als de onvrijwillig kinderloze vrouwen. Om een indruk te krijgen om hoeveel onvrijwillig kinderloze vrouwen het gaat, worden enige CBS-cijfers van 2000 vermeld (helaas bleken er geen recentere cijfers beschikbaar): de kans op onvrijwillige kinderloosheid bij vrouwen onder de 30 jaar was 9%. Met medische behandeling daalde dit tot 3%. Bij vrouwen boven de 30 jaar steeg de kans op ongewilde kinderloosheid tot 13%. Zelfs bij medische hulp bleef 8% nog altijd ongewild kinderloos. In deze 8% zat ook de 4% die het natuurlijke gevolg was van het uitstellen van de eerste zwangerschap na het 30^e jaar. Op dit moment is er een duidelijke toename van het aantal vrouwen dat pas na het 30^e levensjaar zwanger wil worden. Het uiteindelijke percentage zal derhalve veel hoger dan de 8 van het jaar 2000 uitkomen. Zelfs deze 8% vertegenwoordigt al een respectabel aantal vrouwen, dat uiteindelijk op adoptie of een draagmoederschapsprocedure is aangewezen. Voor een aantal van deze ongewild kinderloze vrouwen zou het draagmoederschap een goede oplossing kunnen zijn. Overigens zijn in dit percentage ook de ongewild kinderloze vrouwen in een lesbische relatie begrepen. Daarnaast zou het draagmoederschap een uitkomst betekenen voor het grote aantal ongewild kinderloze mannelijke homoparen. Uit deze en andere cijfers blijkt dat altijd de vraag naar draagmoeders het aanbod vele malen zal overtreffen, ook bij facilitering. En bovengenoemde cijfers betreffen, zoals geschreven, alleen nog maar de ongewild kinderloze vrouwen. Hiernaast komen nog de ongewild kinderloze homoseksuele mannen.

4.7 Eerdere voorstellen om het juridisch traject rond het draagmoederschap te stroomlijnen

Dermout c.s. voerden in juni 2002 een ‘Update’ uit met betrekking tot het hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland. In hun conclusies voor wat betreft het juridisch gebied stellen schrijvers:¹⁰³

‘De wetgeving heeft geen gelijke pas gehouden met de ontwikkelingen van het draagmoederschap. Het blijft een vreemde zaak dat het Ministerie van VWS een vorm van voortplanting toestaat, door vanaf 1997 een gedoogbeleid voor ideëel draagmoederschap bekend te maken, maar dat de wetgeving zich daar niet bij aanpast’.

Logischerwijze stellen schrijvers dan ook voor om het ‘mater semper certa est’-principe los te laten. De wensmoeder in hun onderzoeksgroep, wier eikel gebruikt werd voor de IVF en draagmoederschapsactie, zou direct na de geboorte de juridische moeder worden. Ook volgens deze auteurs is er dan geen adoptie meer

102 www.cbs.nl; zoek: Kerncijfers vruchtbaarheid gebruikt in de bevolkingsprognose, 1935-2020.

103 Dermout 2002. Zie www.google.nl; zoek: Samenvatting van het proefschrift ‘De eerste logeerpartij (...)’.

nodig, geen verdere wetsverandering. Kennelijk omdat de schrijvers van deze Update goed op de hoogte zijn van het wetgevingsproces in Nederland, geven zij nog een subsidiair advies. Begin citaat: ‘Indien men de vrouw van de draagouders (van wie noch de eicel, noch de zaadcellen zijn) toch onlogischerwijs als moeder blijft beschouwen, zou het in ieder geval zo moeten zijn, dat adoptie al in werking kan worden gesteld zodra de IVF-procedure tot een gunstig resultaat heeft geleid. Er zijn dan nog ruim 6 maanden om een zorgvuldige administratieve procedure te verrichten, leidend tot feitelijke adoptie op het moment van geboorte van het wenskind. Dit heeft als pluspunt dat er recht gedaan wordt aan de intenties van zowel wens- als draagouders’. Einde citaat.

Van den Berg en Buijssen hernieuwen het pleidooi met deels nieuwe argumenten, ontleend aan de Amerikaanse rechtspleging bij conflicten in de draagmoederschapssfeer.¹⁰⁴ Al in 2004 pleitten beide schrijfsters voor een, ook toen al, ingrijpende verandering in het verkrijgen van het juridisch ouderschap van een kind dat uit een draagmoeder geboren wordt. Zij benadrukten dat het in het belang van het kind is (en het belang van het kind behoort toch de leidraad voor al het handelen te zijn) dat het kind vanaf zijn geboorte bij zijn genetische ouders kan opgroeien. Deze genetische ouders zijn in de huidige terminologie de wensouders die hun gameten gebruikt hebben om tot een conceptie te komen. Zij werken een voorstel uit, dat gebaseerd is op de Amerikaanse doctrine over juridisch moederschap. Zij distilleren hieruit vier belangrijke theorieën:

1. ‘the intent based theory’;
2. ‘the genetic contribution theory’;
3. ‘the gestational mother preference theory’;
4. ‘the ‘best interest of the child’ theory’.

In hun voorstel tot regulering van het hoogtechnologisch draagmoederschap (lees: de regulering van het juridisch ouderschap over het kind dat uit de draagmoeder geboren wordt) combineren zij de eerste, tweede en vierde theorie. Overigens, in de Amerikaanse rechtspraak bleken de eerste en de vierde theorie vaak al voldoende om het kind ‘toe te wijzen’ aan de wensouders. De initiële intentie van de participanten en het belang van het kind waren doorslaggevend.

In tegenstelling tot het voorstel van Van den Berg en Buijssen gaat het nieuwe voorstel, gebaseerd op de nieuwe visie, uit van een gemodificeerde ‘intent based theory’. De intentie en de daarop volgende actie van twee personen om een kind te concipiëren voor zichzelf is voldoende om van rechtswege het juridisch ouderschap te krijgen; formeel direct na de geslaagde innidatie, materieel direct na de geboorte.

Omdat in dit voorstel de intentie primair is, is geen ‘genetic contribution theory’ nodig. Na de gametendonatie komt de conceptie nog steeds alleen tot

104 Van den Berg & Buijssen 2004, p. 724-728.

stand, als twee personen dat wensen. Evident is dat ook de vierde theorie, ‘the ‘best interest of the child’ theory’, in dit voorstel een prominente plaats heeft. Het kind heeft er recht op, ook al zal het zelf intra-uterien en op jonge leeftijd er geen weet van hebben, dat er zo vroeg mogelijk duidelijkheid bestaat wie zijn juridische ouders zijn, in casu direct na de geslaagde innesteling. Vandaar dat de auteur van dit proefschrift zich ook goed kan vinden in hun tweede aanbeveling aan de wetgever om een vergelijkbaar registratiesysteem op te zetten als bij de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. In dit register wordt dan bijgehouden van wie de gameten afkomstig waren, aan wie de gameten geschonken waren, dus welke personen met deze gameten een bevruchting hebben gewild en bij welke vrouw de geslaagde embryotransfer heeft plaatsgevonden. Dit register bevat derhalve de notariële schenkingen van de gameten. Het inschrijven van de geslaagde innidatie vestigt het juridisch ouderschap van de actoren in dit kunstmatige voortplantingsproces. Overigens zij hier nog opgemerkt dat, ondanks de helderheid van het betoog van beide schrijfsters, de wetgever ook in 2014 nog niets met de aanbevelingen heeft gedaan.

Dit is geheel in lijn met de opmerking van de staatssecretaris.¹⁰⁵ De staatssecretaris somt een aantal maatregelen op, die vooral het draagmoederschap in het buitenland betreffen. Voor wat betreft het draagmoederschap in Nederland verschuilt hij zich achter de medische beroepsgroep met de opmerking dat de vereisten in Nederland voor het toepassen van hoogtechnologisch draagmoederschap relatief streng zijn. Deze worden door de beroepsgroep bepaald. Over juridische aanpassingen, zoals bij het internationaal draagmoederschap, laat hij zich niet anders uit dan door te stellen dat, als de (onveranderde) regelgeving en procedures duidelijk en bekend zijn, de rechter strenger zal oordelen in zaken waarin niet de juiste procedure is gevolgd; een procedure dus, die niet in lijn is met het (ongewijzigde) Nederlandse beleid. Als klap op de vuurpijl geldt maatregel 6: ‘In overleg met het Openbaar Ministerie zal worden bezien in hoeverre aanscherping van het handhavingsbeleid ten aanzien van draagmoederschap mogelijk en wenselijk is’. Hoewel hier waarschijnlijk commercieel draagmoederschap is bedoeld, is de staatssecretaris in deze niet erg duidelijk. Immers, in punt 3 van de brief staat dat er straks geen oordeel wordt gegeven over de onkostenvergoeding die buitenlandse draagmoeders ontvangen, en de medische kosten die de organisaties in rekening brengen. Verder vermeldt hij dat ook in Nederland draagmoederschap én het betalen van geld door de wensouders aan de draagmoeder niet strafbaar zijn gesteld. Juist deze twee constatering doen de grens tussen ideëel en commercieel draagmoederschap vervagen. En ‘het vereiste ‘geen winstoogmerk’ is in de praktijk niet goed te handhaven (...) en het bewijs ter zake is moeilijk rond te krijgen’. Kortom, buitenlands ‘commercieel’ draagmoederschap wordt onder de voorwaarden van de punten 1 en 2 van de brief geaccepteerd. Redelijk zou de aanname zijn dat voor buitenlandse draagmoedersschappen niet een ander wettelijk regime zou mogen gelden dan het Nederlandse

105 Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 16 december 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 VI, nr. 69.

regime, niet alleen vanwege de rechtsongelijkheid, maar vooral ter voorkoming van ‘draagmoederschapstoerisme’. In het kader van dit proefschrift moet deze maatregel 6 wel negatief beoordeeld worden. In plaats van de bepleite facilitering en regulatie overweegt de staatssecretaris repressie.

Hiermee komt overeen de kort samengevatte conclusie van het uitgebreide door het UCERF geproduceerde rapport:¹⁰⁶ ‘dat het Nederlandse wetgevingsbeleid is te kenschetsen als consistent in de doelstelling draagmoederschap (zeker in Nederland) te ontmoedigen’.

De kalender toont het jaartal 2014.

Erg veel is er nog niet veranderd. Ook dit proefschrift probeert duidelijk te maken dat het ‘mater semper certa est’-principe en het ‘pater est quem nuptiae demonstrant’-principe in algemene zin achterhaald zijn. De acceptatie van eicel- en zaadceldonatie door de wetgever, geregeld in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (al sinds 2004), noodzaakt tot een grondiger aanpassing van de wetgeving dan Dermout c.s., alsmede Van den Berg en Buijssen voorgesteld hebben. De Wet openstelling huwelijk van 21 december 2000 (en de Wet geregistreerd partnerschap van 5 juli 1997) voor homoseksuele personen maakt eveneens een aanpassing van het huidige afstammingsrecht noodzakelijk.

4.8 Draagmoederschap in relatie met de Embryowet

Bij het bestuderen van de Embryowet valt direct de discrepantie op. Zoals boven te lezen is, moet draagmoederschap worden ontmoedigd. Langzaam ontstaat er in de maatschappij enige acceptatie, maar in de Embryowet worden in art. 5 lid 1 de voorwaarden voor gametendonatie beschreven en in art. 8 lid 1, onder a, de embryodonatie (zoals eerder verklaard een onjuiste term, dit moet embryoadoptie heten). Beide artikelen laten duidelijk de mogelijkheid van draagmoederschap open. Ook art. 16 Embryowet ademt de intentie om met wetenschappelijk onderzoek, met de ter beschikking gestelde embryo’s, nieuwe inzichten te krijgen inzake onderzoeks- of behandelingsmethoden die zijn gericht op het tot stand brengen van zwangerschap en de geboorte van een gezond kind.

Kortom, de Embryowet faciliteert datgene wat in de woorden van de staatssecretaris wordt gefrustreerd, namelijk het tot stand brengen van (onnatuurlijke) zwangerschappen.

De betrokkenen dienen overeenkomstig art. 8 lid 2 Embryowet hun schriftelijke toestemming te geven voor het tot stand brengen van een zwangerschap van een ander met embryo’s die buiten het lichaam ten behoeve van de eigen zwangerschap tot stand zijn gebracht, maar daarvoor niet meer zullen worden gebruikt. Deze betrokkenen zijn de vrouw en haar echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel. Blijkens de tekst kunnen deze betrokkenen dan al

106 Boele-Woelki 2011, p. 300.

beschikken over één of meer embryo's. Niet duidelijk en ook niet belangrijk is of dit een eigen embryo dan wel een geschonken embryo betreft.

4.9 Het recht van eenieder om een gezin te stichten

Kortom, nu moet de overeenkomst worden besproken tussen twee wensouders en een vrouw die bereid is, uit altruïstische overwegingen, mee te werken aan het vervullen van de kindervens van deze twee ouders. Alleen deze volzin roept bij velen al de vraag op of de kindervens, als deze mensen niet op de 'natuurlijke' wijze, eventueel zelfs met KI, kinderen kunnen krijgen, legitiem is. Voor de simpele beantwoording van deze vraag is een verwijzing naar art. 12 EVRM zinvol, op grond waarvan ieder mens het recht heeft een gezin te stichten. In het kader van dit hier beschreven recht wordt geen onderscheid gemaakt in de samenlevingsvorm van de betreffende persoon: geen huwelijk, geregistreerd partnerschap of andere samenlevingsvormen, of zelfs het alleen zijn van deze rechthebbende.

Het recht om een gezin te stichten is intrinsiek gelijk aan het recht om voor zich nakomelingschap te krijgen en het recht (en de plicht) om daarvoor ook te zorgen.

Een oud adagium luidt: 'Het gezin is de hoeksteen van de samenleving'. Niet alleen is het gezin de kleinste georganiseerde cel in het complexe orgaan van de samenleving, het is ook de enige mogelijkheid om het voortbestaan van de samenleving te garanderen. Zonder de geboorte van kinderen verdwijnt uiteindelijk een samenleving.

Dit belang wordt duidelijk uitgesproken in de 'Convention on the rights of the child' van 20 november 1989 en voor Nederland als Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK, *Trb.* 1990, 170) in werking getreden op 8 maart 1995. In de zesde overweging in de preambule valt te lezen: 'Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality should grow up in a family environment, in a atmosphere of happiness, love and understanding', terwijl in een eerdere overweging in dezelfde preambule staat: 'Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all his members and particularly children' om nog eens het belang van het gezin voor het kind, de andere leden van het gezin en de maatschappij als totaal duidelijk te maken. Onmiskenbaar in deze verklaring is dat het doel tweeledig is, namelijk dat het kind een gelukkige jeugd moge hebben ter wille van zichzelf en van de maatschappij. Niet voor niets maken landen met een geïnverteerde bevolkingsaanwas zich ernstig zorgen. Een andere aanwijzing voor het belang van het gezin is te vinden in de laatste volzin van art. 16 UVRM: 'Het gezin is de natuurlijke en fundamentele groepseenheid van de maatschappij en heeft recht op bescherming door de maatschappij en de staat'. Ook de eerste volzin in dit artikel is zeer belangrijk: 'Zonder enige beperking op grond van ras, nationaliteit of godsdienst, hebben mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht te huwen en een gezin te stichten'. Gecombineerd met de eerste bijzin van art. 2 van dezelfde verklaring: 'zonder enig onderscheid

van welke aard ook, zoals ras, kleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging (...)', leidt dit tot de volgende conclusie: mannen en vrouwen hebben het recht om met elkaar te huwen (of een daarmee te vergelijken relatie, zoals het geregistreerd partnerschap, aan te gaan). Er staat niet dat mannen met vrouwen moeten huwen. Naast het recht om te huwen en niet volgend uit dit recht, hebben mannen en vrouwen van huwbare leeftijd, gezamenlijk of alleen, het recht om een gezin te stichten. Ook art. 12 EVRM beschrijft deze beide rechten.

In art. 12 EVRM staat in de Engelse verdragstekst van 4 november 1950: '**Article 12. – Right to marry.** Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right'.

De afgelopen decennia hebben zeer veel auteurs hun mening gegeven over de betekenis van dit artikel.¹⁰⁷ Algemeen aanvaard werd dat het Verdrag onder 'huwen' ook echt alleen huwen en dus geen andere samenlevingsvormen bedoelde en dat het recht om te huwen alleen betrekking had op het aangaan van een huwelijk tussen een man en een vrouw. Overigens heeft zelfs het EHRM toegegeven dat de afzonderlijke woorden van art. 12 EVRM zich niet verzetten tegen een huwelijk van twee mensen met hetzelfde geslacht, maar dat in 1950 bij de formulering van het artikel de woorden zorgvuldig zijn gekozen, waarbij het woord 'huwelijk' de traditionele betekenis had van de gemeenschap tussen twee mensen met een verschillende sekse.¹⁰⁸ Verder is opvallend in de 'oudere' literatuur dat voor wat betreft de beperkingen aan de huwelijkskandidaten vooral aandacht wordt geschonken aan het recht dat de Staat toekomt om te bepalen, binnen redelijke grenzen, wat onder de huwbare leeftijd wordt verstaan.

Tot 12 december 2007 kon nog getwijfeld worden of de redactie van het tweede deel van de eerste volzin in dit artikel een zelfstandig recht beschreef, namelijk dat mannen en vrouwen ook zonder te huwen een recht hebben om een gezin te stichten. Verantwoordelijk voor deze twijfel was enerzijds het historisch belang dat aan het huwelijk werd toegekend als enig bekend, maar vooral erkend instituut waarbinnen het gezin werd gesticht, anderzijds de verdragstekst waarin in de bijzin gesproken wordt over één recht: 'this right'. Zeker na de afkondiging van het herziene Handvest van de grondrechten van de Europese Unie¹⁰⁹ op 12 december 2007 is art. 9 duidelijk: 'het recht te huwen *en* het recht een gezin te stichten *worden* gewaarborgd volgens de nationale wetten die de uitoefening van deze *rechten* beheersen' (*vette cursivering door PK aangebracht*). In de toelichting op dit artikel, gebaseerd op art. 12 EVRM, wordt expliciet de mogelijkheid van andere samenlevingsvormen dan alleen het huwelijk genoemd. Bovendien 'verbiedt noch gebiedt' dit artikel dat aan verbintenissen tussen personen van hetzelfde geslacht de status van het huwelijk wordt verleend.

In de klinische analyse hoe het menselijk leven tot stand komt, is niet over het gezin gesproken. Het betrof hier slechts een van rechtswege ontstaan ouderschap. Het belang van het gezin voor de samenleving is, dat dit kind door zijn ouders opgevoed wordt in een bescherm(en)de en liefdevolle omgeving tot een volwaardige en waardevolle nieuwe lidmaat van de maatschappij. In de loop der

107 De Bruijn-Lückers 2012, aant. bij art. 12 EVRM.

108 EHRM 17 oktober 1986, NJ 1987/945, m.nt. E.A. Alkema (*Rees v. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 24 juni 2010, appl.nr. 30141/04; AA 2011, p. 299-304, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Schalk and Kopf v. Austria*).

109 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Publicatieblad van de Europese Unie (PbEU)* 2007, C 303, in werking getreden op 1 december 2009.

eeuwen is de betekenis van het woord ‘gezin’ aan talrijke veranderingen onderhevig geweest. Vaak hebben de leefomstandigheden van de mensen de grootte van hun ‘gezin’ bepaald. Hier wordt niet alleen op het kindertal gedoeld, maar ook op alle andere personen die tot het gezin werden gerekend. In het oude kerngezin waren de ouders, ook als grootouders, tot hun dood hiervan een onlosmakelijk bestanddeel. In de moderne tijd gingen de gezinnen zich beperken tot een man en een vrouw, die aanvankelijk een huwelijk sloten en later ook een andere samenlevingsvorm konden kiezen, en hun kinderen. Ondanks het feit dat in Boek 1 BW zeventien keer over het gezin of gezinsverband wordt geschreven, wordt dit begrip nergens nader gedefinieerd. Met name Nuytinck en Grapperhaus¹¹⁰ spreken niet alleen daarover hun verwondering uit, maar ook over het feit dat eveneens in de internationale regelgeving geen eenduidigheid bestaat over wat onder een gezin moet worden verstaan. In 1996 is door de toenmalige Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,¹¹¹ in aansluiting op de definitie die het Nationaal Comité voor het jaar van het Gezin heeft vastgesteld, een notitie uitgebracht waarin het gezin wordt omschreven als ‘elk leefverband van één of meer volwassenen die verantwoordelijkheid dragen voor de verzorging en opvoeding van één of meer kinderen’. Evenals in de preambule van het IVRK, het EVRM, de UVRM en het IVBPR wordt ook in deze notitie niet duidelijk gemaakt wie deze ‘één of meer volwassenen’ kunnen zijn. Zowel het oude kerngezin alsook de commune kunnen onder deze definitie worden begrepen, ware het niet dat de staatssecretaris ter verduidelijking wel stelt dat het gezin een affectieve, **juridische**, sociaaleconomische en consumptieve **eenheid** vormt (accentuering PK).¹¹²

4.10 ‘Eenieder’ betekent ook eenieder

Na de wetwijziging van 21 december 2000, in werking getreden op 1 april 2001, waarbij op grond van het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet het huwelijk in Boek 1 BW ook werd opengesteld voor paren met een gelijkgerichte seksuele geaardheid (art. 1:30 lid 1 BW), hebben ook deze paren op grond van art. 12 EVRM het recht om een gezin te stichten. Omdat laatstgenoemd artikel spreekt over het recht van eenieder om een gezin te stichten, kan het dus niet beperkt worden tot paren. Zelfs als de samenleving een duidelijke voorkeur heeft voor tweeoudergezinnen, kan het recht niet aan een alleenstaande vrouw (en dus ook niet aan een alleenstaande man) worden ontzegd. Dat dit in de praktijk ook niet gebeurt, voor wat betreft de vrouw dan, moge blijken uit het eerder beschreven feit dat alleenstaande vrouwen via KID zwanger kunnen worden. In het huidige, maar ook het voorgestelde, systeem heeft dit kind effectief slechts één ouder. Ook de mogelijkheid van adoptie door één persoon leidt tot een eenoudergezin.

110 Nuytinck & Grapperhaus 2008, p. 861-875.

111 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 887, nr. 1, p. 1 (brief Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 16 september 1996, ‘Maatschappelijke positie en de functie van het gezin’).

112 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 887, nr. 1, p. 1-2.

Opvallend in dit kader is de ambivalentie van de wetgever, die een duidelijke afspiegeling is van de mening van de samenleving over het begrip gelijkheid. Terwijl aan de ene kant te pas en te onpas gesproken wordt over de gelijkheid van man en vrouw, gendervrije wetgeving, wordt aan de andere kant, op het moment van de voortplanting, steeds benadrukt dat er toch duidelijk een biologisch verschil tussen een man en een vrouw is en dat dit een verschil in wetgeving, lees het geven van rechten, rechtvaardigt. Het valt niet te ontkennen dat er fysiologische, biologische, emotionele en nog vele andere verschillen tussen mannen en vrouwen bestaan. Maar hierbij wordt bij de voortplanting volledig voorbijgegaan aan de echte gelijkwaardigheid van de mannelijke zaadcel en de vrouwelijke eicel. Gelijkwaardig, niet gelijk. Beide gameten zijn nodig voor de conceptie van een nieuw individu. Extrapolerend naar de man en de vrouw betekent dit: zij zijn niet gelijk, maar wel gelijkwaardig.

Alleen nu komt het al eerder geschilderde probleem. Van oudsher heeft er een bovenmatige waardering plaatsgevonden van de geboorte als het 'moment suprême'. En juist deze overwaardering, misschien het op grond van onwetendheid verschuiven van het echte moment van ontstaan naar het moment van het zichtbaar worden, heeft geleid tot de mening dat men een man toch niet gelijk kan stellen aan een vrouw, omdat een man nu eenmaal geen kind kan baren. Natuurlijk is deze laatste constatering juist, maar dat rechtvaardigt niet de verschillen in het toekennen van rechten. Immers, de baring is een slechts klein, zij het niet onbelangrijk, onderdeel in de ontwikkeling van het kind tot zelfstandig individu. En de kans dat in de toekomst een man, en hier wordt geen transgender bedoeld, een kind kan baren, moet nihil worden geacht.

Het transplanteren van een uterus in een man is het kleinste probleem, medisch-technisch gezien. Medisch-ethisch ligt dit duidelijk anders. Om afstoting van het 'vreemde' orgaan tegen te gaan moet de man medicijnen slikken die ook op het kind hun werking (misvormingen of een vroege vruchtdood) kunnen hebben. Voor het voorbereiden van de uterus om zelfs maar een innidatie mogelijk te maken moet de man hormonen slikken of per injectie toegediend krijgen. Ook tijdens de zwangerschap zullen hormonen nodig zijn. Natuurlijk neemt de hoeveelheid klierweefsel in de mannelijke borsten fors toe. Als men spreekt over een baarmoedertransplantatie, moet men ook denken aan een vaginareconstructie. Zonder 'vagina' kan geen embryotransfer plaatsvinden zonder operatief dit embryo in de voorbereide uterus te brengen. En als dan alles 'gelukt' is, de operatie, het tegengaan van de afstoting, het hormonaal voorbereiden van de baarmoeder, de embryotransfer, de innidatie en de negen maanden lange ongestoorde groei van de foet, komt de grootste uitdaging: de geboorte. Het mannelijke bekken is niet gebouwd om daar kinderen 'doorheen' te laten gaan. De gereconstrueerde vagina functioneert niet tijdens de baring. De enige oplossing is derhalve een geboorte per sectionem caesaream, per keizersnee. Kortom, theoretisch kan bijna alles, maar als medicus practicus sluit de auteur deze mogelijkheid uit. En als homo sapiens denkt hij dat er geen normaal denkende man bestaat die zoiets in redelijkheid overweegt. Eerder ziet hij kansen voor de eerder geuite fantasie van de volledig extracorporale 'zwangerschap'. Puur medisch-technisch zal dit in de toekomst zeker mogelijk zijn.

Ethische en financiële argumenten zullen eveneens vrijwel zeker verhinderen dat er ooit extracorporale (deze term wordt hier gebruikt, omdat de term 'extra-uteriene' al

een eigen obstetrisch-pathologische betekenis heeft) zwangerschappen en ‘geboorten’ zullen plaatsvinden. Het lijkt aantrekkelijk om daarover te gaan fantaseren. Want na de introductie van dit nieuwe ‘systeem’ kan de ontwikkeling van de vrucht veel gemakkelijker worden gemonitord. Het kind zou het geboortetrauma worden bespaard. Ook voor de vrouw zou het ontbreken van de zwangerschap en van de geboorte grote voordelen hebben. Echter, op dat moment zou iedereen zich de echte gelijkwaardigheid van man en vrouw voor de voortplanting realiseren. De acceptatie van deze gelijkwaardigheid sluit tegelijkertijd het primaat van de vrouw bij de voortplanting uit. De uit de gelijkwaardige cellen ontstane vrucht ontwikkelt zich in een baarmoeder van een vrouw.

4.11 De strikte relatie tussen de zwangere vrouw en het intra-uteriene kind

Dragende vrouw en kind hebben een in principe gescheiden bloedsomloop. In de moederkoek, placenta, vindt door het nauwe contact van de moederlijke met de kinderlijke bloedvaatjes uitwisseling plaats van zuurstof, voedingsstoffen, afvalstoffen etc. Dit wordt hier expliciet vermeld, omdat vaak ook het misverstand bestaat dat na de bevruchting het kind een onderdeel van de dragende vrouw wordt. Dit blijkt o.a. uit de opmerking van Broekhuijsen-Molenaar dat ‘tijdens de zwangerschap de vrucht deel uitmaakt van het lichaam van de vrouw en daarmee onder haar persoonlijkheidsrecht valt’.¹¹³ Daarmee conformeert zij zich met het beginsel uit het Romeinse recht: ‘Partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum’ (‘Voordat het kind geboren is, is het een deel van de vrouw ofwel van haar ingewanden’).¹¹⁴ Dat Broekhuijsen-Molenaar niet alleen staat in haar onbekendheid met de biologische realiteit, moge blijken uit de motivering van het Hoogerechtshof (High Court) van Gujarat in India, dat moest beslissen over de nationaliteit van een uit een Indiase draagmoeder geboren tweeling voor de Duitse wensouders Jan Balaz en Susan Lohle. Het High Court besliste dat de kinderen op Indiaas grondgebied uit een Indiase moeder waren geboren en dus de Indiase nationaliteit hadden.¹¹⁵ De draagmoeder was voor het Hof de natuurlijke en dus enige moeder. Hierbij is de motivering vermeldenswaardig: ‘the only conclusion that is possible is that the gestational mother who has blood relations with the child is more deserving to be called as the natural mother. She has carried the embryo for full 10 months in her womb, nurtured the babies through the umbilical cord.’ Het is niet geheel duidelijk waarom hier over 10 maanden wordt gesproken. Weliswaar wordt de normale zwangerschapsduur van 280 dagen verklaard door 10 maanmaanden die 28 dagen bedragen, het is echter algemeen gebruikelijk om de zwangerschapsduur met 40 weken of 9 maanden (en één week) aan te geven. Daarnaast wordt met de mededeling dat de draagmoeder de kinderen door de navelstreng (en bij twee kinderen natuurlijk door twee navel-

¹¹³ Broekhuijsen-Molenaar 1992, p. 35.

¹¹⁴ Asser/De Boer 2010, nr. 21.

¹¹⁵ Ergas 2012, p. 129.

strengen) gevoed heeft, meer gesuggereerd dan in de werkelijkheid gebeurt. Ieder kind, ook de twee kinderen van een tweeling, hebben gelukkig bijna altijd hun eigen bloedsomloop. De navelstreng is verbonden met het kinderlijke deel van de placenta (moederkoek). In de placenta vindt de uitwisseling plaats tussen de kinderlijke en moederlijke circulatie. Ook deze blijven in het algemeen volledig gescheiden. In de aangehaalde woorden van het Hof moet derhalve in de 'bloedrelatie met het kind' alleen een genetische band met het kind worden aangenomen. Interessant is dan de vraag of het Hof tot een andere beslissing zou zijn gekomen als gebruik was gemaakt van een hoogtechnologisch draagmoederschap met een gedoneerde Indiase eicel.

Na de innesteling van de zeer jonge vrucht ontwikkelt zich op deze plaats in de baarmoeder de placenta die, zoals vaker vermeld, uit een moederlijk en een kinderlijk deel bestaat. Het kind ontwikkelt zich in de vochtblaas binnen de baarmoeder. Het embryo is niet verbonden met de baarmoeder. Het embryo en het later zich ontwikkelende kind zijn dus op geen enkel moment deel van haar lichaam. Overigens leidt het voortijdig loslaten van deze placenta onherroepelijk tot het verloren gaan van het kind.

Al in 1986 stelde Leenen dat het beschikkingsrecht van de vrouw over het embryo niet afgeleid kan worden van het zelfbeschikkingsrecht over haar eigen lichaam.¹¹⁶ Deze opmerking vond toen plaats in het kader van de discussie over de door de wet gestelde grenzen waarbinnen een vrouw een beslissing mag nemen om zich te laten aborteren. Toen al durfde iemand uit te spreken dat de zwangere vrouw moet worden gezien als 'gastvrouw' van het embryo. Medisch volkomen juist vervolgt hij dat het embryo geen deel uitmaakt van haar lichaam. 'Het heeft een eigen leven en is ontstaan mede uit sperma ofwel niet van de vrouw afkomstige cellen.' Opvallend in de vorige aanhaling is het deel 'ofwel niet van de vrouw afkomstige cellen'. Het is onwaarschijnlijk dat dit een toespeling is op eiceldonaties, in-vitrofertilisaties met daarbij de mogelijkheid van een draagmoederschap, ondanks het feit dat al in 1978 Louise Brown als eerste zogenaamde reageerbuisbaby was geboren. Waarschijnlijker is het aangehaalde deel meer een explicitering van 'sperma'. De schrijver wil duidelijk aangeven dat het embryo niet alleen ontstaan is uit de eicel van de vrouw, maar ook, eigenlijk alleen, door de samensmelting met een geslachtscel die niet van haar afkomstig kan zijn: de zaadcel, in grote aantallen aanwezig in het sperma. De hieruit volgende juiste conclusie is, dat het beschikkingsrecht van de vrouw zich beperkt tot het recht om binnen een bepaalde termijn te beslissen haar gastvrouwschap wel of niet te beëindigen. Ook in het kader van hoogtechnologisch draagmoederschap moet de draagmoeder als 'gastvrouw' worden gezien, die binnen haar beschikkingsrecht het recht heeft om gedurende negen maanden een embryo (uit welke gameten dan ook ontstaan) te dragen en te baren. Op grond van dit onvervreembare beschikkingsrecht kan het draagmoederschap ook niet worden verboden. Overigens zij

116 Leenen & Gevers 1986, p. 13-23.

hier nog terloops opgemerkt dat Dermout voor haar proefschrift de gedachte van Leenen heeft overgenomen.¹¹⁷

4.12 De ‘nietige’ draagmoederschapsovereenkomst: het pasgeboren kind is voorwerp

In de huidige regelgeving geldt nog steeds het beginsel: ‘mater semper certa est’.

Ondanks het feit dat meerdere schrijvers erkennen dat dit eigenlijk volkomen achterhaald is, vinden zij het vaak toch gemakkelijker om dit vermoeden in stand te houden. Dat daarbij onzekerheden, maar vooral ongelijkheden ontstaan, wordt dan op de koop toe genomen.

Indien deze zwangerschap en geboorte het gevolg zijn van een door anderen gewenste conceptie, kan via uitgebreide, oneigenlijke, kostbare en langdurige procedures het kind alsnog aan de wensouders worden overgedragen en kunnen die het juridisch ouderschap verkrijgen. ‘Kan’ en ‘kunnen’, ‘uitgebreide’, ‘kostbare’, ‘langdurige’ en vaak ‘oneigenlijke procedures’, woorden en begrippen die het gevolg zijn van het feit dat het in het huidige recht verboden is om een dwingende afspraak te maken om

1. na de geboorte het kind direct te laten afstaan door de barendende vrouw; en
2. na de geboorte het kind te laten accepteren door de wensouders.

Overeenkomsten tussen de dragende moeder en de wensouders zijn nietig op grond van art. 3:40 BW. Ook het alternatief dat wensouders het kind van een draagmoeder als eigen kind aangeven bij de burgerlijke stand, is illegaal: verduistering van staat ex art. 236 Sr.¹¹⁸

In concreto betekent dit dat de dragende vrouw, zelfs indien de vrucht ontstaan is uit de conceptie van de eicel van de wensmoeder, na de geboorte de juridische moeder is ex art. 1:198 lid 1, aanhef en onder a, BW en niet verplicht kan worden om dit genetisch niet van haar afstammend kind af te staan aan de wensouders. De andere kant van deze duistere medaille is, dat ook de wensouders niet verplicht kunnen worden om na de geboorte dit kind te accepteren. Hiervoor kunnen verschillende redenen zijn: het kind heeft een aangeboren dan wel verworven afwijking (b.v. ten gevolge van het geboortetrauma), het kind heeft niet de gewenste sekse. Er kunnen ook redenen bij de wensouders zelf gelegen zijn (de onderlinge relatie is veranderd, scheiding of dood; de financiële positie is verslechterd).

In de literatuur wordt regelmatig gewezen op het belang van het kind. Nationale en internationale regelgeving beschermt deze belangen, maar in die landen waar kinderen uit een draagmoederschap geboren kunnen worden, omdat het ‘niet-commerciële’ draagmoederschap daar niet verboden is, wordt in het geheel niet

¹¹⁷ Dermout 2001.

¹¹⁸ Zie hierover ook Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 176.

met deze belangen rekening gehouden. Door de nietigheid van een eventuele overeenkomst wordt het kind overgeleverd aan de willekeur van de verschillende actoren. Indien de dragende vrouw ondanks het feit dat zij geen nieuw eigen kind wilde hebben, na een zwangerschap van negen maanden het niet genetisch met haar verwante kind wil houden, behoeft zij dat niet af te staan. Het ligt in de rede om aan te nemen dat zij, indien het kind bij de geboorte enig gebrek vertoont of van een sekse is waarvan zij bijvoorbeeld er al vier heeft, wel bereid is om het kind af te staan. Indien zij het kind niet afstaat, blijft zij de juridische moeder. Omdat heel vaak wordt geschreven over het recht van het kind op afstammingsinformatie, is het hier de vraag of in deze gevallen waarin, vrij naar Van Raak-Kuiper, toch duidelijk sprake is van een koekoeksei (hoewel de vrouw weet dat het niet haar eigen 'ei' is), ook de moeder zo happig is om de waarheid te vertellen, namelijk om aan dit kind te vertellen dat zij aanvankelijk helemaal geen kind meer wilde hebben en dat het nieuwe kind eigenlijk geen echte (genetische) broertjes en zusjes heeft. Kortom, de draagmoeder heeft op grond van de nietigheid van enige draagmoederschapsovereenkomst de mogelijkheid om zonder enige vorm een vreemd kind intra-uterien te 'adopter'. Zij en zij alleen bepaalt of zij dit 'vreemde' kind als haar eigen kind wil beschouwen. De consequentie van de nietigheid en dus het niet afdwingbare karakter van de overeenkomst is ook voor het kind groot, indien om wat voor reden ook de wensouders het kind niet accepteren. Het kind is dan niet alleen niet bij de wensouders terechtgekomen, het blijft bij een van rechtswege ontstane moeder, die dit kind nooit gewild heeft, terwijl dit kind bovendien geen enkele genetische relatie heeft met haar en haar andere kinderen. Alles pleit ervoor om aan deze ongewenste situatie zo snel mogelijk een einde te maken.

Bij het bespreken van de argumenten voor de nietigheid wordt altijd naar art. 3:40 BW verwezen. Dit artikel gaat over rechtshandelingen. Rechtshandelingen en dus overeenkomsten mogen niet in strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden zijn.

De vrijheid van beide partijen om afspraken te maken over afstamming en ouderlijk gezag in een draagmoederschapsovereenkomst wordt beperkt door het feit dat deze regelingen tot nu toe dwingend recht zijn en derhalve alleen door middel van een rechterlijke uitspraak tot stand gebracht c.q. gewijzigd kunnen worden. Dit maakt een eis tot nakoming eveneens niet afdwingbaar. De draagmoederschapsovereenkomst wordt los van deze wettelijke belemmering, en niet alleen in Nederland, in strijd geacht met de goede zeden, omdat het voorwerp van deze overeenkomst het pasgeboren kind is. Heida en Van der Steur stellen echter dat door het gedogen van het draagmoederschap door minister Borst dat argument voor de nietigheid van het draagmoederscontract is komen te vervallen.¹¹⁹ Nakoming van afgifte door de draagmoeder en acceptatie door de wensouder zouden dan op straffe van het plegen van wanprestatie afdwingbaar moeten zijn. Een aantal leden van het vaker aangehaalde Belgische Raadgevend Comité voor

119 Heida & Van der Steur 2001, p. 211.

de Bio-Ethiek stelt echter dat verplichte afgifte van het kind inhumain is:¹²⁰ ‘Die ethische stellingname ligt in het verlengde van de juridische regelgeving waar het voorwerp van een zwangerschapscontract wordt beschouwd als ‘onbeschikbaar’’. Hier wordt volgens de auteur duidelijk voorbijgegaan aan het feit dat de juridische regelgeving in het verlengde ligt van de ethische stellingname. Dit is een typisch voorbeeld van een cirkelredenering. Immers, eerder wordt in dit advies op p. 15 door Massager al gesteld dat men een goed onderscheid dient te maken tussen de ethische legitimiteit van een afspraak en haar juridische legaliteit.¹²¹ ‘De juridische regelgeving is zélf verbonden met de ethische legitimiteitsafspraken, in die zin dat zij’:

1. geïnspireerd is door een ethische opvatting van rechtmatig ouderschap;
2. gebruikt wordt om dergelijke opvattingen te ondersteunen;
3. onderhevig is aan veranderingen, met name met betrekking tot de medisch geassisteerde voortplanting, ten gevolge van, en hier opnieuw een citaat van Massager, ‘een natuur die beter strookt met de maatschappelijke realiteit’. Dus veranderingen in de ethische waarderingen leiden tot juridische veranderingen.

Daarnaast overheersen emotionele uitroepen dat kinderen nooit het voorwerp van een overeenkomst kunnen zijn. Ook kreten als ‘kinderhandel’ komt men in de literatuur tegen de draagmoederschapsconstructie tegen. Kortom, deze overeenkomst streed een al bij voorbaat verloren strijd tegen de ‘openbare orde’ en de ‘goede zeden’. Zonder de ratio een kans te geven overwint de emotie.

Als goed voorbeeld van het inspelen op pure emotie volgt hier het uit het Frans vertaalde citaat uit ‘Les Partisans des Mères porteuses ne désarment pas’ van Arduin:¹²²

‘Het ongeboren kind heeft van nature een fusionele relatie met de moeder die het kind draagt: het kind detecteert in het vruchtwater heel wat elementen en neemt die hele wereld van geuren en smaken dat het na de geboorte zal terugvinden in de borstvoeding, in zich op; het kind went aan het lichaam van de moeder, aan haar geur, haar stem, aan die van zijn vader en zijn broers en zusters en het onthoudt alles op wonderbaarlijke wijze. Dit alles bereidt het voor op de band met zijn gezinsleden na de geboorte. In utero voelt het kind ook de emotie van de moeder, dankzij de geluidsgolven, die het met grote nauwkeurigheid interpreteert’.

Het moge duidelijk zijn dat na deze vrijblijvende interpretatie van wat een zich ontwikkelende foet intra-uterien allemaal ervaart, de conclusie van Arduin wel moet luiden: ‘Hoe kan men het in zijn hoofd halen om dit hechtingsproces na de geboorte vrijwillig te onderbreken?’.

120 Raadgevend Comité voor de Bio-Ethiek, Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), definitieve versie, p. 27.

121 Raadgevend Comité voor de Bio-Ethiek, Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), definitieve versie, p. 15; N. Massager, juridisch deskundige bij het Comité.

122 Arduin 2008, p. 10.

4.13 De niet met nietigheid bedreigde draagmoederschapsovereenkomst: het dragen en baren van het kind is voorwerp

Bij de aanneming van de stelling dat het recht zich moet richten op het moment van het ontstaan en niet op de geboorte voor het tot stand komen van rechten, verandert alles zeer snel. In de eerder beschreven casus wordt door middel van IVF de eicel van de wensmoeder met de zaadcel van de wensvader bevrucht en daarna in de baarmoeder van de draagmoeder gebracht. De wensouders hebben een daad, de IVF en de embryotransfer, laten uitvoeren met erfelijk materiaal, in deze casus hun eigen erfelijk materiaal, om tot een nakomeling voor zichzelf te komen. Na de innesteling ontwikkelt deze vrucht zich in negen maanden tot een kind. Vanaf de geslaagde conceptie en innesteling zijn deze wensouders de juridische ouders van de vrucht. Zij dragen ook de zorg voor deze vrucht. Dit betekent dat zij bij de dragende vrouw alles in het werk moeten stellen dat hun vrucht onder optimale omstandigheden groeit. En deze zorg voor het nog ongebooren kind van de (genetische en juridische) wensouders leidt tot een veelheid aan verplichtingen voor de dragende vrouw. Het is redelijk dat tegenover de ongemakken, regels en risico's, ook derving van inkomsten, een vergoeding komt te staan. Beide partijen regelen dit in een overeenkomst die niet met nietigheid wordt bedreigd. Onderdeel daarvan is, dat de dragende vrouw zich gedurende de zwangerschap moet gedragen als ware zij de moeder van het nog ongebooren kind, een formulering die analoog is aan de bekendere formuleringen 'dat zij of hij zich moet gedragen zoals het een goede moeder, hulpverlener, advocaat etc. betaamt'.

In de overeenkomst staat niets over afgifte of acceptatie. Waarom niet? Omdat de ongebooren vrucht en dus, na de geboorte, het kind de oorspronkelijke juridische ouders nog steeds als juridische ouders heeft. De barendende vrouw heeft geen enkel recht om het kind te behouden. De juridische ouders hebben ook geen enkele mogelijkheid om het kind te weigeren. Bij de geboorte van hun kind ontstaat voor deze wensouders exact dezelfde situatie die voor ieder ander ouderpaar geldt. Ook hier kan het kind door veranderde levensomstandigheden of door een aanwezig defect niet worden geweigerd. Niet het kind is voorwerp van de overeenkomst. Het dragen, het bijdragen aan de ontwikkeling van de vrucht en uiteindelijk het baren van het kind is voorwerp van de overeenkomst.

In het artikel 'Babies without Borders: (...)' dat vooral handelt over de mogelijkheden dan wel onmogelijkheden om tot een regeling van internationaal draagmoederschap te komen, laat Ergas duidelijk haar verbazing blijken in de subparagraaf 'Self-Determination and the Rights of Sellers and Buyers: What is Bought and Sold?' over het feit dat er duidelijke verschillen bestaan in de publieke opinie en juridische kaders als het enerzijds gaat om het verkopen van sperma door de man en anderzijds het verkopen van eicellen of een dienst aanbieden als draagmoeder door de vrouw. In dit proefschrift wordt over de Nederlandse situatie geschreven. Er is dus hier geen sprake van een koop of verkoop. Overigens benadrukt zij wel dat het eventueel verbieden van deze

transacties zeker niet leidt tot het stoppen ervan, maar eerder aanleiding geeft tot een verhoging van de prijs en negatieve neveneffecten. Voor Nederland geldt echter wel haar opmerking: ‘the implicit argument is that a person’s right to dispose of herself – and hence of her bodily parts and bodily services – is neither legitimately nor effectively subject to governmental control.’¹²³ Dit zelfbeschikingsrecht over de geslachtscellen enerzijds en het vermogen om een kind te dragen en te baren anderzijds maakt de donatie van geslachtscellen aan anderen en het zich beschikbaar stellen als draagmoeder mogelijk. De voorgestelde eventuele schenkingsakten en de draagmoederschapsovereenkomst hebben namelijk geen betrekking op het kind. En daarbij past haar opmerking die direct aansluit bij dit proefschrift: ‘Finally, the relevant transactions (*in Nederland geen financiële acties, PK*) take place prior to conception, such that – once acquired – the constitutive parts of the embryo (*de geslachtscellen, PK*), the resulting embryo, and the fetus whose existence is predicated on the embryo and that is, in turn, the predicate of the child, are always already property of the commissioning parents’. Dit beschreven model van de contractuele autonomie gekoppeld aan het recht van zelfbeschikking sluit naadloos aan bij de in dit proefschrift voorgestelde rechten en plichten van de ‘wens’ouders en de draagmoeder. De impliciete vragen in dit geval zijn dan: wat doet en mag de draagmoeder? De antwoorden zijn duidelijk: ‘The gestator provides gestation as a service, but she has no direct ownership, parental affiliation, or identity interest in the embryo/fetus – which therefore cannot be conceptualized as an element of her body, let alone her ‘self’ – nor, hence, can she have the sort of parental/maternal interest in the child that might have resulted from her having had an original interest in the elements and processes through which the child was formed’.

4.14 De niet met nietigheid bedreigde draagmoederschapsovereenkomst: overdracht van de ouderschapsrechten is voorwerp

In de literatuur komt men ook gedachten tegen waarbij, om aan de nietigheid van de overeenkomst te ontkomen, gesproken werd over de draagmoederschapsovereenkomst met als voorwerp het overdragen van de ouderschapsrechten. Volgens rapporteur Hancock stelt de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa ‘vanuit het perspectief dat het ouder zijn van een kind niet betekent dat je er alles mee kunt doen, maar dat je er verantwoordelijk voor bent, dat draagmoederschapsovereenkomsten niet gaan over het doneren of verkopen van een kind, maar over het overdragen van de ouderlijke rechten en plichten van de draagmoeder naar de wensmoeder (die ook de genetische moeder **kan** zijn)’; accentuering door PK.¹²⁴ Ook het Belgische Raadgevend Comité voor Bio-ethiek stelt: ‘Zwangerschap-voor-een-ander’ is per definitie een afspraak of een overeenkomst tussen de

¹²³ Ergas 2012, p. 140-141.

¹²⁴ Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa, 30 september 2004, ‘Draagmoederschapsovereenkomsten in Europa en wereldwijd. Medische, sociale, ethische en juridische aspecten. Situatie en vooruitzicht’, p. 16.

zwangere vrouw en (een) wensouder(s).¹²⁵ Het voorwerp van de afspraak betreft de ouderschapsrechten (...). Dit doet te gekunsteld aan. Het is meer een geval van semantiek, omdat nog steeds uitgegaan wordt van de verkeerde premisse dat de dragende vrouw het ouderschapsrecht heeft. Overigens bewijzen deze en andere pogingen wel hoe men omhoog zit met deze overeenkomst.

Dat overigens een afspraak over een niet-commercieel draagmoederschap niet per se nietig behoeft te zijn, kwam ter sprake bij het gerechtshof in Den Haag.¹²⁶ Echter, ook hier was niet duidelijk of de overgave en de aanname van het kind door de respectievelijke vrouwen naar Nederlands recht kunnen worden afgedwongen.

4.15 Draagmoederschapsovereenkomst in de Verenigde Staten met de daaruit voortvloeiende problemen

Zoals al bij herhaling is geschreven, denkt men in andere culturen over dezelfde problemen soms anders. In enkele staten van de Verenigde Staten is het draagmoederschap gelegaliseerd. Ook de draagmoederschapsovereenkomst is daar geldig. In de zeldzame gevallen waarin toch een conflict ontstond, omdat de barendes vrouw het kind niet wilde afstaan, bekeek de rechter de initiële intentie van partijen en deed een uitspraak ten gunste van de wensouders. Ten aanzien van de overwaardering van deze sporadische probleemgevallen bij draagmoeders heeft Teman in de Verenigde Staten een uitgebreid onderzoek gedaan.¹²⁷ Er bestaan geen exacte getallen over het aantal kinderen dat uit draagmoeders is geboren. Teman verwijst naar een schatting van Shirley Zager, directeur van de 23 jaar oude non-profit Organization of Parents through Surrogacy (OPTS), dat in de periode 1974 tot 2007 zeker 25.000 kinderen op deze wijze zijn ontstaan. Daar komt bij dat tegen het einde van de zeventiger jaren ook de commerciële vorm van draagmoederschap is gelegaliseerd. Meer dan 99% van de draagmoeders had geen problemen bij de overdracht van de baby aan de wensouders. Minder dan 0,1% van de draagmoeders resulteerde in een juridisch gevecht voor de rechter. Opmerkelijk is ook haar opmerking dat het merendeel van de draagmoeders in hoge mate tevreden was met de gang van zaken en geen psychologische problemen had met het afstand doen van het kind, sterker nog: de meeste vrouwen vonden het moment van overdragen van de baby een 'happy event' en zouden zonder meer bereid zijn opnieuw draagmoeder te worden. Haar ervaringen uit de interviews met de draagmoeders steken schril af tegen het stereotype beeld dat de televisie, de film en de populaire journalistiek schilderen van het draagmoederschap. Met name de affaire rond Baby M. is daarbij in alle nieuwe verhalen gebruikt, maar vooral misbruikt. Daarbij wordt, grof gezegd, vaak geappelleerd

125 Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), definitieve versie, p. 4.

126 Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *NJ* 1998/865; zie ook HR 29 juni 1984, *NJ* 1984/767.

127 Teman 2008, p. 1104-1112.

aan vage onderbuikgevoelens. Het is dus volgens haar niet verwonderlijk dat juist door het uitvergroten van enkele probleemgevallen door de media het draagmoederschap zo negatief wordt beoordeeld.

Dit leidt tot een eenzijdige belichting. Bij een goede screening vooraf en begeleiding tijdens het draagmoederschap blijft dit aantal problemen beperkt, terwijl veel paren of eenlingen naar het geluk van het hebben van een gezin kunnen worden gebracht.

Men kan de aangehaalde uitspraken vergelijken met de door velen geziene tv-uitzendingen 'Aircrash Investigation' op National Geographic. Hier vindt een uitgebreid onderzoek met aansluitende conclusie plaats van een ernstig vliegtuigongeluk, waarbij soms honderden mensen zijn omgekomen, terwijl er dagelijks vele miljoenen mensen gebruik maken van vliegtuigen. Het is noodzaak alles in het juiste perspectief te plaatsen.

Hoewel in zich de draagmoederschapsovereenkomst voldoende mogelijkheden biedt om tot een conflict te komen, blijkt dat dus in de werkelijkheid slechts een uitzondering. Terwijl ook de Amerikaanse rechter, net zoals in het voorliggende voorstel, kijkt naar de initiële intentie van partijen, is er wel een groot verschil in het moment van intentie. De Amerikaanse rechter bekeek vooral of de draagmoeder de intentie had om zelf moeder te worden. Bij het nieuwe voorstel ligt de nadruk op de intenties bij de wensouders vóór de zwangerschap en geboorte, namelijk op het moment waarop zij beiden besluiten om tot een conceptie te komen. Daaraan moeten rechtsgevolgen verbonden worden. Het niet afstaan van het kind door de draagmoeder of het niet accepteren door de wensouder(s) leidt dan tot een juridische procedure op grond van wanprestatie, dus een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de draagmoederschapsovereenkomst (art. 6:74 e.v. BW). Alles wat hierboven over de dragende vrouw met de bevruchte eicel van de wensmoeder geschreven is, geldt natuurlijk ook voor de andere geschetste mogelijkheden waarbij de dragende vrouw haar eigen cel aan de wensmoeder heeft gedoneerd, of de situatie waarbij de wensmoeder niet haar eigen bevruchte eicel, maar een aan haar geschonken bevruchte eicel door een andere vrouw laat dragen. In al deze gevallen is steeds dezelfde vraag belangrijk: wie is de juridische eigenaar van de gameet en wie heeft de intentie om met deze gameet een bevruchting tot stand te laten komen? Het antwoord op deze tweeledige vraag wijst steeds op dezelfde persoon: de juridische ouder.

4.16 Draagmoederschap niet frustreren, maar faciliteren en reguleren

In een eerder stadium is de klacht geuit dat men tot nu toe zoveel mogelijk heeft gedaan om het draagmoederschap te ontmoedigen. Heel langzaam lijkt er enige beweging te komen ten gunste van beperkte acceptatie. Als men bereid is om de in dit proefschrift gepropageerde gedachtegang te volgen, namelijk dat het stichten van een gezin voor iedereen een recht is, dan moet men als samenleving op zijn

minst niet tegenwerken dat mensen dit recht willen effectueren. In het verleden ontstond er een discussie over ‘gezondheid’. Heeft ieder mens recht op gezondheid? Is dat een grondrecht? De conclusie was eenduidig: gezondheid is geen afdwingbaar recht. Wel is het de plicht van de staat om de gezondheid te beschermen en om maatregelen te nemen om de gezondheid te verbeteren. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor het recht van eenieder om een gezin te stichten. Men kan het recht op voortplanting een ongeschreven individueel vrijheidsrecht noemen. Dit is geen absoluut recht, het is niet afdwingbaar. Wel noodzaakt dit recht, in dit geval de verdragsluitende staten, om eenieder in staat te stellen een gezin te stichten. Dit is een oproep tot facilitering, hulp bieden bij het stichten van een gezin of op zijn minst het recht om niet belemmerd te worden in een poging om met de beschikbare medische mogelijkheden alsnog kinderen te krijgen.¹²⁸ Dit is duidelijk niet hetzelfde wat de afgelopen perioden in veel van deze staten is gebeurd. Uit angst voor commercialisering werd een beleid ter ontmoediging gevoerd, meer frustreren dan faciliteren. Het nieuwe voorstel beoogt het draagmoederschap te faciliteren en te reguleren. Overigens heeft ook in het verleden de angst voor orgaanhandel uiteindelijk geleid tot wetgeving om orgaandonaties te faciliteren en te reguleren.

4.17 Voordelen bij faciliterende wetgeving

Het faciliteren leidt ongetwijfeld tot een groter aantal gereguleerde, geregistreerde draagmoederschappen dan tot nu toe, in ieder geval meer bekende draagmoederschappen. Het Openbaar Ministerie heeft andere argumenten om belang te hebben bij een herdefiniëring van het juridisch ouderschap. Het reguleren leidt immers tot het voorkomen van een aantal strafbare feiten die uit het ‘illegale’ draagmoederschap voortvloeien: het onttrekken van het kind aan het ouderlijk gezag, verduistering van staat, valse geboorteangiften, illegale uithuisplaatsingen en, last but not least, verdwijnen van het ‘draagmoederschapstoerisme’.

Onder bezit van staat wordt verstaan een situatie die een bewijs vormt van de afstamming door een vermoeden.¹²⁹ Er moet wel aan de volgende voorwaarden zijn voldaan:

1. het kind draagt de naam van de persoon van wie men aanneemt dat hij afstamt;
2. deze persoon behandelt dit kind ook als zijn eigen kind;
3. het gezin en de samenleving gedragen zich er ook naar.

Bezit van staat behoeft dus geen relatie met het ‘echte’ ouderschap te hebben.

De kinderen, geboren uit deze draagmoederschappen, behoeven niet meer uit het buitenland geadopteerd te worden. Overigens is opvallend hoe intensief over onderwerpen als kinderen uit een draagmoederschap, kinderen na nationale

¹²⁸ Geesink & Steegers 2011.

¹²⁹ Zie de art. 1:209-211 BW, waarover Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 189.

adoptie (na afstand) en interlandelijke adoptie wordt geschreven. In vergelijking met de 150.000 tot 180.000 kinderen die per jaar in Nederland worden geboren, gaat het over zeer kleine aantallen. Ook bij het draagmoederschap gaat het over kleine aantallen.

4.18 Reële beschikbaarheid van de draagmoederschapconstructie is beperkt

Het laagtechnologische draagmoederschap, waarbij alleen een kunstmatige inseminatie noodzakelijk is, onderscheidt zich hier aanzienlijk van het medische hoogstandje van hoogtechnologisch draagmoederschap, waarbij van IVF of ICSI en embryotransfer gebruik wordt gemaakt. Zoals altijd in de geneeskunde zal ook hier de vraag vele malen het aanbod overtreffen. Dit betekent dat, ook na facilitering en regulering, nog steeds een relatief klein aantal paren kan worden geholpen om hun kinderwens te vervullen.

Verder moge duidelijk zijn dat thans het voldoen aan de kinderwens door middel van een draagmoeder slechts voor weinigen is weggelegd. Niet alleen door de belastende en veel tijd vergende juridische procedures, maar ook door de financiële kosten en wettelijke eisen, gesteld aan de (adoptie)wensouders, zal slechts een kleine groep dit traject kunnen volgen. Een andere natuurlijke beperking is het aanbod van potentiële draagmoeders.

Immers, zoals in paragraaf 4.3 al is vermeld, worden aan potentieel draagmoederschap uitgebreide voorwaarden gesteld, waarbij de altruïstische overweging zeer belangrijk is. Over de redelijkheid van de hoogte van vergoedingen moet nog consensus worden bereikt. Ook aan de potentiële wensouders worden voorwaarden gesteld. Met name ten aanzien van deze groep zouden bij regulering de voorwaarden versoepeld kunnen worden. In het gehele proces van het draagmoederschap blijven echter twee beperkende factoren aanwezig:

1. absoluut beperkend is het aantal beschikbare draagmoeders; en
2. relatief beperkend is de medische inspanning, met daarbij behorende kosten, die noodzakelijk is voor het tot stand brengen van draagmoederschap.

4.19 De strikte voorwaarden voor het gebruik mogen maken van een draagmoederschapconstructie gelden voor iedereen

Naast de relatief grote groep paren van gemengde samenstelling, man en vrouw, waarbij de kinderloosheid een al jarenlang op de schouders van vooral de vrouw drukkende last betekent, moet ook aandacht geschonken worden aan het toenevend aantal homoseksuele paren, vrouwelijke en mannelijke, en daarbij speciaal aan de mannelijke homoparen, die een gezin willen stichten en op dit ogenblik op adoptie aangewezen zijn.

Immers, tot nu toe geldt onuitgesproken: ‘mannen en vrouwen zijn gelijk, maar een man kan van nature niet baren en daarom kunnen wij hem verantwoord discrimineren’.

Zo hard als het hierboven wordt gesteld, wordt het natuurlijk niet gezegd, maar wel bedoeld: ‘Ja, het is toch evident, een man kan geen kind baren en dus (...)’.

Belangrijk is, dat de nieuwe draagmoederschapsovereenkomst in samenhang met eiceldonatie het ook voor homoseksuele mannen mogelijk maakt om van rechtswege ouder te worden; immers, man en vrouw zijn gelijk voor de wet, de eiceldonatie kan aan een man worden gedaan zoals nu al de zaadeldonatie aan een vrouw, alleenstaand of in een lesbisch huwelijk of geregistreerd partnerschap, plaatsvindt.

Op deze wijze zou ook een eind kunnen worden gemaakt aan de discussies over de nieuwe regels die het gevolg zijn van de Wet lesbisch ouderschap en de Wet geregistreerd partnerschap. Alleen deze regelgeving is al in hoge mate discriminerend voor de man. Deze opmerking terzijde, het heeft op zich niets met het draagmoederschap te maken, tenzij beide lesbiennes infertiel zijn.

Bij de inwerkingtreding van de transgenderwet (vermoedelijk op 1 juli 2014) vervallen de vereisten van de verplichte operaties die voortplanting bij een transgender onmogelijk maken. Vanaf dat moment kan een transgender die juridisch man is, maar fysiologisch nog steeds vrouw is, natuurlijk wel een kind baren. Enige consequenties van deze wet zijn in paragraaf 3.11 beschreven.

Na notariële eiceldonatie wordt één van de mannen de nieuwe eigenaar. Na een IVF en een embryotransfer naar de baarmoeder van een draagmoeder, kan deze man via een draagmoederschapsovereenkomst direct na de geboorte van rechtswege juridisch ouder worden. Indien de partner, hetzij zelf, hetzij via een aan hem geschonken zaadcel, bijdraagt aan deze bevruchting, is ook hij van rechtswege de juridische ouder. Indien het zijn eigen zaadcel betreft, is hij ook de genetisch verwante vader.

Hoewel de kans dat twee infertiele mannen samen een gezin willen stichten, zeer klein is, is dit toch op deze manier mogelijk.

4.20 Ontstaan en bestaan van eenoudergezinnen

Zoals het aan de alleenstaande vrouw vrijstaat om een eenoudergezin te stichten, zo zou ook de man op deze wijze van het recht om een gezin te stichten gebruik kunnen maken. Over de mogelijkheid van eenoudergezinnen heeft de wetgever al in het verleden geoordeeld.

Per jaar worden, na een gerechtelijke procedure, de echtscheiding, meer dan 30.000 kinderen deel van een eenoudergezin. En dit aantal betreft slechts de kinderen uit de 18.000 tot 20.000 echtscheidingen per jaar. Omdat het CBS alleen het aantal echtscheidingen en niet het aantal scheidende samenwonenden registreert, is niet precies bekend hoeveel kinderen de dupe worden

van uit elkaar gaande ouders. Immers, ook bij het opheffen van geregistreerde partnerschappen of informele samenlevingsvormen worden vele kinderen de dupe van de scheiding. Een CBS-schatting (De Graaf) uit 2005 suggereert een uit elkaar gaan van ongeveer 60.000 ongehuwde paren per jaar.¹³⁰ Het aantal kinderen dat betrokken is bij het totaal van deze 'scheidings' werd in 2010 door Spruijt en Kormos op 70.000 geschat.¹³¹

Ter adstructie moge een aantal andere CBS-getallen dienen.

Het aantal huwelijken in de periode 1998-2010 varieerde van maximaal 89.000 in de eerste jaren tot nu rond de 72.000. Aanvankelijk eindigde één op de tien huwelijken in een scheiding. Nu is het aantal gestegen tot één op de vier. In 2012 waren er 18.814 echtscheidingen. Uit CBS-cijfers van 2011 bleek dat hierbij 33.278 kinderen waren betrokken. Ongeveer 70% van de gescheiden vrouwen had binnen zes jaar een nieuwe partner gevonden, maar geen nieuw huwelijk gesloten. Ook werd gekeken naar de gevolgen van deze scheidingen op de relatie kind-ouder. Terwijl de relatie met de moeder in een eenoudergezin in 60% van de gevallen goed was, bleek dit percentage in de controlegroep van het tweeoudergezin 80 te bedragen; 25% van de kinderen bleek na de scheiding geen contact meer met de vader te hebben. Van de overige 75% had een derde een slechte relatie, twee derde een redelijke tot goede relatie met de vader. Dit betekent dus dat 50% van de kinderen geen of een slechte relatie met de vader had na een scheiding. Indien de moeder een nieuwe relatie aanging (in 70% van de gevallen), bleek dat tussen kind en stiefvader de relatie in minder dan de helft van de gevallen goed was. Een en ander betekent dat jaarlijks bij scheidingen meer dan 50% van de kinderen in een probleemsituatie met hun vader of stiefvader komt te verkeren.

In 2009 bleek ongeveer 60% van alle kinderen geboren staande het huwelijk of geregistreerd partnerschap. Meer dan 40% van de kinderen was geboren in niet-gestructureerde samenlevingsvormen. Vanzelfsprekend worden ook hier kinderen slachtoffer van het uit elkaar gaan (de zogenaamde 'feitelijke scheiding'). In 2010 betekende dit, de schatting van Spruijt en Kormos volgend, dat 40% van de kinderen, geboren staande het huwelijk of geregistreerd partnerschap en geboren uit ouders zonder een vaste samenlevingsvorm, betrokken was bij scheidingen.¹³² In 2010 werden in totaal 184.379 kinderen geboren. De duidelijke daling in het aantal geboorten van de laatste jaren is ook zichtbaar in 2012: 175.959.

Terwijl het kind in het eenoudergezin, man of vrouw, gewenst is, is het kind bij een scheidend paar vaak de speelbal tussen twee vechtende ouders, de zogenaamde vechtscheiding. Het grote verschil is, dat deze kinderen weliswaar twee ouders hebben, maar of zij daar nu altijd zo blij mee zijn, is een, gezien bovenstaande gegevens, grote vraag. Deze aantallen worden hier slechts vermeld om een indruk te geven van de relatieve orde van grootte van het probleem om eenoudergezinnen van ook een man als normaal te accepteren en dus niet te frustreren.

4.21 Beschrijving procedure bij draagmoederschap na de geboorte

Voor de volledigheid volgt nu de uitgebreide beschrijving van de huidige procedure bij draagmoederschap na de geboorte. Voordat het pasgeboren kind in het gezin van de wensouders kan worden opgenomen, verricht de raad voor de

130 De Graaf 2005, p. 39-46.

131 Spruijt & Kormos 2010.

132 *www.cbs.nl*; zoek: Bevolkingstrends, 4^e kwartaal 2010.

kinderbescherming een onderzoek. Op grond van de toezichthoudende taak die de raad toekomt op grond van de art. 1:238-243 BW, is toestemming van de raad nodig alvorens het pasgeboren kind verplaatst wordt. Het onderzoek richt zich op het belang van het kind. Tevens wordt gekeken of de aspirant-ouders hebben voldaan aan alle voorwaarden, beschreven in het ASAA-protocol (Protocol Afstand Screening Adoptie en Afstammingsvragen). Ook indien het kind bij de wensouders geplaatst is, kan de geboortemoeder, in het huidige recht de juridische moeder, binnen drie maanden terugkomen op haar besluit om het kind af te staan. Na zes maanden dient de raad voor de kindbescherming een verzoek bij de rechter in om de juridische ouder(s) van het ouderlijk gezag te ontheffen (art. 1:266 BW). Dit verzoek kunnen de draagouders (juridische ouders) en pleegouders niet zelf doen. Wel kunnen de wensouders gelijktijdig een verzoek doen om tot voogd te worden benoemd. Naast het afstaan van het kind blijkt soms ook de rechterlijke uitspraak dat de draagmoeder van het ouderlijk gezag wordt ontheven, omdat zij ‘ongeschikt’ of ‘onmachtig’ is om voor dit kind te zorgen en het kind zich in een ‘onveilige omgeving’ bevindt, een enorme emotionele impact op deze vrouw te hebben.¹³³

Bovendien bestaat de mogelijkheid dat ondanks de overeenstemming tussen partijen de rechter beslist dat er geen gronden voor een ontheffing aanwezig zijn.¹³⁴

Al naar gelang de genetische relatie tussen kind en pleegouders en de samenlevingsduur van de wensouders kan één jaar nadat het kind bij de wensouders is geplaatst, door de wensouders een verzoek tot adoptie bij de rechter worden ingediend. Opnieuw zal de raad voor de kindbescherming hierbij een dwingend advies afgeven. Nadat de rechterlijke adoptie-uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, zijn de wensouders pas de juridische ouders (art. 1:230 lid 1 BW). In feite toont deze procedure, afgezien van een geringer aantal instanties en derhalve kortere duur, geen opvallend verschil met het voorstel van de vaker genoemde commissie uit de staat Victoria.¹³⁵ De commissie adviseert dat de wensouders erkend zouden moeten worden als de juridische ouders van het kind indien:

1. de draagmoeder daarmee akkoord gaat;
2. een rechterlijke instantie het in het belang van het kind acht (‘in the best interest of the child’).

In dat geval zouden ook de namen van de wensouders op de geboorteakte van het kind komen te staan. Daarnaast bepleit de commissie dat ook de geboorteakten van kinderen die in het verleden door een draagmoederschapprocedure zijn geboren, alsnog zodanig worden veranderd dat de wensouders de juridische ouders zijn. Dit nieuwe ouderschap moet dan dezelfde status en effect hebben als de adoptie, uitgesproken op basis van de ‘Adoption Act’ van 1984. Voor de

133 Art. 1:266 BW, zoals dit in de rechtspraak wordt uitgelegd (zie in het bijzonder voetnoot 126).

134 Rb. Rotterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0238.

135 Victorian Law Reform Commission – Assisted Reproductive Technology & Adoption, *Final Report Summary*, 5 juni 2007, p. 11.

volledigheid moet hier nog worden vermeld dat ook in Victoria geldt dat de draagmoeder bij de geboorte de juridische moeder is en dat de draagmoeder niet verplicht kan worden het kind af te staan, net zomin als de wensouder verplicht kan worden het kind aan te nemen.

4.22 Samenvatting

Dit hoofdstuk beschreef de nieuwe mogelijkheden van het draagmoeder zijn als de draagmoederschapsovereenkomst niet langer met nietigheid wordt bedreigd.

De wetgever zou het draagmoederschap moeten faciliteren en reguleren in die zin dat meer mensen, mannen en vrouwen, in de gelegenheid worden gesteld om het hun in art. 12 EVRM gegeven recht om een gezin te stichten te effectueren. Door het juridisch begin van een individu samen te laten vallen met het moment van zijn ontstaan, wat logisch lijkt, worden problemen met de openbare orde en de goede zeden bij het afsluiten van een draagmoederschapsovereenkomst voorkomen. Die overeenkomst omvat niet minder, maar ook niet meer dan het dragen van, zorgen voor en baren van het kind van twee al vaststaande juridische ouders. Na de geboorte wordt niet het kind of worden niet de ouderschapsrechten overgedragen. Het kind wordt aan de ouders teruggegeven en zij hebben ook niet de mogelijkheid het kind te weigeren. Voor de draagmoederdienst wordt een passende vergoeding aangeboden aan de vrouw. Vanzelfsprekend zijn ook alle kosten die het gevolg zijn van de zwangerschap en de geboorte, voor rekening van de juridische ouders, daaronder ook begrepen verzekeringen en derving van inkomsten. Te vaak wordt irreëel geoordeeld over de hoogte van deze gesommeerde kosten. Hierbij moet wel in aanmerking worden genomen dat een groot deel van deze kosten ook had moeten worden gemaakt, indien er sprake was geweest van een 'eigen' zwangerschap.

5 | Adoptie

5.1 Juridisch ouderschap door adoptie

In de art. 1:198 en 199 BW staat o.a. dat een familierechtelijke betrekking met een vrouw of man ontstaat na adoptie. Vanaf het moment waarop de rechterlijke uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, zijn de banden met de oorspronkelijke ouders verbroken en zijn nieuwe familierechtelijke banden met de nieuwe adoptiefouders gecreëerd. Naast deze hoofdregel, verwoord in art. 1:230 lid 1 BW, worden in art. 1:230 lid 2 BW nog twee belangrijke uitzonderingen vermeld. De eerste uitzondering betreft een prenataal adoptieverzoek door de partner in een relatie waarbinnen het kind is geboren. Blijkens het woord ‘binnen’ – dus niet: ‘uit’ – heeft de wetgever hier uitsluitend een lesbische relatie op het oog. In dit geval werkt de adoptie terug tot het tijdstip van de geboorte van dit kind, zelfs indien de verzoekende adoptant inmiddels is overleden.

De tweede uitzondering betreft het adoptieverzoek dat uiterlijk binnen zes maanden na de geboorte is ingediend. De adoptie werkt dan terug tot het tijdstip van indiening van het verzoek.

Adoptie is een langdurig proces met veel onzekerheden, waarbij uiteindelijk door een rechterlijke uitspraak de oorspronkelijke ouders hun juridisch ouderschap kwijtraken en de nieuwe adoptiefouders dit ouderschap verkrijgen. Daarna is dit kind afstammingsrechtelijk gelijkgesteld met een kind, geboren uit het huwelijk of het geregistreerd partnerschap. In art. 1:229 BW laat de wetgever er geen twijfel over bestaan hoe intens deze nieuwe betrekking is. De juridische bloedverwantschap wordt verbroken, een nieuwe juridische bloedverwantschap wordt gecreëerd. Voor de wetgever bestaat de oude bloedband niet meer. Dit kind heeft door de verkregen juridische bloedverwantschap met de familie van de adoptiefouders ook een gemeenschappelijk weliswaar niet juridisch verleden, immers, adoptie heeft – behoudens bij lesbische relaties ex art. 1:230 lid 2 BW – geen terugwerkende kracht, maar heeft, hoe men het ook wendt of keert, ook een door de rechter afgenomen verleden. Op het moment waarop het kind op welke wijze dan ook enige kennis van dit verleden krijgt, kunnen er bij het kind vragen ontstaan, die aanleiding kunnen zijn tot problemen. In hoofdstuk 10 zal uitgebreider op de afstammingsinformatie worden ingegaan. Op dit moment is de constatering voldoende dat deze adoptiekinderen twee verledens hebben. Deze wetenschap kan natuurlijk ook de adoptiefouders belasten. Met name bij die kinderen die om wat voor een reden dan ook geen onderzoek naar hun ‘roots’

uitvoeren, zal in het algemeen dit laatstgenoemde verleden geen rol spelen. Na de adoptie zijn namelijk de banden met laatstgenoemden volledig verbroken ex art. 1:229 lid 2 BW.

5.2 Adoptie: van kinderbeschermingsmaatregel tot mogelijkheid tot vervulling van een kinderwens

In het begin was de adoptie een maatregel ter bescherming van het kind (afstandskind nationaal of interlandelijk). Pas later werd de adoptie gezien als een middel om aan de wens van deze kinderloze echtparen en later homoparen te voldoen. Deze kinderbeschermingsmaatregel betrof aanvankelijk de in de Tweede Wereldoorlog verweesde joodse kinderen. Daarna diende de adoptie om kinderen die het gevolg waren van een ongewenste zwangerschap, in de breedste zin van het woord, een kans te geven om zich tot een gelukkig individu te ontwikkelen. Ongewild kinderloze echtparen waren de eerst in aanmerking komende kandidaten die, vanuit hun eigen verlangen, mogelijk het belang van het kind het beste konden dienen. Na de introductie van de Adoptiewet (1956) werden eerst alleen Nederlandse afstandskinderen geadopteerd. Dit aantal nam in Nederland snel af als gevolg van de mogelijkheden van abortus, invoering van anticonceptie en ondersteunende maatregelen van overheidswege voor ongewenst zwangere vrouwen.

Door een stijgende kinderloosheid nam tegelijkertijd de vraag naar te adopteren kinderen snel toe. Hierna werd ook de interlandelijke adoptie ingevoerd.¹³⁶

De interlandelijke adoptie creëerde eigen problemen, een eigen systematiek en dynamiek. Na bijna 60 jaar adoptiewetgeving bleken meer dan 65.000 kinderen te zijn geadopteerd, vrijwel allemaal uit ontwikkelingslanden, waarbij telkens opvallende verschuivingen in het land van herkomst en in de verhouding van de sekse opvallen. Extrapolatie per jaar levert tussen de 1000 en 1100 adopties op; in dit aantal zijn ook de ongeveer 20 tot 25 Nederlandse kinderen opgenomen. Een faciliteren van het draagmoederschap zal zeker tot een daling in het aantal geadopteerde kinderen leiden. De totale adoptieprocedure is voor de adoptieouders niet alleen een immateriële, maar ook een financiële belasting.

5.3 Adoptiewet

Met de Adoptiewet voldoet de wetgever zonder enige twijfel aan het in art. 12 EVRM gestelde dat mannen en vrouwen, dus iedereen, het recht hebben een gezin te stichten; dit nadat ook de wetgever het mogelijk had gemaakt dat mannen en vrouwen (in art. 12 EVRM staat, zoals al eerder werd aangetoond, namelijk niet

¹³⁶ Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka), Wet van 8 december 1988, *Stb.* 1988, 566, in werking getreden op 15 juli 1989, houdende regelen inzake de opnemng in Nederland van buitenlandse pleegkinderen met het oog op adoptie.

dat dit alleen het huwen van een man met een vrouw betreft) ook met een partner van gelijk geslacht in het huwelijk mogen treden, dus mannen met mannen en vrouwen met vrouwen. Naast dit huwelijk is ook de iets minder gebonden vorm van het geregistreerd partnerschap gecreëerd. Voor wat betreft het gezagsrecht was dit geregistreerd partnerschap sinds 2002 al praktisch gelijkgesteld met het huwelijk. De Wet lesbisch ouderschap en de Wet in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap bevatten de elementen voor deze nivellering in rechtsgevolgen tussen het huwelijk en het geregistreerd partnerschap, met name voor wat betreft de rechtsgevolgen van de afstamming.

Volgens art. 1:227 lid 3, middenin, BW kan het verzoek tot adoptie van een Nederlands kind alleen worden toegewezen, indien de adoptie in het kennelijk belang van het kind is, op het tijdstip van het verzoek tot adoptie vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs te voorzien is dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft, en aan de voorwaarden, genoemd in art. 1:228 BW, wordt voldaan. De beslissing hierover velt de rechter.¹³⁷

De aan adoptiefouders te stellen voorwaarden zijn:

1. zij moeten minimaal 18 jaar ouder zijn dan het kind;
2. zij moeten kunnen aantonen dat zij minimaal drie jaar in een samenlevingsverband geleefd hebben;
3. zij moeten het kind minimaal één jaar verzorgd en opgevoed hebben (in geval van een eenoudergezin bedraagt deze termijn drie jaar);
4. zij zijn verplicht tot het volgen van voorbereidingsbijeenkomsten bij de Stichting Adoptievoorzieningen;
5. zij moeten een medische keuring ondergaan;
6. zij moeten een medische verklaring overleggen aan de raadsonderzoeker van de kinderbescherming die een gezinsonderzoek uitvoert.

Een aan het kind te stellen voorwaarde is dat het op de dag van het verzoek nog minderjarig moet zijn.

Naast de 'gewone' adoptie bestaat ook de stiefouder- of partneradoptie.

Het verschil is:

- bij gewone adoptie is geen van de adoptiefouders biologisch met het te adopteren kind verwant;
- bij stiefouder- of partneradoptie (die sinds 1 november 1979 mogelijk is) geschiedt de adoptie door de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van één van de biologische ouders van het kind.

¹³⁷ Zie de art. 1:227 en 228 BW, waarover Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 193.

Sinds 1 april 2001 bestaat ook de mogelijkheid tot adoptie voor paren van gelijk geslacht. In 2009 is blijkens art. 1:227 lid 4 BW voor lesbische paren de regeling versoepeld. Ook de lesbische partner van de ouder die het kind heeft gebaard en gebruik heeft gemaakt van een ‘anonieme’ donor onder het regime van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, kan een verzoek tot adoptie indienen zonder dat zij moet voldoen aan het ‘niets meer te verwachten hebben’-criterium van art. 1:227 lid 3 BW. Voor de gehuwde of geregistreerde partner in de lesbische relatie gelden de regels van de Wet lesbisch ouderschap.

Voor interlandelijke adoptie geldt dat dit (buiten)land wel de adoptie door homoseksuele paren moet toestaan. Indien dit niet is toegestaan, blijft er niets anders over dan de adoptie door één persoon en kan na één jaar via stiefouder- of partneradoptie ook het adoptiefouderschap voor de andere partner worden verzocht. Op dit ogenblik, 2014, zijn er in totaal ongeveer 800 adopties per jaar. Intussen zijn er wachttijden van vijf tot tien jaar bij interlandelijke adoptie door een tekort aan kinderen bij de Stichting Adoptievoorzieningen.

Bij stiefouder- of partneradoptie vindt slechts adoptie door één persoon plaats, namelijk de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de juridische ouder. Na adoptie worden overeenkomstig art. 1:229 lid 3 BW de oorspronkelijke banden met deze juridische ouder natuurlijk niet verbroken. Terwijl bij een normale adoptie twee personen (of soms één persoon) treden (treedt) in de rechten van de oorspronkelijke ouders, vindt bij deze stiefouder- of partneradoptie slechts een eenpersoons- of eenouderadoptie plaats (tegenover de tweepersoonsadoptie, zoals de stiefouderadoptie in het begin, in 1979, nog was). De stiefouder of partner treedt in de rechten van één andere ouder, naast de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van deze stiefouder of partner. Op grond van art. 1:3 lid 2 BW kan alleen de echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder als stiefouder worden gekwalificeerd. Als het om een andere levensgezel gaat, heet deze officieel geen stiefouder. Daarom ook moet van stiefouder- of partneradoptie worden gesproken. Er is hier dus eigenlijk sprake van een partiële adoptie.

Tot het moment van in kracht van gewijsde gaan van de rechterlijke adoptieuitspraak kan (kunnen) de afstandsouder(s) in principe op het besluit om af te staan terugkomen. Ook belangrijk is in Nederland het recht van herroeping (art. 1:231 en 232 BW).

Overeenkomstig art. 1:231 lid 2 BW kunnen geadopteerden tussen het tweede en vijfde jaar na hun meerderjarig worden, dus als zij tussen 20 en 23 jaar oud zijn, hun adoptie herroepen. Constante jurisprudentie heeft intussen bewezen dat rechtbanken het instellen van deze termijn beschouwen als een ongerechtvaardigde inmenging door de overheid in het in art. 8 lid 1 EVRM aan eenieder toegekend recht op ‘respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven

(...).¹³⁸ Bij rechterlijke uitspraak worden dan de familierechtelijke betrekkingen van vóór de adoptie hersteld (art. 1:232 lid 2 BW).

5.4 Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka)

Voor de interlandelijke adoptie zijn de regels vastgelegd in de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka).¹³⁹ De procedure verschilt op enkele punten van de nationale adoptieprocedure. De voorwaarden voor de aanvragers zijn vrijwel gelijk aan de voorwaarden voor de aanvragers van een nationale adoptie. Daarnaast bestaan nog enkele aanvullende procedures.

- Het aanvragen van beginseltoestemming. Het Ministerie van Veiligheid en Justitie besluit op basis van het advies van de raad voor de kindbescherming tot het verlenen van een beginseltoestemming voor de duur van vier jaar. Onder voorwaarden kan dit voor nog eens vier jaar verlengd worden. Art. 3 lid 1, tweede volzin, Wobka luidt: ‘De (*vierjarige, aanvulling door PK*) periode (...) overschrijdt evenwel niet het tijdstip waarop één van de aspirant-adoptiefouders de leeftijd van zesenvestig jaren zal hebben bereikt, tenzij bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven’. Dit betekent dat in het algemeen deze aspirant-adoptiefouders op het moment waarop zij contact opnemen met één van de vijf vergunninghouders, jonger dan zesenvestig jaar moeten zijn. Dit is een duidelijk verschil met de nationale adoptie waarbij geen maximumleeftijd geldt. In de Richtlijnen van de Raad, gericht op de plaatsing op de wachtlijst voor de adoptie van een in Nederland geboren kind, is echter opgenomen dat er een maximumleeftijdsverschil van 40 jaar kan bestaan tussen adoptiefouder en kind. Dit betekent dat aspirant-adoptiefouders tot aan de leeftijd van 41 jaar op de wachtlijst kunnen staan voor de opneming van een binnenlands adoptiefkind. Dit is omdat er nooit kinderen ouder dan één jaar worden geadopteerd (althans, niet vanuit het doen van afstand, wel natuurlijk in het kader van stiefouderadoptie of nadat er een pleegzorgroute is gevolgd). Een ander verschil is de maximumleeftijd van het te adopteren kind. Volgens art. 8, onder a, Wobka mag dit kind de leeftijd van zes jaren nog niet hebben bereikt. Ook hier geldt dat in bijzondere gevallen van deze voorwaarde kan worden afgeweken.
- Daarna moet contact worden gezocht met één van de vijf vergunninghouders, die toestemming hebben om te bemiddelen. Vergunninghouders zijn: Wereldkinderen, Stichting Meiling, Stichting Kind en Toekomst, Stichting Afrika en de Nederlandse Adoptie Stichting (NAS).
- Via deze vergunninghouders kan een gehele of deelbemiddeling plaatsvinden.

¹³⁸ Rb. 's-Hertogenbosch 10 juni 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BN6040; Rb. Alkmaar 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BQ6551; Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT8475; Rb. Haarlem 3 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW5040; Rb. Zutphen 9 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5204. In deze uitspraken werd de termijnstelling in art. 1:231 lid 2 BW strijdig geacht met art. 8 lid 1 EVRM.

¹³⁹ Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka), Wet van 8 december 1988, *Stb.* 1988, 566, in werking getreden op 15 juli 1989, houdende regelen inzake de opneming in Nederland van buitenlandse pleegkinderen met het oog op adoptie.

De laatste jaren is het aantal buitenlandse adopties meer dan gehalveerd. De aantallen van 528 kinderen in 2011 en 488 kinderen in 2012 laten duidelijk de orde van grootte zien.

Bij een jaarlijks natuurlijk geboorteaantal van 175.000 tot 180.000 vallen deze adopties in het niet. Desalniettemin is de afgelopen jaren uitgebreide regelgeving met begeleidende maatregelen voor de adoptie ontstaan. Mogelijk is dit het gevolg van de plicht die de staat voelt, en ook heeft, om ook deze kinderen de hun toekomstige rechten te geven.

Omdat de overheid via een rechterlijke uitspraak het juridisch ouderschap en het ouderlijk gezag overdraagt van de oorspronkelijke op de adoptiefouders, maakt zij zich ook maximaal sterk door wetten, gecreëerde protocollen en begeleidende instanties, o.a. de raad voor de kindbescherming, om vooral voor de adoptiekinderen de leefsituatie zo optimaal mogelijk te maken. Zij voelt zich verantwoordelijk om dit kind aan in potentie goede ouders te geven, of anders gezegd, om dit kind in een zo goed mogelijk gezin te plaatsen. Eigenlijk is dit een patriarchale instelling. De staat bepaalt welk kind bij welke ouders terecht komt.

Immers, om zorgvuldig te werk te gaan worden aan de verzoekende toekomstige ouders uitgebreide voorwaarden gesteld. Eigenlijk geeft de staat deze kinderen, die weliswaar meestal met een achterstand beginnen, een duidelijke voorkeursbehandeling. Anders vallen de voorwaarden die aan mogelijke adoptiefouders worden gesteld, niet te begrijpen. Terwijl aan het normale ouderschap geen enkele voorwaarde wordt verbonden, moeten adoptiefouders aan een groot aantal voorwaarden voldoen, o.a. ook een cursus volgen.

Kortom, het ongewild kinderloos zijn van deze personen leidt tot een duidelijk andere rechtspositie om een gezin te stichten.

5.5 Haags Adoptieverdrag

Sinds 1998 kunnen kinderen uit landen die het Haags Adoptieverdrag geratificeerd hebben, zonder tussenkomst van een Nederlandse rechtbank in Nederland worden toegelaten, omdat de adoptie, in dat land uitgesproken, in Nederland wordt erkend.¹⁴⁰ In alle andere gevallen lopen de adopties via de Nederlandse rechter.

Na adoptie op grond van het Haags Adoptieverdrag vindt slechts controle plaats door de Nederlandse autoriteiten of de ouders toestemming hadden en of het kind voldoet aan de voorwaarden voor interlandelijke adoptie. Daarna kan het kind worden ingeschreven in de basisregistratie personen.

De forse afname van het aantal buitenlandse adopties gedurende de laatste jaren is te verklaren door de invoering van het Haags Adoptieverdrag 1993, waardoor de

¹⁴⁰ Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 302, in werking getreden op 1 oktober 1998 (uitvoeringswet van het Haags Adoptieverdrag 1993).

aangesloten landen eerder tot een binnenlandse dan tot een buitenlandse adoptie besluiten.¹⁴¹

5.6 Aspirant-adoptiefouders

Wensouders bij een adoptie zijn heteroseksuele of homoseksuele paren of eenlingen die een uitgesproken kindwens hebben, die zij niet op een natuurlijk wijze kunnen bevredigen. Voor het vervullen van deze kindwens zijn zij bereid een uiterste inspanning te verrichten: medische en psychologische onderzoeken, screenings, cursussen en vaak hoge financiële kosten. Daarnaast moeten zij aan een groot aantal voorwaarden voldoen. De kosten van normale adoptieprocedures variëren van € 10.000 tot € 15.000. Het volgen van de VIA-cursus van zes zittingen kost € 900. Deze cijfers zijn ontleend aan de brief van Hoksbergen.¹⁴² Hij spreekt zijn verwondering uit over het feit dat sinds 1990 aspirant-adoptiefouders verplicht zijn een cursus te volgen, maar zodra de adoptie een feit is, er geen begeleiding meer plaatsvindt. Als extra informatie vermeldt hij nog dat in België ook een cursus voor adoptiegrootouders bestaat. Voor deze cursus worden ook andere steunfiguren, zoals ooms, tantes, andere familieleden en zelfs burens, uitgenodigd. De door Hoksbergen genoemde grootouders zijn dus geen kandidaat-optanten.¹⁴³ Overigens is in tegenstelling tot Nederland, waar blijkens art. 1:228 lid 1, aanhef en onder b, BW grootouderadoptie verboden is, in een aantal andere landen, zoals België, Duitsland en Frankrijk, onder bijzondere omstandigheden adoptie door grootouders wél mogelijk.¹⁴⁴

5.7 Waarom worden alleen aspirant-adoptiefouders gescreend?

Dit proefschrift gaat hoofdzakelijk, maar niet alleen over wensouders. Immers, naast deze wensouders bestaat ook nog de zeer grote groep gewone ouders. Dit zijn de heteroseksuele paren die op een natuurlijke of bijna natuurlijke (KI) wijze in het ‘genot’ van een kind kunnen geraken. Maar zijn met name alle natuurlijk verwekte kinderen ook echt gewenst? Ondanks de huidige mogelijkheden tot anticonceptie bestaan er nog gedwongen huwelijken, de zogenaamde ‘moetjes’. En wat te zeggen over de kinderen uit overspelsituaties? Het zoveelste kind van dezelfde, intussen niet meer gewenste, sekse? Of de nakomertjes? Ook wel als vergissingen betiteld. Al deze ouders ondergaan geen enkele screening en geen enkele begeleiding, want dit zou leiden tot een inbreuk op de privésfeer. Hoewel natuurlijk niet uitvoerbaar, zouden zo’n screening en voorbereiding op het

141 Haags Adoptieverdrag, Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie, Verdrag van 29 mei 1993, *Trb.* 1993, 97, in werking getreden op 1 mei 1995. Zie ook de art. 10:103-112 BW.

142 Hoksbergen 2006.

143 Gewenst kind, Jaarverslag 2011, p. 21. Bron: www.gewenstkind.be/Gewenst%20Kind%20jaarverslag%202011.docx.

144 Vlaardingebroek 2011, p. 287.

ouderschap ook best voor de ‘normale’ stichters van een gezin mogen gelden. Misschien zouden dan niet alleen de 800 adoptiekinderen, maar ook een deel van de 175.000 tot 180.000 kinderen die per jaar geboren worden, een grotere kans hebben op een gelukkig leven. Misschien zou het aantal van meer dan 35.000 kinderen die de last van een echtscheiding ieder jaar weer te dragen hebben, daardoor kunnen worden beperkt. Overigens, screening en opvoeding van potentiële ouders geeft geen garantie, maar wel een grotere kans op succes. Dat is immers de ratio achter het gehele ‘beschermbouwwerk’ dat rond de adoptie is opgebouwd. De term ‘onuitvoerbaar’ werd gebruikt, omdat het ingrijpen van de overheid hier direct conflicten met de Grondwet en internationale verdragen oplevert. Het voortplantingsproces is op zich bijna regelvrij, afgezien van enkele verboden die achteraf een strafbaarstelling opleveren. De bevruchting en de daaruit volgende zwangerschap en geboorte zijn voorwaardenvrij. In deze gevallen wordt aan de overheid niets gevraagd, omdat er niets hoeft te worden gevraagd.

Bij de adoptie wordt kunstmatig een oorspronkelijke situatie veranderd in een nieuwe. Deze verandering moet worden geregeld. Doordat ze moeten verzoeken, kan de overheid voorwaarden stellen. Zoals hierboven al werd geschreven, behoeven andere paren niets te verzoeken en mag de overheid geen voorwaarden stellen zonder inbreuk te maken op grondrechten.

5.8 Vereenvoudiging van de adoptieprocedure

Tot nu toe werd geschreven over de gewone adopties, nationaal en interlandelijk, waarbij kinderen na de geboorte via rechterlijke uitspraken nieuwe (adoptief) ouders krijgen en oude familiebanden verbroken worden. In het kader van dit proefschrift wordt vooral gepleit voor een vereenvoudiging van deze adoptieprocedure. Het inschakelen van de rechter veroorzaakt een niet gewenst gevolg. Dat de noodzaak dan wel de wenselijkheid van een adoptie rechterlijk getoetst wordt, is te verdedigen. Het hoofdvereiste dat het kind van zijn oorspronkelijke ouders niets meer te verwachten heeft, moet rechterlijk getoetst worden om wildgroei en ongemotiveerde afstand tegen te gaan. Na de rechterlijke constatering wordt het kind ‘overgegeven’ aan een instituut dat zoveel mogelijk het adoptiefkind met de adoptiefouders matcht, zoals dat ook bij KID gebeurt of althans altijd zou moeten gebeuren. Dit onderzoek naar de optimale match is overigens niet te vergelijken met de uitgebreide lijst van voorwaarden waaraan de huidige adoptiefouders moeten voldoen. Ook een cursus hoeft niet dwingend te worden gevolgd, maar kan wel worden aanbevolen.

Indien het bemiddelingsinstituut een goede match heeft gevonden, vindt de uiteindelijke overdracht van het ouderschap plaats. Doordat de gegevens van deze potentiële adoptiefouders vanaf de aanvraag bij het instituut bekend zijn, kan de matching in korte tijd plaatsvinden, zodat eigenlijk de rechterlijke procedure van ontheffing van de oorspronkelijke ouders van het gezag en toekenning aan de nieuwe adoptiefouders van het ouderlijk gezag ook in één procedure kan plaatsvinden zonder de nu bekende zeer lange wachtermijn. Vaak wordt gebruik,

soms ook misbruik, gemaakt van de term ‘in het belang van het kind’ bij wetsartikelen waarin de belangen van oorspronkelijke en adoptiefouders en van kinderen, maar ook van verwekkers, biologische vaders en spermadonoren, tegen elkaar worden afgewogen. In het belang van het kind, maar ook van de adoptiefouders, is het dat op zo kort mogelijke termijn duidelijkheid wordt verschaft over de familierechtelijke betrekkingen tussen de verschillende partijen. Vanaf dit moment staan alle participanten, kind en adoptiefouders, in een relatie tot elkaar, die in niets verschilt als ware dit kind, staande het huwelijk of geregistreerd partnerschap, uit deze vrouw geboren. Kortom, de art. 1:198 en 199 BW, ongewijzigd of gewijzigd, creëren de absoluut noodzakelijke duidelijkheid voor ouders en kind. Ditzelfde belang speelt een overtuigende rol in die gevallen, waarbij op dit moment nog juridisch ouderschap ontstaat bij stiefouder- of partneradoptie. Ook hier heeft de wetgever om hem moverende redenen een onderscheid gemaakt tussen de niet-moeder in een lesbisch huwelijk of geregistreerd partnerschap en de niet-vader in een homohuwelijk of geregistreerd partnerschap. Terwijl in recente wetgeving (2009) de prenatale adoptie door de vrouwelijke partner van de geboortemoeder, niet gehuwd of gebonden in een geregistreerd partnerschap, mogelijk wordt gemaakt, blijft voor de mannelijke partner van de juridische vader alleen de weg open van stiefvader- of partneradoptie nadat de geboortemoeder, draagmoeder, het kind heeft afgestaan, uit het ouderlijk gezag is ontheven en nadat hij vervolgens een lange, dure procedure heeft doorlopen.

Argumenten in de literatuur dat de tijdsduur die verloopt tijdens de adoptieprocedures, acceptabel is, omdat het vrijwel altijd om kleine kinderen gaat, voor wie op dat ogenblik de tijdsduur geen belang heeft, zijn onjuist. Als men de mening onderschrijft dat niet alleen ieder kind recht heeft op afstammingsinformatie, maar dat men aan de ouder het absolute recht (intrinsiek deel van hun ouderschap) geeft om te bepalen op welk tijdstip zij deze informatie aan hun kind zullen geven, dient men ook ervoor te zorgen dat de buitenwacht (iedereen die op enig moment denkt dat hij vóór de ouders het kind deze informatie moet verschaffen) zoveel mogelijk buitenspel wordt gezet.

5.9 Afstammingsinformatie: de plichten van de ouders versus het recht van het kind

Nu zal nog niet op het vaak ten tonele gevoerde ‘identiteitsprobleem’ worden ingegaan. Dat komt op een later tijdstip. Wel moet hier al worden gesteld dat kinderen recht hebben op een ongestoorde, gelukkige jeugd. Goede ouders zullen zich daarvoor maximaal inzetten. Het hebben van vraagtekens of gevoelens van onrust verstoren deze jeugd. Dit impliceert dat de ouders exclusief het recht en de plicht hebben om te beoordelen op welk moment zij deze afstammingsinformatie geven aan hun kind. Van situatie tot situatie zal dat verschillen. In homoseksuele gezinnen en eenoudergezinnen zal de noodzaak tot informatie veel eerder aanwezig zijn. Ook daar geldt dat niet ingegrepen moet worden in de ouderlijke

autonomie. Zoals ook later duidelijk zal worden gemaakt, is de auteur een absoluut tegenstander van het verfijnen van wettelijke regelingen om iedereen met zijn afstammingsinformatie ‘op te zadelen’. Zoals eerder al vermeld, zal in hoofdstuk 10 uitgebreid op dit onderwerp worden teruggekomen.

5.10 Reductie van het aantal adopties bij het invoeren van de nieuwe afstammingsregels

Bij acceptatie van de gedane voorstellen van het ontstaan van juridisch ouderschap op het moment van de conceptie en geslaagde innidatie worden de hierboven beschreven problemen en verschillen bij adoptie, het vestigen van juridisch ouderschap bij lesbische en homoparen, opgeheven. Immers, ook hier geldt dat de persoon die met zijn erfelijk materiaal dan wel met hem ter beschikking gesteld erfelijk materiaal een daad verricht of laat verrichten met de intentie om tot nakomelingschap te geraken, de juridische ouder is. Bijvoorbeeld in een lesbische relatie kan één van de partners, de berende vrouw, een kind baren, waarvoor zij haar eigen eicel heeft gebruikt, dan wel de haar ‘geschonken’ eicel van haar partner of de haar vanuit de eicelbank ‘geschonken’ eicel. In al deze gevallen is zij de juridische ouder (voor het spraakgebruik dus de moeder). De complexiteit in de huidige regelgeving wordt duidelijk. Men kan niet tegelijkertijd wensmoeder en draagmoeder zijn. Het draagmoeder zijn sluit per definitie het moederschap uit. In de lesbische relatie kan de partner haar eicel ter beschikking stellen aan de vrouw die uiteindelijk het kind zal dragen en baren. Deze vrouw is de wensouder. Deze vrouw is niet de draagmoeder. De bedoeling is om het kind na de geboorte te houden. Zij is niet genetisch verwant met dit kind. De partner van deze vrouw heeft haar eicel ter beschikking gesteld. Daarmee heeft zij afgezien van haar eigen moederschap. Zij is wel genetisch verwant, maar geen moeder. Haar ouderschap ontstaat op het moment waarop zij besluit om met een aan haar ter beschikking gestelde zaadcel (van een anonieme donor) een kunstmatige bevruchting te laten plaatsvinden. Beide vrouwen worden ouder, omdat zij de intentie hadden om ouder te worden en beiden een daad hebben laten verrichten die tot dit ouderschap zou kunnen leiden: de vrouw die het kind zal baren, heeft de haar geschonken eicel gebruikt, haar partner de haar geschonken mannelijke gameten. In het huidige en gerevideerde recht is dus de geboortemoeder altijd de juridische moeder.

Na de geboorte wordt de echtgenote of geregistreerde partner de tweede juridische ouder. De term vader zal zeker ook in de toekomst niet gebruikt worden. De Wet lesbisch ouderschap beoogde een vereenvoudiging van het juridisch ouder worden van de meemoeder, een term door Waaldijk¹⁴⁵ in 1995 geïntroduceerd en door Nuytinck¹⁴⁶ in 2010 herhaald in plaats van de door de minister gebruikte term van duomoeder. De persoonlijke voorkeur van de schrijver is de term mee-ouder,

145 Waaldijk 1995, p. 223-228.

146 Nuytinck 2010, p. 343-348.

mede-ouder of tweede juridische ouder. In concreto behandelt de wet de situatie waarin twee vrouwen binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap met gebruikmaking van hun ‘eigen’ gameten, te weten de eigen eicel van één van de vrouwen en één hun anoniem ‘geschonken’ zaadcel, een zwangerschap tot stand brengen. Van rechtswege wordt de ‘duomoeder’ juridisch mee-ouder na de geboorte. In de niet geformaliseerde lesbische relatie, dus buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap, kan de lesbische levensgezel door erkenning juridisch mee-ouder worden. Ook in de op 1 april 2014 in werking getreden Wet lesbisch ouderschap worden beide vrouwen meestal de juridische ouders, maar in de nieuwe visie altijd direct na de geslaagde conceptie en innidatie, dus al vóór de geboorte.

Analoog geldt dit natuurlijk in de nieuwe visie ook bij een kind binnen een homoseksuele relatie tussen twee mannen. De persoon (hier dus een man) die met zijn erfelijk materiaal dan wel hem geschonken erfelijk materiaal een daad verricht of laat verrichten met het doel nakomelingschap te verwerven, wordt de juridische ouder (vader). Voor de partner geldt exact hetzelfde. Ook hij wordt, ondanks het feit dat aan hem een eicel gedoneerd is, na de geboorte de juridische ouder (duovader of meevader). De eenvoud in dit van emoties geschoond schema is, dat de zwangerschap en de geboorte geen enkele rol spelen in het ontstaan van het ouderschap. Weliswaar kan pas vanaf de geboorte dit ouderschap in zijn volle omvang worden geëffectueerd. Ook is de vorm van de relatie tussen de verschillende personen irrelevant voor het ontstaan van het juridisch ouderschap. Ten overvloede zij hier nog een keer opgemerkt dat het ontstaan van juridisch ouderschap wel kan leiden tot het krijgen van rechten en plichten, maar dat niet automatisch in alle gevallen het ouderlijk gezag wordt verkregen.

Hoewel dit hoofdstuk als titel ‘Adoptie’ draagt, gaat het hoofdzakelijk over de mogelijkheden om, bij aanneming van de voorstellen die het gevolg zijn van de nieuwe visie, niet langer ‘oneigenlijk’ gebruik te maken van adoptie indien voor het realiseren van de kindervens gebruik gemaakt moet worden van een draagmoeder. Wat is namelijk het grote verschil tussen een normale adoptie en de voorgestelde mogelijkheid om juridisch ouder te worden bij draagmoedergeboorten?

Bij een normale adoptie bestaan vóór de adoptie al twee ouders. Door middel van een uitgebreide procedure vindt bij rechterlijke uitspraak een overgang van de ouderschaps-rechten (de afstamming, in de termen van de wetgever zelfs ‘in familierechtelijke betrekking tot elkaar’, dus een juridische bloedverwantschap) van de oorspronkelijke ouders naar de adoptiefouders plaats.¹⁴⁷ Bij draagmoeder-schappen is vóór de geboorte al duidelijk wie de juridische ouders zijn; een adoptieprocedure is overbodig. Tenzij men een aanhanger van de oude doctrine is en de huidige wetgeving volgt, is de ‘geboortemoeder’, de geboortemoeder

¹⁴⁷ Art. 1:229 lid 1 BW: ‘Door adoptie komen de geadopteerde, de adoptiefouder en zijn bloedverwanten of de adoptiefouders en hun bloedverwanten in familierechtelijke betrekking tot elkaar te staan’. Zie ook de art. 1:3 lid 1 en 197 BW.

vrouw, de juridische moeder en moeten er allerlei moeilijke wegen gevolgd worden om alsnog twee heteroseksuele of homoseksuele personen in het genot van het ouderschap te brengen. Hoewel deze procedure zeker bekort zou kunnen worden, blijven er ook nu nog wettelijke termijnen die deze overgang vertragen. Zoals al eerder werd gesteld, is dit niet in het belang van het kind, van de adoptiefouders of van de draagmoeder. Hierbij wordt voor het gemak voorbijgegaan aan de situatie waarin de draagmoeder weigert het kind over te dragen of de rechter de adoptie niet toestaat.

5.11 **Waarom een tweesporenbeleid?**

Zeer opvallend is dat naast het van rechtswege juridisch ouder worden van de vrouwelijke partner van de geboortemoeder op grond van de Wet lesbisch ouderschap de al vanaf 2009 bestaande mogelijkheid van de ‘prenatale’ adoptie in stand wordt gehouden. De prenataal verzochte adoptie werkt immers na de rechterlijke uitspraak terug tot het tijdstip van de geboorte (art. 1:230 lid 2 BW), zodat ook in dit geval de partner vanaf de geboorte juridisch mee-ouder is. De verklaring voor dit ‘tweesporenbeleid’ komt er in het kort op neer dat in veel landen het lesbisch huwelijk of geregistreerd lesbisch partnerschap (nog) niet is geaccepteerd. Het van rechtswege juridisch ouder worden op grond van de recent in werking getreden Wet lesbisch ouderschap zou mogelijk tot problemen in deze landen kunnen leiden. De sinds 2009 bestaande mogelijkheid via art. 1:230 lid 2 BW wordt kennelijk wel geaccepteerd. Het argument dat het buitenland eerder geneigd zou zijn om het juridisch ouderschap na prenatale adoptie te accepteren, omdat voor de adoptie een rechterlijke toetsing en een rechterlijke uitspraak nodig zijn, snijdt geen hout. Immers, de eventueel conservatieve landen zullen er terecht van uitgaan dat deze ‘prenatale adoptie’ slechts tot doel heeft ‘tegenmoet’ te komen aan hun bezwaren, maar dat het doel identiek is aan het doel van de wet. Juist het feit dat deze ambivalentie in de wet is terug te vinden, maakt dat, wil de intentie van de wet overeind blijven, er slechts sprake zal zijn van een ‘marginale’ toetsing en een vereenvoudigde rechterlijke procedure waarbij bovendien duidelijk is dat primair hetzelfde belang wordt gediend, namelijk het direct bij de geboorte aan het kind twee juridische ouders schenken.

Er moet hier wel enige verbazing ontstaan, omdat hier wordt gesuggereerd dat die desbetreffende landen niet de wetten van een ander land zouden respecteren, maar wel de rechters die volgens diezelfde wetten een uitspraak moeten doen. Volgens de staatssecretaris zal het probleem voor het buitenland vooral zijn dat het juridisch ouderschap voor de meemoeder in geval van een lesbisch huwelijk of geregistreerd lesbisch partnerschap van rechtswege ontstaat zonder de tussenkomst van een autoriteit, meestal een rechter. Ook hier geldt: wat recht is kan men niet krom praten.

Na de legalisering van het homohuwelijk in 2001 in Nederland hebben veel landen dit voorbeeld gevolgd. Ook deze landen zullen deze voor hen revolutionaire stap hebben gezet, omdat zij inhoud wilden geven aan het gelijkheidsbeginsel en het

verbod op discriminatie. Acceptatie dat kinderen binnen een homoseksuele relatie geboren kunnen worden, is een volgende logische stap. Om te voorkomen dat dit een stap in het duister is, dienen goede, sluitende regels te worden opgesteld. En deze acceptatie zou ook de verdragsrechtelijke afspraken in de verschillende artikelen dat het belang van het kind de hoogste prioriteit heeft, niet tot een holle frase maken. Het zich verschuilen achter conflicten met de ‘openbare orde’ of ‘strijd met de goede zeden’ dient slechts om een onvermijdelijk proces te vertragen. De samenleving verandert en het recht, in het bijzonder de wetgeving, moet volgen. Algemeen aanvaard is dat het recht dienstbaar moet zijn aan de maatschappij en dat het niet dient om deze samenleving onveranderd te laten.

5.12 Samenvatting

In het eerste deel van dit hoofdstuk werden de normale adopties beschreven. Hierbij adopteren meestal twee wensouders, aspirant-adoptiefouders, een Nederlands of buitenlands kind dat ter adoptie is afgestaan. Het belang van het verkorten van deze adoptieprocedure werd verdedigd. Ook de andere vormen van adoptie, o.a. stiefouder- en partneradoptie, werden besproken. Met speciale aandacht werd gekeken naar de adoptieprocedure die volgt op de geboorte van een kind uit een draagmoeder. Aangetoond werd dat met het introduceren van de nieuwe afstammingsregels deze kinderen niet meer geadopteerd behoeven te worden. Bij het verlaten van de stringente genetische verwantschapseis (zie paragraaf 3.6) zouden per jaar door gebruik te maken van de overgebleven 1500 embryo's 1500 eenlingen of paren niet meer 5 tot 10 jaar behoeven te wachten om in het genot van een kind te komen.

6 | Erkenning versus ontkenning

6.1 Het recht van het kind op twee ouders

In de art.1:198 en 199 BW wordt beschreven op welke manieren momenteel het juridisch ouderschap ontstaat. Staande het huwelijk en het geregistreerd partnerschap levert dit geen problemen op. Normaliter is de vrouw de juridische moeder, haar (ook eventueel tijdens de zwangerschap overleden) echtgenoot de juridische vader: 'mater semper certa est' en 'pater est quem nuptiae demonstrant'. In de huidige tijd is duidelijk dat beide juridische vaststellingen berusten op een rechtsvermoeden (een fictie) en niet op de waarheid. De keuze van het moment van de vaststelling, namelijk de geboorte, is hier bepalend. Ook wordt voorbijgegaan aan de intenties van beide huwelijkspartners of partners in een geregistreerd partnerschap. Was de geboorte van een kind uit de vrouw het gevolg van een voortplantingsdaad van beide partners, die erop gericht was een kind te krijgen?

Zoals al eerder is geschreven, heeft ieder kind, indien mogelijk, recht op twee ouders. Ieder juridisch systeem dat dit faciliteert, voldoet aan de primaire behoeften van ieder kind en aan het in art. 7 IVRK toegekende recht om door zijn ouders te worden verzorgd. Sterker nog: de wetgever moet alles in het werk stellen om zoveel mogelijk te garanderen dat ieder kind twee ouders heeft. Dit betekent dat in die situaties waarin de verwekker op de een of andere wijze onbekend is (of de moeder wil dat deze vader onbekend moet blijven), het kind in het geldend recht geen juridische vader heeft.

6.2 Mogelijkheden tot begripsverwarring

Hoewel een gedrogeerde vrouw zeer wel kunstmatig geïnsemineerd kan worden met het zaad van een 'onbekende', zal bijna altijd de verwekking op natuurlijke wijze hebben plaatsgevonden. In de systematiek van dit proefschrift is de bekende donor met de schriftelijk vastgelegde wens om vader te worden, de genetische vader. De aanvankelijk anonieme donor, wiens donatie in de Wdcb geregeld is, en de bekende donor die vastgelegd heeft dat hij beslist geen vader wil worden, zijn dan geen genetische vader, omdat er nooit een intentie tot dit vaderschap is geweest. Kortom, de bestaande genetische relatie tussen de twee laatstgenoemde groepen en het kind leidt niet tot een genetisch vaderschap. In de nieuw geïntroduceerde definitie is de biologische vader de man die door middel van de geslachtsdaad en dus met zijn eigen erfelijk materiaal een kind verwekt heeft.

Deze man is dus de biologische en genetische vader. Hij heeft dit vaderschap gewild. De huidige wetgever verstaat onder de biologische vader de leverancier van het erfelijk materiaal. Weliswaar (en helaas!) blijkt dit niet met zoveel woorden uit de wettekst zelf, maar wél uit alle toelichtende kamerstukken. Als deze ‘leverantie’ heeft plaatsgevonden door middel van geslachtsgemeenschap, is deze biologische vader tevens de verwekker. De donor, die doorgaans geen geslachtsgemeenschap heeft gehad met de vrouw uit wie het kind is geboren, is dus wél de biologische vader, maar niet de verwekker. Met andere woorden: de verwekker is altijd tevens de biologische vader, maar de biologische vader is niet altijd tevens de verwekker. Het werken met deze twee begrippen kan tot problemen leiden. In art. 1:200 leden 1 en 5 BW wordt over de biologische vader geschreven. Er is een referentie naar de echtgenoot of geregistreerde partner. In art. 1:200 lid 3 BW wordt de man genoemd die heeft ingestemd met KIP, KID of een overspelsituatie, kortom: de man die niet zelf de geslachtsdaad heeft verricht. Ook in art. 1:205 leden 1, 2 en 4 BW wordt geschreven over de biologische vader. Aangenomen moet worden dat dit dezelfde biologische vader als die van art. 1:200 BW is: de man dus die niet zelf de geslachtsdaad heeft verricht, maar wel genetisch verwant is, ware het niet dat het hier duidelijk niet de echtgenoot of geregistreerde partner betreft.

In de art. 1:207 lid 1 en 394 BW wordt niet meer geschreven over de biologische vader, maar over de verwekker.

In art. 1:204 lid 3 BW wordt met ‘persoon’ de man bedoeld die enerzijds de geslachtsdaad zelf heeft uitgevoerd (de verwekker onder a) dan wel op een andere manier het erfelijk materiaal heeft aangeleverd (de biologische vader onder b). Terwijl art. 1:204 lid 3 BW nog duidelijk de genetische relatie tussen de man, in de wettekst de ‘persoon’, en het kind benoemt, wordt deze relatie in art. 1:204 lid 4 BW volledig verlaten. De persoon, man of vrouw, die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad (...), krijgt hier hetzelfde recht als de verwekker. Deze persoon behoeft niet in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind te staan. Ook in de art. 1:207 en 394 BW wordt met de verwekker gelijkgesteld de persoon die heeft ingestemd met KID of de overspelsituatie. Art. 1:204 lid 3, onder a, en lid 4 BW kent dus naast deze twee gelijkgestelden nog de biologische vader met ‘family life’. In het huidige recht bestaan er slechts twee groepen personen: zij die de geslachtsdaad zelf hebben uitgevoerd, de verwekkers, en zij die dat niet gedaan hebben. In deze laatste groep vindt de differentiatie plaats tussen biologische (KIP), niet-biologische (KID) vaders en ‘vaders’ die aan een andere man de mogelijkheid hebben geboden om op natuurlijke wijze bij hun vrouw een kind te verwekken. Er zou pas een verschil kunnen optreden als de wetgever ook het begrip genetische vader zou introduceren (wat in dit proefschrift gebeurt). Op dit moment zijn de verwekker en de biologische vader beiden genetisch verwant met het kind en hebben beiden, weliswaar op verschillende wijze, iets gedaan dat tot het ontstaan van dit kind heeft geleid. En hoewel dit niet de plaats is om de kwaliteit van het ‘vaderschap’ te beoordelen, mag men er wel van uitgaan dat in het algemeen deze biologische vader, indien hieronder alleen de echtgenoot- of partnerdonor en de bekende donor met vaderschapswens begrepen worden, zich sterker bewust is geweest van

zijn daad dan de ‘verwekker’. Voor de anonieme donor die in het huidige recht nog tot de groep van de biologische vaders gerekend wordt, geldt dit vanzelfsprekend niet.

De Wet lesbisch ouderschap maakt weliswaar feitelijk, maar niet juridisch onderscheid tussen de verwekker en de biologische vader met ‘family life’; integendeel: zij worden juist met elkaar gelijkgesteld, althans voor de toepassing van art. 1:204 lid 3 BW. Deze biologische vader is dezelfde biologische vader als die in de uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 2007.¹⁴⁸ Deze biologische vader is de bekende zaaddonor, dus wel de genetische vader, maar niet de verwekker en ook niet de biologische vader van de bovengenoemde wetsartikelen. Hij is niet de echtgenoot, maar een bekende ‘vreemde’. Deze biologische vader heeft niet de geslachtsdaad uitgevoerd, maar met zijn toestemming heeft wel een inseminatie plaatsgevonden. Overigens is dit een hernieuwd pleidooi voor het standpunt dat men ‘onmiddellijk’ of ‘middellijk’ verwekker kan zijn.

6.3 ‘Geen vader’ versus ‘vader onbekend’

Het verplicht geven van eventuele informatie betreffende het mogelijke vaderschap door de vrouw is in het algemeen in strijd met het integriteitsbeginsel. Overigens bevestigde de Hoge Raad in 1997 de uitspraken van de Rechtbank en het Gerechtshof te ‘s-Gravenhage van 1994 en 1995, op grond waarvan de moeder verplicht werd op straffe van verbeurdverklaring van een dwangsom van fl. 250 per dag zo veel mogelijk gegevens over de biologische vader, de verkrachter, aan haar dochter te geven.¹⁴⁹ In hoofdstuk 12 wordt dieper op het probleem van de verkrachter ingegaan. In de meeste gevallen heeft dit kind dus een ‘onbekende’ juridische vader. Naar huidig recht is hier sprake van geen juridische vader.

En dat is één van de defecten in het huidig recht. Er is een man geweest die dit kind heeft verwekt. Door simpel aan te nemen dat het kind geen juridische vader heeft, wordt het gedrag van de vrouw gesanctioneerd om niet te willen zeggen wie de vader van dit kind is. Het recht onthoudt het kind op deze manier de mogelijkheid van een vader. Stelt men echter dat de juridische vader (nog) onbekend is, dan legt men bij de vrouw meer druk om alsnog de echte vader bekend te maken.

148 HR 30 november 2007, *NJ* 2008/310, m.nt. J. de Boer; *AA* 2008, p. 133-138, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*het omgangsrecht van de spermadonor op grond van diens nauwe persoonlijke betrekking met het kind*); zie ook HR 2 november 2012, *NJ* 2013/122, m.nt. S.F.M. Wortmann; *AA* 2013, p. 44-48, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*bijkomende omstandigheden voor ontvankelijkheid verzoek spermadonor tot vaststelling omgangsregeling*).

149 HR 3 januari 1997, *NJ* 1997/451, m.nt. J. de Boer (*dochter op zoek naar identiteit biologische vader*). Zie ook Asser 2004, nr. 75.

6.4 De erkenning

Naast het van rechtswege ontstaan van juridisch ouderschap op grond van aannames tijdens huwelijk en geregistreerd partnerschap, waarbij geen toestemming van de vrouw is vereist, kan zonder de rechter, maar met toestemming van de vrouw ook juridisch ouderschap worden verkregen door erkenning, behoudens de nietigheidsgronden van art. 1:204 BW. In beide gevallen komen familierechtelijke betrekkingen tot stand zonder rechterlijke tussenkomst. In alle andere gevallen kunnen familierechtelijke betrekkingen slechts worden verbroken of gevestigd door een rechterlijke uitspraak: de verbreking bij de gegrondverklaring van het verzoek tot ontkenning (art. 1:202, 202a en 202b BW) en de vernietiging van de erkenning (art. 1:205, 205a en 206 BW), de vestiging door de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap (art. 1:207 BW), alsmede vestiging en verbreking bij de adoptie (geregeld in titel 1.12 BW). In de betreffende artikelen staan de verschillende voorwaarden en termijnen.

In de huidige wetgeving kan iedere willekeurige persoon met toestemming van de vrouw het kind erkennen. De erkenning is een rechtshandeling en geen waarheidshandeling. De vorm van de erkenning wordt beschreven in art. 1:203 BW. De beperkingen – de nietige erkenningen – worden in art. 1:204 BW beschreven. De art. 1:205 en 205a BW betreffen de vernietigbare erkenning voor alle gevallen waarin de erkenner niet de biologische vader of moeder is.

In art. 1:204 lid 1, onder e, BW (oud) werd nog beschreven in welke gevallen een gehuwde man na een rechterlijke uitspraak een kind kon erkennen, geboren uit een andere vrouw dan zijn echtgenote. Dit onderdeel e werd in de Wet lesbisch ouderschap gewijzigd (de term ‘een man’ werd vervangen door de term ‘een persoon’ en ‘de man’ door ‘deze persoon’), maar is in de Wet in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap geheel geschrapt.¹⁵⁰ De Wet lesbisch ouderschap heeft tot een aantal veranderingen geleid. Eén van de belangrijke veranderingen is dat ook de vrouw kan erkennen. In de wettekst is zo veel mogelijk een seksneutraliteit ingevoerd, waarbij de termen ‘man’ en ‘vrouw’ door de term ‘persoon’ en de termen ‘vader’ en ‘moeder’ door de term ‘ouder’ zijn vervangen.

Het nieuwe art. 1:204 BW sluit ook de ‘anonieme’ donor van de Wdkb als potentiële verzoeker uit. Een aantal mannen dat verantwoordelijk kon zijn geweest voor deze bevruchting, maar door de beperkende eis van het verwekker zijn in art. 1:204 lid 3 BW (oud) geen vervangende toestemming tot erkenning kon verzoeken, werd rechteloos gemaakt. Hiertoe behoorden de mannen die wel hun zaad hadden geleverd, maar door KI de bevruchting hadden zien plaatsvinden. Deze mannen, aanvankelijk in een niet formele samenlevingsvorm, de

¹⁵⁰ Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap.

bekende donoren, hadden hun erfelijk materiaal via KI gebruikt met de bedoeling van een conceptie. Deze groep mannen zou op grond van deze twee factoren gelijkgeschakeld moeten worden met de verwekker. In art. 1:204 lid 3, onder a en b, BW heeft deze gelijkgeschakeling inmiddels plaatsgevonden.

Naast deze groep kwamen ook nog de personen die in een informele samenlevingsvorm ingestemd hadden met de KI met het erfelijk materiaal van een anonieme donor. Ook deze personen droegen de verantwoordelijkheid van hun instemming en zouden dus ook het recht op vervangende toestemming tot erkenning van art. 1:204 lid 3 BW moeten krijgen. Het amendement Hennis-Plasschaert heeft in de Wet lesbisch ouderschap geleid tot een nieuw art. 1:204 lid 4 BW, waarin de instemmende levensgezel ook om vervangende toestemming tot erkenning kan verzoeken. Opvallend is dat voor deze instemmende levensgezel de eis van een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind niet is geformuleerd. De aanvankelijke beperking van dit recht tot de verwekker en de biologische vader met 'family life' was in schrille tegenspraak met de art. 1:200 lid 3, 207 lid 1 en 394 BW. Hier worden de verwekker en de instemmende levensgezel wél met elkaar gelijkgesteld.

6.5 Geen erkenning mogelijk, toch juridisch ouderschap via de weg van gerechtelijke vaststelling van het ouderschap

Een tweede mogelijkheid om een persoon juridisch ouder te laten worden van een uit een andere, ongehuwde, vrouw geboren kind is ook afhankelijk van de medewerking van deze vrouw. In het huidige recht kan de persoon zelf zijn ouderschap niet gerechtelijk laten vaststellen. Volgens art. 1:207 lid 1, onder a en b, BW kunnen, onder voorwaarden, alleen de moeder en het kind het ouderschap gerechtelijk laten vaststellen.

Het schrappen van art. 1:204 lid 1, onder e, BW en het toevoegen van een vierde lid aan ditzelfde artikel heeft de kring van mogelijke erkenners met eventueel vervangende toestemming van de rechtbank aanzienlijk uitgebreid. Het gehuwd zijn of gebonden zijn in een geregistreerd partnerschap van de verzoekende erkenner is op zich geen nietigheidsgrond. Voor het verlenen door de rechtbank van de vervangende toestemming tot erkenning is noodzakelijk dat:

1. de erkenning in het belang van het kind is;
2. de verzoekende persoon de levensgezel van de moeder was; en dat
3. deze persoon in die hoedanigheid ook ingestemd heeft met de daad (...).

Een persoon die met toestemming van de moeder ouder wil worden, heeft nu met de art. 1:204 en 207 BW twee mogelijkheden:

1. de erkenning, zonder inschakeling van de rechtbank;
2. het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het ouderschap door de moeder.

In beide gevallen wordt de persoon de juridische ouder, met dien verstande dat bij de erkenning het ouderschap begint bij de erkenning en bij de gerechtelijke vaststelling het ouderschap terugwerkt tot het moment van de geboorte.

In het bovenstaande wordt dus gesuggereerd dat een persoon en een ongehuwde moeder die hun ‘gemeenschappelijk’ kind een juridische ouder willen geven, gebruik, dus eigenlijk misbruik, kunnen maken van een artikel dat daarvoor niet was bedoeld.

Op deze manier wordt gebruik gemaakt van art. 1:207 BW, dat bedoeld was om ‘onwillige’ vaders te confronteren met hun juridisch vaderschap. Immers, aan het vereiste van art. 1:207 lid 1, aanhef, BW (het levensgezel zijn) kan worden voldaan. De in art. 1:207 lid 2, aanhef en onder b, BW genoemde uitsluitingsgrond krachtens art. 1:41 BW is hier niet aanwezig.

Door de gerechtelijke vaststelling ontstaat overigens geen ouderlijk gezag voor de persoon, althans niet van rechtswege (iets anders is de mogelijkheid hiertoe op grond van art. 1:252 jo. art. 1:244 BW of die op grond van art. 1:253c BW). Al naar gelang de situatie zal de rechtbank over het omgangsrecht kunnen beslissen, ware het niet dat in het betreffelijke voorbeeld dit kennelijk al door de betreffende personen is geregeld. Overigens is de enige reden voor totstandkoming van art. 1:207 BW geweest een laatste mogelijkheid te creëren om juridisch vaderschap te doen ontstaan, bijv. ook na overlijden (als erkenning dus niet meer mogelijk is). Bovendien is een verwekker al onderhoudsplichtig op grond van art. 1:394 BW als ware hij ouder.

6.6 Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap

De veranderingen ten gevolge van de Wet lesbisch ouderschap geven iedere persoon de mogelijkheid om met de toestemming van de moeder het kind te erkennen, behoudens de in art. 1:204 BW genoemde nietigheidsgronden. De erkenning heeft gevolg vanaf het tijdstip waarop zij is gedaan (art. 1:203 lid 2 BW).

Art. 1:207 lid 1 BW beschrijft de mogelijkheid van de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap: ‘Het ouderschap van een persoon (hier wordt in het midden gelaten of deze persoon ongehuwd of met een andere persoon gehuwd of in een geregistreerd partnerschap verbonden is) kan ook (...) op de grond dat hij de verwekker is van het kind of op de grond dat deze als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad (...) door de rechtbank worden vastgesteld’. De tekst van deze bepaling volgend, moet de vrouw aantonen dat:

- de man de verwekker is. De man werkt graag mee, want hij wil de juridische vader worden. De moeder hoeft niet aan te tonen dat er een band bestaat of heeft bestaan. Zij hoeft niet aan te tonen dat er een nauwe persoonlijke betrekking tussen het kind en de man bestaat. Na het in kracht van gewijsde gaan werkt de gerechtelijke vaststelling terug tot het tijdstip van de geboorte van het kind. Dit in tegenstelling tot de erkenning!

- de persoon als levensgezel heeft ingestemd. Er is echter ook nu geen sprake van de noodzaak van een nauwe persoonlijke betrekking. Ook in dit geval werkt de gerechtelijke vaststelling terug tot het tijdstip van de geboorte van het kind.

Kortom, zowel de eisen van de gerechtelijke vaststelling van art. 1:207 BW ten opzichte van de eisen van de erkenning van art. 1:204 lid 3 BW als het moment waarop het juridisch vaderschap begint, tonen opvallende verschillen.

In art. 1:207 BW kan de ‘instemmende levensgezel’ best tevens de echtgenoot of geregistreerde partner zijn, hetzij van de vrouw om wie het hier gaat, hetzij van een andere vrouw. Zo kan zelfs de allang overleden echtgenoot (of geregistreerde partner) ook een instemmende levensgezel in de zin van art. 1:207 lid 1 BW zijn. Dit is het geval indien de echtgenoot tijdens zijn leven de in art. 7 Embryowet genoemde schriftelijke toestemming tot postmortale procreatie aan zijn echtgenote verleent. Enkele jaren na zijn overlijden gebruikt zijn weduwe het ingevroren sperma van haar overleden echtgenoot. Negen maanden later wordt het aldus verwekte kind geboren. In het huidige recht is hier geen sprake van een ‘verwekker’, maar wél van een ‘verwekking’. In dit geval kan het vaderschap van deze overleden man gerechtelijk worden vastgesteld, niet omdat hij de verwekker is (dat is hij namelijk niet bij gebreke van geslachtsgemeenschap), maar omdat hij de instemmende levensgezel is (hij heeft namelijk ingestemd met KIE, waarbij de ‘E’ in dit specifieke geval voor ‘overleden echtgenoot’ staat). Hetzelfde heeft te gelden als deze man nog leeft, maar een bevruchting niet op de natuurlijke wijze tot stand kan komen. KIE bij leven van de echtgenoot levert voor de toepassing van art. 1:207 lid 1 BW evenzeer een instemmende levensgezel op, hoewel deze echtgenoot al op grond van art. 1:199, onder a, BW de juridische vader is. In deze twee voorbeelden is deze man dus zowel de (overleden) echtgenoot als de biologische vader alsook de instemmende levensgezel; hij is alleen niet de verwekker. Zoals eerder werd vermeld, kan het kind in het eerste voorbeeld niet van deze man erven, omdat niet aan het bestaansvereiste van art. 4:9 jo. art. 1:2 BW is voldaan, maar dit betekent niet dat gerechtelijke vaststelling van het vaderschap geen zin zou hebben. Het kind kan namelijk wél erven van bloedverwanten van de vooroverleden man bij wege van plaatsvervulling.¹⁵¹

6.7 Onderhoudsverplichting

Art. 1:394 BW beschrijft heel simpel wie ‘als ware hij ouder’ onderhoudsplichtig is.

Niet wordt beschreven op welke wijze dit wordt vastgesteld. Niet wordt beschreven of deze vaststelling nog terugwerkende kracht heeft. De ‘verwekker’ en de ‘instemmende levensgezel’ in art. 1:394 BW zijn dezelfde personen als de

¹⁵¹ Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 188.

personen die zijn genoemd in art. 1:207 lid 1, aanhef, BW. Het enige, wel belangrijke, verschil is dat de belemmeringen van art. 1:207 lid 2 BW kennelijk niet werken. Weliswaar gaat het in de beide artikelen om dezelfde personen, maar voor de toepassing van art. 1:394 BW is uiteraard niet vereist dat het ouderschap van de verwekker of van de instemmende levensgezel gerechtelijk wordt vastgesteld. Bij de passage in art. 1:394 BW waarin wordt geschreven over 'een kind dat alleen een moeder heeft', moet een relativering toegepast worden in die zin, dat de verwekker ook naast de tweede juridische ouder onderhoudsplichtig kan zijn, namelijk voor zover laatstgenoemde geen of onvoldoende draagkracht heeft.¹⁵²

6.8 Erkenning als onderdeel van een feitelijke draagmoederschapsactie

Er is op dit moment voor een gehuwd paar nog een mogelijkheid om met behulp van art. 1:204 BW, zonder tussenkomst van de rechter, 'juridische' ouders van het kind van een ongehuwde draagmoeder te worden. Na de geslaagde innidatie erkent met toestemming van de draagmoeder de man het kind prenataal. Met het vervallen van art. 1:204 lid 1, onder e, BW (oud) door de op 1 april 2014 in werking getreden Wet in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap behoeft niet meer de lange weg van de scheiding voor de erkenning en het aangaan van een geregistreerd partnerschap na de erkenning bewandeld te worden. Dit was overigens geen omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap als bedoeld in art. 1:77a BW (oud), die immers op 1 maart 2009 is afgeschaft. In een latere fase vindt een stiefouderadoptie plaats. Na de erkenning wordt de man de juridische vader van het kind. Indien zich op een later tijdstip een man zou melden met de mededeling dat hij de genetische vader (in de huidige terminologie: de verwekker of biologische vader) is, kan deze man op grond van art. 1:204 lid 1, onder e, BW het kind niet alsnog erkennen. Er zijn immers al twee juridische ouders. Bovendien lijkt het onwaarschijnlijk dat aan het toestemmingsvereiste van de moeder kan worden voldaan, omdat zij in een eerder stadium zijn mogelijke vaderschap niet wilde onthullen. Na het ontstaan van dit juridisch tweouderschap kan op geen enkele wijze nog een nieuwe ouder worden gecreëerd.

¹⁵² HR 18 februari 2011, *NJ* 2011/90; *AA* 2011, p. 640-643, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*verwekker naast juridische vader onderhoudsplichtig?*), alsmede Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 160, voetnoot 4.

6.9 Ontkenning van het vaderschap en van het moederschap

Ontkenning van het vaderschap

Een ander probleem doet zich in het huidige recht voor als de van rechtswege juridische vader in het huwelijk of geregistreerd partnerschap kan aantonen dat hij niet de verwekker is.

Voor alle duidelijkheid zij hier nog een keer gesteld dat in het in het kader van dit proefschrift gebruikte begrippenapparaat onder de biologische vader de man wordt verstaan die een biologische activiteit, de geslachtsdaad, heeft uitgevoerd. Onder de verwekker wordt dan iedereen verstaan die op de een of andere manier verantwoordelijk is geweest voor de verwekking van het door hem, of in het geval van verkrachting het niet door hem, gewenste kind. Deze verwekking kan 'onmiddellijk' zijn: de verwekker is de biologische vader en dus vanzelfsprekend ook de genetische vader. De verwekking kan ook 'middellijk' zijn: de man laat een daad uitvoeren die de verwekking van zijn kind tot gevolg heeft; indien deze daad met zijn gameten wordt uitgevoerd, is deze man ook de genetische vader; indien deze daad met donorgameten is uitgevoerd, is hij niet de genetische vader. Van de drie hier beschreven groepen mannen hebben zeker twee de intentie om vader te worden. Bij de eerste groep mannen kan de intentie afwezig zijn, maar kan worden teruggegrepen op het hebben van de wetenschap dat met het uitvoeren van de geslachtsdaad een kind verwekt kan worden. Deze intentie om door het stellen van een daad tot het ontstaan van een kind te geraken dan wel de wetenschap dat de gepleegde daad tot het ontstaan van een kind kan leiden, is een voorwaarde voor het van rechtswege verkrijgen van het juridisch vaderschap.

De echtgenoot of geregistreerde partner is niet de biologische vader indien hij niet de verwekker is of indien er een KID heeft plaatsgevonden. Of anders gezegd: de man dacht dat er een KIE of een KIP, want het gaat bij de ontkenning van art. 1:200 BW altijd om een echtgenoot of een geregistreerde partner, zou plaatsvinden (dan is hij immers de genetische en dus biologische vader), maar in plaats daarvan is een KID uitgevoerd. In art. 1:200 leden 1 en 3 BW wordt duidelijk een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de echtgenoot of geregistreerde partner als biologische vader (de directe of indirecte verwekker) en anderzijds alle anderen die direct of indirect verantwoordelijk kunnen zijn voor de geboorte. Indien een andere man dan de echtgenoot of geregistreerde partner het kind verwekt heeft, is deze man in het huidige systeem van de wet, maar ook in het nieuw voorgestelde systeem (immers, deze verwekking is het gevolg van een geslachtsdaad), de biologische vader. De echtgenoot of geregistreerde partner is niet meer de biologische vader, eigenlijk nooit geweest. Het verwekken is dus een biologische activiteit van twee mensen in tegenstelling tot de vormen van geassisteerde voortplanting, waarbij min of meer gesproken kan worden van een instrumentele activiteit. De echtgenoot of geregistreerde partner blijkt op grond van art. 1:200 lid 3 BW wel de juridische vader te worden. Dat wil zeggen: hij kan zijn vaderschap niet ontkennen. Ook in dit artikel wrekt zich het afwezig zijn van heldere definities. Terwijl in laatstgenoemde bepaling duidelijk staat dat de persoon heeft ingestemd met 'een daad die de verwekking (...)', in de huidige terminologie zowel door de geslachtsdaad als door de vormen van inseminatie, stelt art. 1:200 lid 4 BW dat het

in de vorige twee leden bepaalde niet van toepassing is ten aanzien van de vader, indien de moeder hem heeft bedrogen omtrent de verwekker, in de huidige terminologie alleen degene die de geslachtsdaad heeft uitgevoerd. Over de eventuele aard van de inseminatie, KI of zelfinseminatie, die ook aanleiding tot bedrog over de daad van de verwekking kan zijn, wordt niets geschreven. De echte verwekker, die biologisch actief is geweest, heeft geen enkele status, tenzij art. 1:200 lid 4 BW in werking treedt. Indien de man erachter komt dat zijn 'biologische' activiteiten niet hebben geleid tot de geboorte van het aan hem toegeschreven kind, kan hij op grond van art. 1:200 lid 5, tweede volzin, BW zijn juridisch vaderschap aanvechten, omdat hij niet de biologische vader is. Als de biologische vader (voor de wetgever dus de niet verwekkende echtgenoot of geregistreerde partner) vermoedt dat hij niet de genetische vader is, is dat iemand anders: de echte verwekker of een spermadonor. Alle opmerkingen in deze betreffen nog steeds de huidige 'oude' regelgeving. In de nieuwe terminologie is ook de bekende donor een indirecte verwekker. In het algemeen zal deze 'donatie' niet door de meest voorkomende biologische activiteit (lees: geslachtsgemeenschap) tot stand komen. In het voorgestelde nieuwe systeem is er dus wel een onderscheid. De biologische vader is de directe verwekker, de bekende donor is de indirecte verwekker. Beiden zijn vanaf de conceptie en geslaagde innidatie juridisch vader.

Hoewel op grond van art. 1:200 lid 1, onder a en b, BW het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap ook door moeder en kind kan worden gedaan, moet hier toch in de eerste plaats worden gedacht aan een actie door de man. Indien de rechtbank een verzoek gegrond heeft verklaard, verliest de echtgenoot of geregistreerde partner de status van juridische vader. Het kind heeft geen juridische vader meer, sterker nog: het heeft deze ook nooit gehad wegens de terugwerkende kracht van de ontkenning (art. 1:202 BW). Er is achteraf gezien geen juridische vader geweest, omdat de persoon die eigenlijk aanspraak kan maken op deze titel, (nog) niet bekend is. Opnieuw ligt het geheim bij de moeder, die niet verplicht kan worden om de naam van deze onbekende vader bekend te maken. In de literatuur wordt ook vaak vermeld dat de vrouw de naam niet bekend kan maken, omdat zij de naam niet kent: de bevruchting was het gevolg van een 'one night stand'. De onbekende vader kan vervolgens op twee manieren alsnog een naam krijgen. De eerste manier is de erkenning. Indien een man dit juridisch vaderschap wil krijgen, moet hij de schriftelijke toestemming van de moeder krijgen. Volgens de wet behoeft deze man dus niet de genetische vader te zijn, want de erkenning is een rechtshandeling en geen waarheidshandeling. Iedere man voor wie niet de nietigheid van art. 1:204 lid 1 BW geldt, kan met toestemming van de moeder en/of van het kind erkennen. Indien de vrouw niet toestemt, kunnen de in art. 1:204 lid 3, onder a en b, en lid 4 BW genoemde personen proberen de aldaar genoemde vervangende toestemming van de rechter te krijgen.

Gezien de eerdere opmerkingen over het niet bestaande verschil tussen een 'verwekker' en een 'biologische vader' is dit een begrijpelijke verbetering.

In het geldend recht wordt echter met ‘biologische vader’ telkens en overal bedoeld de man van wie het erfelijk materiaal (gameten) afkomstig is (= genetische vader; de wet gebruikt alleen de term ‘biologisch’ en niet de term ‘genetisch’, maar hij bedoelt hiermee hetzelfde). Nu eens gaat het om de man die wél geslachtsgemeenschap met de moeder heeft gehad, dan weer om de man die geen geslachtsgemeenschap met de moeder heeft gehad, maar wél sperma heeft geleverd, dus de donor, zonder daarbij aan te geven wat de intentie van deze levering was. Dit is dus in tegenstelling tot het voorliggende voorstel om de termen ‘biologisch’ en ‘genetisch’ niet als volledige synoniemen te gebruiken.

Ontkenning van het moederschap

De Wet lesbisch ouderschap heeft met de art. 1:202a en 202b BW de mogelijkheid geïntroduceerd om het door het huwelijk of geregistreerde partnerschap ontstane moederschap te ontkennen. In het kader van dit proefschrift is het belangrijk om te constateren dat geen van de in art. 1:202a lid 1, onder a, b en c, BW genoemde gerechtigden het moederschap van de biologische moeder kan ontkennen. De geboortemoeder, de biologische moeder, blijft de onaantastbare juridische moeder. In feite kan alleen door de drie partijen het meemoederschap worden ontkend. In de nieuwe visie op de afstamming moet het mogelijk zijn dat ook een andere persoon een verzoek tot ontkenning indient, omdat de geboorte niet meer het constituerend moment is voor het juridische moederschap. Ook de geboortemoeder kan het van rechtswege verkregen juridisch moederschap ontkennen, omdat zij nooit de intentie heeft gehad om moeder te worden, nu deze zwangerschap tot stand is gekomen met behulp van een op dat moment haar niet meer toebehorende eicel. Het moge duidelijk zijn dat deze ontkenning alleen kan slagen bij de aanwezigheid van de ‘echte’ juridische ouder, namelijk de persoon die de beslissing heeft genomen om met het gebruik van deze eicel tot het ontstaan van dit kind te komen. Het moge duidelijk zijn dat in tegenstelling tot het in art. 1:202 lid 1 BW gestelde bij de ontkenning van dit moederschap geen plaats is voor de conclusie dat ‘het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane moederschap (wordt) geacht nimmer gevolg te hebben gehad’.

6.10 Vestigen versus vernietigen van het juridisch vaderschap

Opvallend is, dat de wetgever voor het achteraf ontstaan of vernietigen van het juridisch vaderschap onderscheid maakt in de bevoegdheid om het desbetreffende verzoek te doen.

- Erkenning gebeurt door de persoon, wel of niet genetisch verwant, met toestemming van de juridische moeder en/of van het kind of met vervangende toestemming van de rechtbank (art. 1:204 BW).
- Ontkenning van het vaderschap kan door de man, door de vrouw en door het kind worden verzocht (art. 1:200 BW).

Beide acties veranderen voor het kind het juridisch ouderschap van de vader. In de hier voorgestelde 'terminologie' krijgt het kind bij de erkenning een 'bekende' vader in plaats van een 'onbekende' vader (geldend recht: geen vader). Eigenlijk verdient hier het gebruik van het al eerder voorgestelde begrip van de 'tweede juridische ouder' de voorkeur, omdat de erkenning ook door een vrouw kan worden gedaan: de erkenning converteert de 'onbekende' tweede juridische ouder in een 'bekende' tweede juridische ouder. Bij de gegrondverklaring van het verzoek tot ontkenning van het vaderschap krijgt het kind een 'onbekende' vader. Of in de woorden van art. 1:202 lid 1 BW: '(...) wordt het door het huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane vaderschap geacht nimmer gevolg te hebben gehad'. Voor de wetgever wordt het kind geacht nooit een juridische vader te hebben gehad.

In beide gevallen kent, en volgens de wetgever heeft, het kind één of maximaal twee ouders.

- De gerechtelijke vaststelling van het ouderschap kan op grond van art. 1:207 lid 1, onder a en b, BW alleen door de juridische moeder en het kind worden verzocht. In de huidige wetgeving kan dit dus niet worden verzocht door een ander dan genoemden, ook niet door de echte verwekker, de 'geslachtsdader'. En ter voorkoming van drieouderschap kan op grond van art. 1:207 lid 2, aanhef en onder a, BW de vaststelling niet plaatsvinden als het kind al twee ouders heeft.

Aan de bestaande juridische situatie van twee juridische ouders kan alleen iets veranderd worden, als de man, de vrouw of het kind eerst via een verzoek tot ontkenning van het vaderschap het tweouderschap terugbrengt tot eenouderschap. Daarna kan de moeder of het kind pas de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap verzoeken. Bij een positieve uitkomst heeft het kind weer twee ouders. Ook hier is de wetgeving duidelijk niet gendervrij. De man kan wel ontkennen en erkennen met toestemming, maar mag zijn vaderschap niet gerechtelijk laten vaststellen. Als de aanvankelijke juridische vader slaagt in zijn ontkenningsverzoek, blijft de echte genetische vader, de verwekker of bekende spermadonor, afhankelijk van de toestemming van de juridische moeder of van de vervangende toestemming van de rechter voor erkenning. Daar de tot de erkenning toestemmende moeder dezelfde is als de gerechtelijke vaststelling verzoekende moeder, is het onwaarschijnlijk dat op deze wijze het door de genetische vader gewenste ouderschap wordt verkregen, tenzij het voor de betrokkenen belangrijk is om het ouderschap eerder te laten ingaan.

Dit maakt meteen de mogelijk beperkte bedoeling van dit wetsartikel duidelijk. Aan moeder en kind wordt de mogelijkheid geboden om een onwillige vader te dwingen zijn verantwoordelijkheden te nemen om het kind een tweede ouder, in casu een vader, te geven en om hem te laten voldoen aan zijn onderhoudsverplichting, die ook al op hem zou rusten op grond van art. 1:394 BW. Overigens moet ook hier worden vastgesteld wie de verwekker of instemmende levensgezel is. En deze vader behoeft volgens de tekst niet de genetisch verwante vader te zijn.

Het bovenstaande betoog beschrijft de situatie zoals die in de huidige wetgeving wordt geregeld. Ook in de komende tijd zullen talrijke wetswijzigingen noodzakelijk worden om de gelijkheid en gelijkwaardigheid van man en vrouw in titel 1.11 BW te garanderen. Daardoor wordt meteen duidelijk dat het strikte gebruik van de term verwekker als degene die de geslachtsdaad verricht, moet worden verbreed tot degene die instemt met een daad die tot de ‘verwekking’ heeft geleid. De wetgever zal echter de hoedanigheid van levensgezel (man of vrouw) blijven verlangen. En het is evident dat in de lesbische relatie de vrouw evenmin de noodzakelijke geslachtsdaad met haar vrouwelijke partner kan bedrijven als de man in een homoseksuele relatie een kind kan baren.

In het voorstel ‘back to the basics’ worden deze semantische ongerijmdheden juridisch opgelost. De recente Wet lesbisch ouderschap toont een eerste poging tot het gendervrij maken van de betreffende artikelen, waarin is gekozen voor de seksneutrale termen van ‘persoon’ en ‘ouderschap’, zij het blijkens o.a. de art. 1:198, 199, 200, 202a en 202b BW (nieuw) – tezamen de afdelingen 1.11.1, 1.11.2 en 1.11.2A BW (nieuw) – ook weer niet geheel consequent. Dit werkt natuurlijk door in andere artikelen, zoals in de art. 1:20 lid 1 en 23b lid 2 BW, waarin na de ‘ontkenning van het vaderschap’ nu ook de ‘ontkenning van het moederschap’ moet worden ingevoegd. Helaas regelt deze ‘moderne’ wet alleen het ‘ouderschap’ in de lesbische relatie. Een unieke kans om na de openstelling van het huwelijk en geregistreerd partnerschap voor iedereen ook het ouderschap voor iedereen mogelijk te maken, heeft men hier laten liggen.

Dat ook de wetgever impliciet onderscheid maakt tussen ‘verantwoordelijk zijn’ of ‘de verantwoording nemen voor’, moge blijken uit het feit dat de erkenning pas gevolg heeft vanaf het tijdstip waarop zij is gedaan (art. 1:203 lid 2 BW), terwijl de gerechtelijke vaststelling terugwerkende kracht tot het moment van de geboorte heeft (art. 1:207 lid 5, eerste volzin, BW). Ook de rechterlijke uitspraak betreffende de ontkenning heeft terugwerkende kracht tot het tijdstip van de geboorte. Volgens art. 1:202 lid 1 BW wordt het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane vaderschap geacht nooit gevolg te hebben gehad. Op grond van art. 1:206 lid 1 BW werkt ook de vernietiging van de erkenning terug tot en met het tijdstip van de erkenning.

6.11 Loslaten van verplichte samenlevingsvormen

Naast de gelijkstelling van man en vrouw in de verschillende artikelen zal ook in de nabije toekomst meer aandacht moeten worden geschonken aan andere samenlevingsvormen dan het huwelijk en het geregistreerd partnerschap. Nu spreekt de wetgever nog te sporadisch over echtgenoten, geregistreerde partners en andere levensgezellen. Zoals eerder vermeld, blijkt uit cijfers van het CBS dat op dit moment een groot aantal kinderen buiten het huwelijk wordt geboren. Ook voor deze kinderen en hun ‘juridische’ ouders moeten dezelfde regels gelden als voor kinderen en personen binnen het huwelijk en geregistreerd partnerschap. De

artikelen over het verbod op discriminatie, maar vooral de tekst van art. 12 EVRM, dat ieder het recht heeft een gezin te stichten, impliceert ook dat de wetgever deze persoon niet kan verplichten om voor dit gezin de vorm van een huwelijk of geregistreerd partnerschap te kiezen. Dit zou op een niet toegestane inmenging in de persoonlijke levenssfeer duiden. De verschillende artikelen waarin het huwelijk of geregistreerd partnerschap als conditie wordt genoemd, moeten zodanig worden gewijzigd, dat daaronder iedere herkenbare samenlevingsvorm wordt begrepen. Dan krijgen ook de artikelen waarin de levensgezel als participant wordt genoemd, hun begrijpelijke betekenis.

6.12 Gerechtelijke vaststelling van het moederschap

Na de wetwijziging van 1 april 2014 is geen specifiek artikel geïntroduceerd om het moederschap gerechtelijk te laten vaststellen. Afdeling 1.11.4 BW beschrijft de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap. In art. 1:207 BW is consequent gekozen voor de nieuwe term ‘ouderschap’ in plaats van het ‘vaderschap’. De term ‘man’ wordt veralgemeniseerd tot ‘persoon’. Naast het ‘huwelijk’ wordt het ‘geregistreerd partnerschap’ genoemd. Opvallend is dat er nog steeds slechts twee gerechtigden tot deze actie zijn:

1. de moeder, tenzij het kind de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt;
2. het kind.

Het is niet duidelijk welke moeder uit art. 1:198 BW hier bedoeld wordt. En waarom zou een partner in een huwelijk of in een geregistreerd partnerschap niet het ouderschap, in dit geval moederschap, van de vermeende moeder gerechtelijk mogen laten vaststellen?

Terwijl voor de moeder twee termijnen gelden, binnen vijf jaar na (...) en tot de leeftijd van zestien jaar van het kind, blijkt voor het kind geen enkele termijn te bestaan. Vanaf zijn geboorte tot aan zijn dood heeft het kind het recht om het ouderschap van één of zelfs beide ouders gerechtelijk te laten vaststellen. Niet ingelichte adoptiefkinderen, maar ook uit draagmoederschappen geboren kinderen kunnen op deze wijze alsnog achter de genetische en/of juridische relaties met hun ouders komen.

Hoewel de wetgever een ander moment voor het ontstaan van ouderschap kiest dan in dit proefschrift wordt bepleit, is duidelijk dat ook de wetgever vindt dat ieder kind eigenlijk twee ouders moet hebben. De gemakkelijkste weg daarvoor is het hanteren van een aantal aannames.

Bij twijfel, en dan toch vooral van de vaderlijke kant, wordt de rechter ingeschakeld. De rechter kan van een ‘bekende’ vader een ‘onbekende’ vader (in de huidige regeling ‘geen’ vader) maken en omgekeerd. Ondanks de redactie van het opschrift boven art. 1:207 BW, ‘Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap’, lijkt op dit moment de positie van de moeder nog onbedreigd. Met het doorvoeren van de emancipatie in de wetgeving wordt nu ook de

mogelijkheid geboden om aan het juridisch moederschap te twijfelen en het gerechtelijk te laten vaststellen. Zoals al eerder werd geschreven, mogen alle vermoedens en aannames blijven bestaan, zolang de mogelijkheid wordt geboden dat iemand anders een beter recht op dit juridisch ouderschap kan laten gelden. Art. 1:202a BW is de vrouwelijke pendant van art. 1:200 BW en maakt een ontkenning van het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane moederschap mogelijk.

In art. 1:202a lid 1, aanhef, BW is geregeld dat eiceldonatie door de meemoeder haar een onaantastbaar moederschap verschafft. Ontkenning is in dit geval immers niet mogelijk, omdat de meemoeder dan juist wél de biologische moeder is (in het concept-wetsvoorstel luidde de ontkenningsgrond nog dat de meemoeder niet de vrouw is uit wie het kind is geboren, zodat in geval van eiceldonatie door de meemoeder een ontkenningsactie toch nog kon slagen). Er zijn dan zelfs in de visie van de wetgever twee biologische moeders, te weten de barendende vrouw, van wie de eicel niet afkomstig is, en de meemoeder, van wie de eicel wél afkomstig is. Hier wreekt zich opnieuw dat de wetgever geen onderscheid maakt tussen 'biologisch' en 'genetisch'. De wetgever noemt de barendende vrouw biologisch moeder, omdat zij het kind negen maanden heeft gedragen. Zij is niet de genetische moeder. De duur van de zwangerschap, de eventuele lichamelijke ongemakken tijdens deze zwangerschap en het baren zelf rechtvaardigen volgens de wetgever de kwalificatie 'biologisch' (natuurlijk tevens 'juridisch', gelet op art. 1:198 lid 1, aanhef en onder a, BW). De wetgever noemt ook de meemoeder biologisch moeder, als zij de eicel heeft gedoneerd. In dit geval heeft het adjectief 'biologisch' dezelfde betekenis als in de 'biologische' vader, namelijk de genetische relatie tussen ouder en kind. Zoals eerder gesteld, maakt de wetgever helaas geen onderscheid tussen 'biologisch' en 'genetisch'. Ook deze eicel donerende vrouw wordt juridisch moeder, voor zover beide vrouwen met elkaar zijn gehuwd of zijn gebonden in een geregistreerd partnerschap dan wel, in geval van ongehuwd en ongeregistreerd samenwonen, de meemoeder heeft erkend of haar ouderschap gerechtelijk is vastgesteld op grond van art. 1:198 lid 1, aanhef en onder c en d, BW.

6.13 De moeder is altijd bekend

Een opvallend verschil met het juridisch vaderschap dringt zich meteen op. Het kind heeft altijd een bekende moeder: hetzij de vrouw die het kind gebaard heeft, hetzij de persoon (man of vrouw) die kan aantonen dat hij betere rechten heeft. Zie hierboven het slot van paragraaf 6.9 over de ontkenning van het moederschap. Het kind moet altijd een vader gehad hebben, zonder deze was hij nooit ontstaan, maar in een aantal gevallen is deze niet bekend. In het huidige recht geldt in dit laatste geval dat dit kind geen juridische vader heeft, de zoveelste fictie. En omdat nu eenmaal bij mensen de bevruchting niet door de wind komt, maar er een daad moet worden verricht, behoorde dus op het moment van de bevruchting ook de juridische vader bekend te zijn. Ook bij 'one night stands' of verkrachting is er

lijfelijk contact met een levende herkenbare persoon geweest. Dit is in het voorgestelde systeem de juridische vader, verwekker en dus ook genetische vader, ook al weet de vrouw niet of wil zij niet meer weten wie deze persoon was of hoe hij heette. De beslissing om de vrucht te dragen en een kind geboren te laten worden zonder ‘bekende’ vader ligt bij de vrouw. Zij kan ook beslissen dat deze bevruchting niet haar bedoeling is geweest, bijvoorbeeld doordat zij tot de geslachtsdaad is gedwongen of onverantwoordelijk heeft gehandeld in de ‘one night stand’. In al deze gevallen kan zij een abortus provocatus lege artis overwegen. In bepaalde omstandigheden kan zij zelfs naar de ‘morning after’-pil grijpen, waarbij een medicamenteuze abortus wordt geprovoceerd. Men moet accepteren dat ook een slechts vluchtige geslachtsdaad van twee mensen kan leiden tot een bevruchting. Slechts één van deze twee personen wordt geconfronteerd met de gevolgen: de vrouw, die de vrucht negen maanden moet dragen en geboren moet laten worden. Hoe spijtig ook, dit is een biologisch gegeven waarin zeer waarschijnlijk (lees de fantasie over extracorporale graviditeiten) bij de mens nooit verandering zal komen.

6.14 Opnieuw de verkrachting

Het moge duidelijk zijn dat met name het juridisch vaderschap van de verkrachter aanleiding geeft tot emotionele reacties. Bij een consequent hanteren van de definitie dat de persoon ook juridisch vader wordt indien hij een daad uitvoert waarvan hij kan weten of althans behoort te weten dat dit tot de verwekking van een kind kan leiden, wordt ook de verkrachter juridisch vader (zie hoofdstuk 12). Hij is immers verantwoordelijk voor deze verwekking. En dit vaderschap leidt tot de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Duidelijk is dat de verkrachter meestal niet de intentie heeft gehad om een kind te verwekken, maar dat doet niets af aan de verantwoordelijkheid die hij draagt als deze geslachtsdaad tot een bevruchting en uiteindelijke geboorte leidt. Ook de chauffeur die met zijn auto veel te hard wil rijden, weet dat hij een grotere kans heeft om ongelukken te maken. Indien dit te hard rijden inderdaad tot een ongeluk leidt, verwijt niemand de bestuurder dat hij de intentie heeft gehad om een ongeluk te veroorzaken. Hij is wel verantwoordelijk voor dit ongeluk, omdat hij wist of behoorde te weten dat (...).

6.15 Samenvatting

In dit hoofdstuk werd de mogelijkheid voor de man en de vrouw beschreven die bij de geboorte niet al van rechtswege ouder zijn geworden, om via erkenning alsnog juridisch ouder te worden. Daar de man geen recht heeft om zijn vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen, is hij afhankelijk van de medewerking van de juridische moeder. Ook de sluiproute van de erkenning door de wensvader van het kind, geboren uit een draagmoeder, werd beschreven. Hierbij zij opgemerkt dat het in dit geval in de bedoeling ligt dat later via stiefouderadoptie ook het juridisch moederschap aan de wensmoeder wordt overgedragen. Aandacht werd

geschonken aan het merkwaardige juridische fenomeen dat de man via een juridische procedure wel zijn vaderschap kan ontkennen, maar dat hij zijn vaderschap, ouderschap in de wettekst, niet gerechtelijk kan laten vaststellen. Gepleit werd voor de mogelijkheid voor de man en de vrouw om hun respectievelijke ouderschap gerechtelijk te laten vaststellen, of in de in het hoofdstuk gebruikte termen: het aantonen van het hebben van betere rechten.

7 | Ouderlijk gezag

7.1 Ouderlijk gezag en juridisch ouderschap

Het is belangrijk dat men zich realiseert dat ouderlijk gezag een complex van rechten voor ouders is dat voortvloeit uit hun ouderlijke plicht om hun kinderen zo goed mogelijk op te voeden en te verzorgen. Dit betekent dan ook dat het ouderlijk gezag eigenlijk alleen in die situaties kan voorkomen waarbij sprake is van een gezin, dus ook in een eenoudergezin. Ook buiten het gezin, in de klassieke betekenis van het woord als resultante van een huwelijk en nu ook geregistreerd partnerschap, komen in andere gestructureerde samenlevingsvormen mengvormen voor in het type gezag over het kind: eenhoofdig ouderlijk gezag en gezamenlijk ouderlijk gezag naast gezamenlijk gezag van een ouder en een ander dan een ouder en gezamenlijke voogdij als de gezagsdrager geen ouder, maar een derde is. In principe is er in alle gevallen slechts één belanghebbende: het kind. De redactie van de art. 1:245 lid 5 en 253v BW maakt duidelijk dat over het algemeen voor wat betreft de uitwerking er weinig verschil is tussen enerzijds het gezamenlijk gezag van ouder en niet-ouder en anderzijds het ouderlijk gezag.

Het juridisch ouderschap impliceert niet het ouderlijk gezag. Zoals het begrip al zegt, belichaamt het ouderlijk gezag het gezag dat één of twee personen over een kind kunnen uitoefenen om beslissingen voor het kind te nemen (art. 1:245 lid 4 BW). Ook hier geldt dat deze beslissingen worden geacht te worden genomen in het belang van het kind.

In art. 1:245 leden 2 en 3 BW wordt duidelijk, zoals hierboven reeds vermeld, dat het ouderlijk gezag door één ouder of door beide ouders gezamenlijk kan worden uitgeoefend.

Hoewel bij de opvoeding en verzorging van een kind talrijke beslissingen worden genomen in het belang van het kind, behoeven deze niet te duiden op het ouderlijk gezag ex art. 1:247 lid 1 BW. Ook een stiefouder kan over het kind dat staande zijn huwelijk dan wel geregistreerd partnerschap met de moeder geboren is, maar van wie hij niet de ouder is, van rechtswege met de moeder gezamenlijk het gezag uitoefenen, tenzij het kind tevens in familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder (art. 1:253sa lid 1, slot BW). Op grond van art. 1:253aa lid 1 BW oefenen de ouders in een geregistreerd partnerschap gezamenlijk het gezag uit over hun beider kind. Dit artikel heeft sinds de wetwijziging van 2009 betrekking op man/vrouw-paren, man/man-paren en vrouw/vrouw-paren, mits beide personen juridische ouders zijn die met elkaar geregistreerd zijn (dus net zoals in geval

van een huwelijk op grond van art. 1:251 lid 1 BW). Ook indien door pleegouders de gezamenlijke voogdij wordt uitgeoefend, oefenen zij beiden het gezag uit over het kind ex art. 1:282 BW. Daarnaast kan gezamenlijke voogdij ook bestaan op grond van een testamentaire voogdijbeschikking of een aantekening in het gezagsregister (art. 1:292 BW).

7.2 Juridisch ouderschap

In dit proefschrift is uitgebreid ingegaan op welke wijzen het juridisch ouderschap tot stand kan komen. De persoon zelf of de rechter bepaalt wie verantwoordelijk is dan wel gemaakt moet worden voor de totstandkoming van een nieuw leven. Hierbij is het geslacht van deze persoon en de samenlevingsvorm van deze persoon irrelevant. De uitgevoerde daad laat van rechtswege of door een rechterlijke uitspraak het juridisch ouderschap ontstaan. Daarbij mogen de vermoedens, verwoord in de art. 1:198 en 199 BW, in stand blijven, maar moeten deze wel kunnen worden weersproken door personen die kunnen bewijzen dat zij een beter recht op dit juridisch ouderschap hebben.

Dit juridisch ouderschap heeft afstammingsrechtelijke gevolgen. Verder ontstaan verplichtingen tot het voorzien in het levensonderhoud van het desbetreffende kind. In de huidige redactie van art. 1:392 lid 1, aanhef en onder a, BW worden de ouders genoemd op grond van bloedverwantschap. Deze ouders zijn in het gehanteerde rechtssysteem de vermoede (genetische en) juridische ouders. Naast de van rechtswege ontstane juridische bloedverwanten door geboorte binnen het huwelijk en geregistreerd partnerschap dan wel door de rechterlijke uitspraak van adoptie (ouders en kinderen) worden in art. 1:392 lid 1, onder c, BW ook de aanverwanten, onder wie de stiefouders, genoemd als aanverwanten in de eerste graad in de rechte lijn (art. 1:3 leden 1 en 2 BW).

Vanaf 1 april 2014 hebben het ook het geregistreerd heteropartnerschap en het geregistreerd lesbisch partnerschap afstammingsrechtelijke gevolgen en leveren zij juridische bloedverwantschap op. De Wet in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap beoogt zoveel mogelijk een gelijkschakeling van het geregistreerd partnerschap met het huwelijk.¹⁵³

In een apart artikel (art. 1:394 BW) zijn de verwekkers en de met de verwekking instemmende levensgezellen onderhoudsplichtig gemaakt. In het in dit proefschrift voorgestelde vereenvoudigde systeem behoren de ouders van art. 1:392 lid 1, onder a, BW en de personen, genoemd in art. 1:394 BW, tot dezelfde categorie: zij allen zijn juridisch ouder, genetisch verwant of niet, zonder of met huwelijk of geregistreerd partnerschap.

¹⁵³ Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap.

Het juridisch ouderschap kent vele plichten, waaronder het voorzien in het levensonderhoud overeenkomstig de art. 1:395a, 395b en 404 BW. Op grond van art. 1:377a lid 1, eerste volzin, BW heeft het kind recht op omgang met de juridische ouders en de personen met ‘family life’ (in de wettekst: ‘nauwe persoonlijke betrekking’). De niet met het gezag belaste ouder heeft op grond van art. 1:377a lid 1, tweede volzin, BW niet alleen een recht op, maar zelfs een verplichting tot omgang met zijn kind.

7.3 Welke personen hebben het ouderlijk gezag? Hoe ‘krijgt’ men het en hoe raakt men het kwijt?

Tot nu toe hebben de ouders van een kind gedurende hun huwelijk of geregistreerd partnerschap van rechtswege het ouderlijk gezag over dit kind (art. 1:251 lid 1 en 253aa lid 1 BW). Voor de ouder en de niet-ouder die met elkaar zijn gehuwd of geregistreerd, is dit anders op grond van de ‘tenzij’-passage in art. 1:253sa lid 1 BW. In andere samenlevingsvormen of in geval van solitair zijn krijgt de vrouw uit wie het kind is geboren, na de geboorte het ouderlijk gezag (art. 1:253b BW). Een partner van deze vrouw kan samen met deze vrouw in het geval van art. 1:253c of 253d BW het ouderlijk gezag over dit kind verzoeken; in het geval van art. 1:252 jo. art. 1:244 BW volstaat een aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister ter griffie van de rechtbank, die weliswaar in de praktijk veelal via een advocaat zal geschieden, maar noodzakelijk is dit niet. De dood beëindigt het ouderlijk gezag van de desbetreffende ouder. Hoewel art. 1:246 BW duidelijk stelt dat o.a. minderjarigen onbevoegd zijn tot het gezag en art. 1:253b lid 1 BW herhaalt dat het moederschap alleen niet het onbevoegd zijn tot het gezag opheft, biedt art. 1:253ha lid 1 BW een mogelijkheid om alsnog door middel van een verzoek aan de kinderrechter bevoegd tot het gezag te worden: ‘De minderjarige vrouw die als degene die het gezag heeft, haar kind wenst te verzorgen en op te voeden kan, indien zij de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt, de kinderrechter verzoeken haar meerderjarig te verklaren’. De tekst van deze bepaling moet natuurlijk zo worden gelezen dat de 16- of 17-jarige moeder die het gezag graag wil hebben, door de uitspraak van de kinderrechter meerderjarig en daardoor pas bevoegd tot het gezag wordt (zie art. 1:246 BW).

Daarnaast kan een ouder door het in kracht van gewijsde gaan van een rechterlijke uitspraak van het ouderlijk gezag ontheven of ontzet worden (afdeling 1.14.5 BW: ‘Ontheffing en ontzetting van het ouderlijk gezag’, art. 1:266-278 BW).

Beide ouders zijn niet alleen sterk betrokken bij het directe opvoeden en verzorgen van hun kind in de huiselijke omgeving. Zij vormen ook een belangrijke verbinding tussen het kind en allerlei openbare instanties, gemeente, school etc. In alle voorkomende situaties nemen zij niet alleen namens het kind, maar vooral ook in het belang van het kind beslissingen.

7.4 Andere vormen van gezag

Bij overlijden van een ouder oefent de overlevende ouder van rechtswege het gezag over het kind dan wel kinderen uit, indien hij het gezag op dat moment al uitoefende (art. 1:253f BW). Indien een ouder overlijdt en kinderen en een niet-ouder, die tezamen met de overledene het gezag uitoefende, achterlaat, wordt deze laatste van rechtswege voogd op grond van art. 1:253x lid 1 BW. Art. 1:253x lid 2 BW opent de mogelijkheid van een verzoek door deze overlevende ouder aan de rechtbank om de voogdij van de niet-ouder in gezag voor hem zelf, de ouder, om te zetten. Art. 1:253x lid 3 BW heeft de ouder hierbij echter niet de gebruikelijke voorrangspositie boven de niet-ouder gegeven, nu de art. 1:253g en 253h BW zijn uitgeschakeld.

Bij uiterste wilsbeschikking dan wel door het laten opnemen in het register, bedoeld in art. 1:244 BW (gezagsregister), kan een ouder ook volgens art. 1:292 lid 1 BW nog bepalen welke persoon dan wel welke twee personen na zijn dood als voogd dan wel als gezamenlijke voogden het gezag over zijn kind dan wel kinderen zal of zullen uitoefenen.¹⁵⁴ De door een ouder benoemde voogd moet na het overlijden van de ouder nog wel deze voogdij aanvaarden (art. 1:280, aanhef en onder a, BW). Art. 1:293 BW somt de omstandigheden op waaronder deze door de ouder getroffen regeling geen gevolg heeft of vervalt.

Gezamenlijk gezag moet soms wel, soms niet worden verzocht. Dit hangt ervan af of gezamenlijk gezag van rechtswege ontstaat dan wel moet worden verzocht en dus slechts bij rechterlijke beschikking tot stand kan komen. De art. 1:251 lid 1, 253aa lid 1 en 253sa lid 1 BW beschrijven de personen die van rechtswege het ouderlijk gezag c.q. gezamenlijk gezag van ouder en niet-ouder krijgen met de kleine beperking van de slotpassage van art. 1:253sa lid 1 BW (vanaf 'tenzij'). In de geïnstitutionaliseerde samenlevingsvormen van het huwelijk en geregistreerd partnerschap kunnen vanaf 1 april 2014 dus alle personen, hetero- dan wel homoseksueel, het ouderlijk gezag uitoefenen. Opvallend in deze is dat de erkennende persoon vanaf het moment van de erkenning ex art. 1:203 lid 2 BW wel de tot het gezag bevoegde ouder is geworden, maar tot dat moment nog nooit het gezamenlijk gezag met de moeder heeft uitgeoefend en dit gezag nu ook niet van rechtswege verkrijgt. Hij zal hiertoe actie moeten ondernemen, hetzij langs de weg van art. 1:252 BW, hetzij langs de weg van art. 1:253c of 253d BW. Een verzoek om beiden met het gezamenlijk gezag te belasten kan zowel door de moeder als door de erkennende ouder van het kind worden gedaan ex art. 1:253c leden 1 en 5 BW. In tegenstelling tot bijvoorbeeld art. 1:207 lid 1, onder a, BW wordt in art. 1:253c leden 1 en 5 BW duidelijk gemaakt welke moeder uit art. 1:198 lid 1 BW wordt bedoeld: de moeder uit wie het kind geboren is (dus die onder a). Kennelijk zijn ook voor de wet voor wat betreft het gezamenlijk gezag niet alle juridische moeders gelijk.

¹⁵⁴ Art. 1:292 lid 1 BW, zoals dit luidt sinds 1 april 2014 (Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486; zie de vorige voetnoot).

Vanaf 2009 behoeft bij gehuwde of geregistreerde homoseksuele paren geen verzoek voor gezamenlijk gezag meer te worden ingediend. De tekst van art. 1:253aa lid 1 BW eist niet langer dat het kind staande, uit of binnen het geregistreerd partnerschap is geboren (evenmin als art. 1:251 lid 1 BW geboorte staande, uit of binnen het huwelijk eist).¹⁵⁵

In de lesbische relatie krijgt de niet-barende vrouw die niet-ouder is, automatisch dit gezag, indien het kind tijdens het huwelijk of het geregistreerd partnerschap is geboren en er geen andere ouder is, dus het kind het gevolg is van inseminatie met het zaad van een onbekende donor (art. 1:253sa lid 1 BW). Indien er wel een andere ouder is die in een familierechtelijke betrekking tot dit kind staat, de juridische ouder, moeten de aanvragers wel een verzoek ex art. 1:253t lid 1 BW bij de rechtbank indienen. In de lesbische relatie kan deze andere ouder de 'bekende' donor zijn, die het kind met toestemming van de moeder heeft erkend. Het verzoek wordt slechts toegewezen indien aan de voorwaarden van art. 1:253t lid 2 BW is voldaan en het toewijzen niet de belangen van het kind verwaarloost (art. 1:253t lid 3 BW). Opmerkelijk is de negatieve lading in laatstgenoemde bepaling: 'dat bij inwilliging (van het verzoek; toevoeging PK) de belangen van het kind zouden worden verwaarloost', zoals ook in het oude, intussen gewijzigde, art. 1:204 lid 3 BW stond: 'indien de erkenning (...) de belangen van het kind niet zou schaden'.

Dit klinkt heel anders dan de vaak voorkomende formuleringen dat maatregelen altijd moeten worden genomen in het belang van het kind of dat de belangen van het kind de hoogste prioriteit hebben. Kennelijk vindt bij bepaalde rechterlijke uitspraken die de onderlinge relatie tussen kind en ouders of andere gezagsdragers betreffen, een iets andere afweging van belangen plaats. Verder gelden de voorwaarden dat de verzoekers al minstens één jaar tezamen voor het kind hebben gezorgd en dat de ouder drie jaar eenhoofdig gezag achter de rug heeft (art. 1:253t lid 2 BW).

7.5 Samenvatting

Dit hoofdstuk maakte duidelijk dat de nieuwe visie op de afstamming het juridisch ouderschap en niet het gezin of de gezagsverhoudingen hierbinnen herdefinieert. Er behoeft geen enkele relatie te bestaan tussen dit juridisch ouderschap en de vorm van het gezin waarin het kind wordt verzorgd en opgevoed. Inhoudelijk zullen derhalve geen verschuivingen plaatsvinden in de gezagsverhoudingen tussen het kind en zijn opvoeders.

¹⁵⁵ Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 210a.

8 | De natuurlijke of medisch geassisteerde voortplanting

8.1 Voortplanting vroeger: men kreeg wel of geen kind!

Vroeger was alles eenvoudig. Na het plegen van de geslachtsdaad vond een bevruchting met geslaagde innidatie en graviditeit plaats of niet. Men kreeg kinderen of men bleef kinderloos. Veel van de kinderloze paren bleven ongewild kinderloos. Deze paren moesten zich schikken in het onvermijdelijke: leven zonder de vreugde van het hebben van een gezin. Kraaij c.s.¹⁵⁶ refereert aan het wetenschappelijk onderzoek waarin Verhaak c.s.¹⁵⁷ hebben aangetoond dat ‘mensen met vruchtbaarheidsproblemen over het algemeen een verhoogd risico lopen om psychische problemen te krijgen, met name depressie- of angstklachten’. Ook het Europees Instituut voor Bio-ethiek onderschrijft in april 2010 de problemen voor de kinderloze koppels.¹⁵⁸ Het Besluit begint met: ‘We kunnen onmogelijk onverschillig blijven ten opzichte van het gemis van koppels die geen kinderen kunnen krijgen. In het bijzonder mogen we het leed en de ontredde van vrouwen die te maken hebben met een probleem aan de baarmoeder niet negeren. Maar hun verlangen naar een kind, hoe begrijpelijk en eerbiedwaardig dit verlangen ook moge zijn, kan op zich geen rechtvaardiging zijn voor het legaliseren van het draagmoederschap’. Om in de volgende alinea door te gaan met: ‘We stellen vast dat er doortastende redenen van antropologische, juridische, ethische en sociaal-politieke aard bestaan die het weigeren van de legalisatie van het draagmoederschap staven’. Voor alle duidelijkheid: deze stellingname dateert van april 2010 en staat in schril contrast met de aanbeveling van de World Health Organization in 2006.¹⁵⁹

Onder het hoofdstuk ‘Sexual and reproductive health’ wordt in het onderdeel ‘Infertility’ verder ingegaan op de ongewilde kinderloosheid. Het volgende citaat is hierbij van belang:

‘Worldwide, couples view infertility as a tragedy which carries social, economic and psychological consequences. In 1965, the 18th World Health Assembly recognized that under the

156 Kraaij 2009.

157 Verhaak 2005, p. 2253-2260 en Verhaak 2007, p. 27-36.

158 Montero 2010, p. 1-13.

159 WHO. Bron: www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/en/index/html.

auspices of family planning, building a family should be the free choice of the individual couple. In 2006, the UN General Assembly adopted the Secretary-General's report recommending the inclusion of the target to achieve universal access to reproductive Health under the Millenium Development Goal 5, improve maternal health'.

Verder is interessant dat de WHO onvruchtbaarheid ('infertility') definieert:¹⁶⁰

'Infertility is a 'disease of the reproductive system defined by the failure to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of regular sexual intercourse' en

'Infertility is the inability of a sexually active, non-contracepting couple to achieve pregnancy in one year'.

Ook de betekenis van de 'disability' in relatie met de zorg wordt gegeven:

'Infertility generates disability (an impairment of function), and thus access to health care falls under the Convention on the Rights of Persons with Disability'.

Dit onvermogen tot procreatie is gerelateerd aan de leeftijd waarop wordt gestart. Met andere woorden: met het voortschrijden der jaren neemt voor vrouwen de kans om zwanger te worden af. Dit is fysiologisch bepaald. Ook vroeger wilden de mensen niet altijd op jonge leeftijd kinderen krijgen, maar het nog niet beschikbaar zijn van anticonceptie of andere zwangerschapsvermijdende middelen leidde vaak tot het op relatief jonge leeftijd krijgen van kinderen, soms veel kinderen. De als remedium voorgestelde periodieke onthouding had heel vaak niet het gewenste gevolg. Alleen permanente onthouding zou het moment waarop men kinderen krijgt, en het aantal kinderen hebben kunnen beïnvloeden. Enerzijds leidde de complexer wordende samenleving, met de daarbij behorende emancipatie van de vrouw, tot een uitstellen door de vrouw van het tijdstip waarop met procreatie werd begonnen. Anderzijds kwamen ook middelen en methoden beschikbaar om deze wens te realiseren. Zonder volledig te willen zijn worden hier genoemd de pil, de prikpil, het condoom, het pessarium, het spiraaltje en uiteindelijk ook nog de 'morning after'-pil en als ultimum refugium de abortus provocatus lege artis.

De legitieme wens van de vrouw om eerst carrière te maken (overigens mag de wens van de man in een samenlevingsrelatie om ook eerst carrière te maken alvorens aan kinderen te willen beginnen niet onvermeld blijven) en de mogelijkheid om het moment van kinderen krijgen naar een later tijdstip te verschuiven, hebben het aantal ongewild kinderloze paren helaas fors doen toenemen. Betrof dit aantal aanvankelijk alleen heteroseksuele paren, zeker na de legalisering van het homohuwelijk ontstond natuurlijk ook bij deze paren een gerechtvaardigde wens om een gezin te stichten.

160 WHO. Bron: www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/index/html.

8.2 Nieuwe vormen van voortplanting

Omstreeks 1978 was de medische wetenschap in staat, na eerdere successen met KI, om in vitro, buiten het lichaam van een vrouw, een bevruchting tot stand te brengen, gebruikmakend van een geaspireerde eicel en een zaadcel. De eerste baby die op deze wijze werd geboren, was Louise Brown in Engeland. De behandeling werd uitgevoerd door de gynaecoloog Steptoe en de embryoloog Edwards. Hoewel dit op zichzelf al heel bijzonder was, het laten samensmelten van het erfelijk materiaal van twee mensen met de daarop volgende spontane delingen totdat er een jong embryo ontstond, was de grootste technische uitdaging om deze jonge vrucht de gelegenheid te geven zich natuurlijk verder te ontwikkelen. Hiervoor moest een uterus van een vrouw zo receptief gemaakt worden, dat de kans op innidatie, na inbrengen van het embryo, zo groot mogelijk zou worden. Pas na deze geslaagde innesteling is er sprake van een zwangerschap, die kan, maar niet altijd hoeft te eindigen in de geboorte van een kind. De constante betrokkenheid van de medische wetenschap met het verdriet van kinderloze echtparen heeft uiteindelijk geleid tot een zeer geavanceerde techniek van medisch geassisteerde voortplanting.

Bij de ongewilde kinderloosheid die niet het gevolg is van het proces van uitstellen, maar die terugvoert op het onvermogen van één of beide partners om tot een geslaagde bevruchting en/of graviditeit te geraken, spelen beide partners een belangrijke rol.

De wil om hier medisch volledig te zijn is niet zinvol, omdat de oorzaken zeer divers zijn. Tijdens de onder normale omstandigheden hormonaal geïnduceerde ovulatie komt ongeveer één keer per maand een eicel vrij die, nadat deze in de eileider bevrucht is met de zaadcel van de man, zich verder deelt en uiteindelijk in een hormonaal voorbereide uterus zich innestelt om vervolgens na negen maanden tot een geboorte te leiden. Bij de man is het proces wat simpeler. De in zijn testes, onder invloed van hormonen, tot ontwikkeling gekomen spermatozoa moet hij op het juiste tijdstip en op een geschikte plaats in de vrouw afleveren. Deze zaadcellen moeten vervolgens op eigen kracht de lange weg door de, soms vijandige, baarmoederhals, baarmoeder en eileider afleggen om vervolgens een eicel te vinden en te penetreren. En in al deze fasen kan er iets fout gaan. Gezien het toch beperkte aantal geboorten gaat het natuurlijk ook vaak fout. Alleen bij ongewild kinderloze relaties gaat het altijd fout. Na de medische diagnose in welke fase het altijd fout gaat, kan steeds meer medische hulp gegeven worden om uiteindelijk toch nog tot een geslaagde zwangerschap te komen. Echter, bij het onderzoeken en ontwikkelen van de ondersteuningstechnieken bleek steeds weer de grote mate van uitwisselbaarheid van de te gebruiken spermatozoa, oöcyten en baarmoeders. Aan wie de drie 'ingrediënten', nodig om tot een geslaagde zwangerschap te geraken, behoren of behoorden, bleek hierbij irrelevant. Tussen het kind en de ouder(s) behoefde geen biologische of genetische verwantschap te bestaan. En juist deze wetenschap heeft ertoe geleid dat het draagmoederschap niet langer beperkt bleef tot de vorm zoals deze al in het Oude Testament beschreven wordt, en toch nog relatief vaak illegaal ook in deze tijd

wordt toegepast. Zolang een normale bevalling kan plaatsvinden zonder de aanwezigheid van een 'officieel' persoon (arts, vroedvrouw of verpleegkundige), kan dit kind illegaal worden aangegeven als het kind van een andere vrouw. Volgens art. 236 Sr betreft dit dus 'verduistering van staat', waarop een gevangenisstraf van maximaal vijf jaar of een geldboete van de vierde categorie staat. (*In de tijd dat de auteur als medicus practicus werkte, bestond voor deze kinderen zelfs een aparte term. Dit kind was een 'KIB', kind in bed, geboren zonder enige 'medische' hulp. De pakkans bij deze vorm van fraude bleek relatief klein.*)

Terug naar de medische vormen van assistentie bij voortplanting. De oudste vorm is de kunstmatige inseminatie. Onderscheid moet hier worden gemaakt tussen het gebruik van het eigen zaad of van het zaad van een donor. Allerlei opwerkings-technieken kunnen het 'slechte' zaad van de eigen echtgenoot (eigenlijk van iedere man) optimaliseren, zodat bij kunstmatige inseminatie alsnog de kans op bevruchting toeneemt. Ook bij een onvermogen van de man om het zaad ter plaatse te brengen, een bepaalde vorm van impotentie, lichamelijke afwijkingen of zogenaamde 'cervical hostility' van de vrouw kunnen met het eigen zaad van de man een of meer KI-pogingen worden ondernomen. Bij mannen die zeer 'slechte' spermatozoa hebben (veel te weinig in aantal (*oligospermie*), te weinig levende (*necrospermie*) of te weinig mobiele), of bij mannen die geopereerd zijn aan de testes, bestraald zijn in verband met tumoren of belast zijn met een erfelijke ziekte of afwijkingen, wordt gebruik gemaakt van donorsperma. Was deze donor aanvankelijk volledig anoniem, na de invoering van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting in 2004 is deze anonimiteit opgeheven. Het opheffen van deze anonimiteit is overigens unilateraal. Het kind kan gefaseerd, overeenkomstig de leeftijdsgrenzen gesteld in deze wet, informatie krijgen over de donor. De donor zelf kan geen activiteiten ontwikkelen om achter de identiteit van de met zijn zaad ontstane kinderen te komen. Het opheffen van de anonimiteit heeft overigens geen afstammingsrechtelijke gevolgen. Sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 26 juni 2009¹⁶¹ wordt voor de toepassing van de alimentaire vaderschapsactie van art. 1:394 BW (dus niet voor de toepassing van bijvoorbeeld de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap in de zin van art. 1:207 BW) in beginsel de donor vermoed de verwekker te zijn behoudens door hem te leveren tegenbewijs. Dit tegenbewijs kan bestaan in de geregistreerde donatie van zijn zaad aan de zaadbank onder vigeur van de Wdkb. In dit geval bestaat er dus geen verplichting tot levensonderhoud. Deze wet volgt derhalve al de in dit proefschrift voorgestelde systematiek. In tegenstelling tot het geldend recht is de donor in deze systematiek geen biologische, genetische of juridische ouder, omdat de donor niet degene is die de daad gepleegd heeft of heeft laten plegen met de bedoeling om zelf een nakomeling te krijgen.

161 HR 26 juni 2009, NJ 2009/388, m.nt. S.F.M. Wortmann; AA 2009, p. 561-565, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*biologisch vader of verwekker?*).

Het hebben van de intentie om ‘ouder’ te worden is zeer belangrijk, maar daarnaast is nog een tweede vereiste essentieel: men moet ook een daad verrichten (of laten verrichten) om die intentie uit te voeren. En beide vereisten ontbreken bij de Wdkb-donor. Natuurlijk bestaat er een niet-toevallige (want de ‘match’ wordt niet door de donor, maar door de zaadbank uitgevoerd) genetische verwantschap tussen de donor en het kind, maar hij is niet de genetische vader. Hij heeft dit kind niet gewild en hij heeft er niets voor gedaan. Tot nu toe weet de donor theoretisch niet eens of zijn zaad wel gebruikt is. Hij heeft ook geen ‘ongewilde’ biologische activiteit uitgevoerd die hem nog tot verwekker in de oude zin van het woord zou kunnen maken. DNA-bewijs toont dus alleen de genetische verwantschap aan, niet het ‘vaderschap’. Niet voor niets gebruikt de HR de term ‘vermoed’. Zoals eerder gesteld, wordt in het voorliggende voorstel ook de verkrachter buiten het huwelijk de juridische vader, omdat hij de geslachtsdaad heeft verricht waarvan hij wist dan wel behoorde te weten dat dit tot de verwekking van een kind zou kunnen leiden. Hier prevaleert het ‘weten dat (...)’ boven de ‘bedoeling om voor zich zelf (...)’ (zie hoofdstuk 12).

De auteur herhaalt hier nogmaals dat hij vindt dat de Hoge Raad¹⁶² in zijn overweging bij de Valkenhorst-uitspraak ten onrechte voor de natuurlijke moeder een medeverantwoordelijkheid voor het bestaan van een kind creëert, indien deze verantwoordelijkheid verder gaat dan het bedrijven van de geslachtsdaad. Het louter geboren worden uit de vrouw zou dan natuurlijk, *mutatis mutandis*, ook moeten gelden voor de draagmoeder en voor de sperma- en eiceldonor als ‘medeverantwoordelijken’ door de schenking. Dit ondanks het feit dat de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.3 expliciet stelt dat het in de betreffende uitspraak niet ging om ‘kunstmatige donorinseminatie’. Er was voor de Hoge Raad geen enkele noodzaak om in dit arrest iets over kunstmatige donorinseminatie te zeggen. Het ging hier alleen om een ‘natuurlijke’ moeder en een ‘natuurlijke’ onbekende vader.

Praktisch gezien is in de moderne voortplantingstechnologie de geboorte van een kind niet mogelijk indien er niet gebruik gemaakt zou kunnen worden van de baarmoeder van draagmoeders en van gedoneerde spermatozoa en oöcyten. Het gebruik van de term ‘medeverantwoordelijk’ gaat mogelijk in deze te ver. Immers, alle medische en paramedische hulpverleners zouden dan ook medeverantwoordelijk moeten zijn voor het ontstaan van het kind.

De kunstmatige inseminatietechniek wordt allang toegepast en op deze wijze worden volgens het NBVKI per jaar ongeveer 700 kinderen geboren.¹⁶³ Per jaar verzoeken circa 1100 heteroseksuele paren om KID. Daarnaast maken ongeveer 250 lesbische paren en 100 alleenstaanden gebruik van KID. Al deze getallen berusten op schattingen van het NBVKI.¹⁶⁴ Dit aantal betreft alle via een instituut uitgevoerde inseminaties met bekende (homologe) of ‘onbekende’ (heterologe) donoren. Naast deze officiële groep bestaat ook nog het duistere circuit van de zelfinseminaties. Hierbij brengen vrouwen zelf het door een man geproduceerde

162 HR 15 april 1994, *NJ* 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*).

163 NBVKI staat voor Nederlands-Belgische Vereniging voor Kunstmatige Inseminatie. Dit is een vereniging van medewerkers van spermabanken, klinisch embryologen, gynaecologen en anderen die betrokken zijn bij de behandeling met donorzaad, opgericht op 20 juni 1990.

164 Janssens 2005, p. 1412-1416.

zaad op de juiste plaats. Iedere vorm van controle ontbreekt. Niet alleen vindt geen enkele controle plaats van de medische achtergrond van de ‘goede gever’ of van de kwaliteit van zijn sperma (HIV-besmet?), maar ook onttrekken deze inseminaties zich aan de Wdkb, omdat deze alleen de donoren betreft, die volgens deze wet ‘opereren’.

De zwangerschap, de bevruchting in de vrouw, wordt dus tot stand gebracht met het zaad van de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel of, met toestemming van de zojuist genoemde personen, met het zaad van een donor. De wetgever had en heeft geen enkel probleem. De echtgenoot, geregistreerde partner of andere instemmende levensgezel wordt de juridische ouder hetzij van rechtswege op grond van een van de onderdelen van art. 1:199 BW, hetzij anderszins, ook conform het nieuwe voorstel. In het eerste geval wordt het eigen zaad gebruikt voor deze homologe inseminatie en bestaat een genetische verwantschap; in het tweede geval heeft een heterologe inseminatie plaatsgevonden, maar voor de wetgever maakt dat, terecht, niets uit. Mogelijk ten overvloede: de eerste groep mannen heeft geen biologische activiteit gepleegd, deze personen zijn dus in de nieuwe definitie geen biologische vader, maar zij hebben wel hun eigen geslachtscellen gebruikt: zij zijn de genetische en juridische vader. De tweede groep mannen heeft ook geen biologische activiteit gepleegd, maar zij hebben de door een ander geschonken gameten voor deze zwangerschap gebruikt: zij zijn alleen de juridische vader.

8.3 Juridisch moederschap bij de nieuwe voortplantingstechnieken

Op deze plaats zullen opnieuw, maar nu extensiever dan in paragraaf 2.2, de problemen van de vrouw worden behandeld, omdat dit de essentie van het voorliggende voorstel duidelijk maakt.

Voorbeeld 1:

Een vrouw ‘produceert’ in haar vruchtbare leeftijd normaal maandelijks een oöcyt, maar ondanks alle inspanningen komt geen bevruchting tot stand, niet op de normale manier en zelfs niet met KI. Kennelijk zijn de omstandigheden voor een bevruchting niet optimaal. Zoals al eerder is beschreven, begint voor het toekomstig kind de ‘struggle for life’ op het moment waarop de man zijn sperma in de vagina van de vrouw heeft gebracht. De spermatozoa moeten vanaf dat ogenblik een lange reis afleggen door soms vijandig gebied (‘cervical hostility’), soms sterk vervormd gebied (tubaverklevingen) alvorens de eicel te bereiken. En als dat gelukt is en er ook een samensmelting van deze twee gameten tot een zygote heeft plaatsgevonden, komt het volgende probleem: de innesteling. Het klinkt mogelijk banaal, maar een geslaagde innesteling is zeer vaak een kwestie van een goede ‘timing’. Het embryo moet op het juiste moment de geoptimaliseerde baarmoeder bereiken. Om tegenwoordig de kans op een kind te vergroten wordt gebruik gemaakt van moderne technieken. Na extra hormoonstimulatie wordt bij de vrouw een aantal ‘rijpe’ oöcyten geaspireerd (‘gepuncteerd’). Deze eicellen worden in een laboratoriumomgeving (waar

veel reageerbuisjes staan, waardoor abusievelijk de term 'reageerbuisbaby' is ontstaan) samengebracht met de geoptimaliseerde spermatozoa. Hierbij kunnen spontane samensmeltingen plaatsvinden, die tot de vorming van jonge embryo's leiden. Een nieuwere, in België ontwikkelde techniek is de ICSI, waarbij actief erfelijk materiaal van de zaadcel in de eicel wordt gebracht. Na een aantal delingen van het jonge embryo wordt dit in de hormonaal voorbereide baarmoeder van de vrouw teruggeplaatst, de zogenaamde embryotransfer. Pas na een succesvolle innidatie is sprake van een zwangerschap, die tot de geboorte kan leiden van een kind, waarvoor deze vrouw ook het erfelijk materiaal heeft geleverd. Sinds kort is het ook mogelijk eicellen door middel van bevriezing te conserveren, de zogenaamde cryoconservatie. Dit is een nieuwe tak aan de boom van de medische voortplantingstechnologie. Nu kunnen ook de eicellen, zelfs jonge embryo's, bewaard worden tot het tijdstip waarop de vrouw (en haar partner) opnieuw een kind wil(len) hebben, ondanks het feit dat zij door een operatie of bestraling geen functionerende ovaria, maar nog wel een uterus heeft.

En nu komt de juridische crux.

Bij deze zogenoemde hoogtechnologische voortplantingstechniek wordt gebruik gemaakt van sperma, één of meer eicellen en een hormonaal voorbereide baarmoeder.

De drie individuele ingrediënten voor een bevruchting en daarop volgende innidatie en zwangerschap kunnen, zoals eerder al gesteld, van ieder willekeurig iemand stammen. En ieder willekeurig iemand kan deze ingrediënten beschikbaar stellen. Of anders gezegd: de bevruchting is een instrumentele actie met 'anonieme' gameten die voor de verdere ontwikkeling in een 'anonieme' baarmoeder gebracht kunnen worden.

In de eerder beschreven casus werd uitgegaan van het feit dat de vrouw haar eigen baarmoeder gebruikt om de haar genetisch verwante vrucht te laten groeien. Hoewel hier dezelfde hoogtechnologische methode wordt gebruikt om tot de bevruchting met aansluitende geboorte te komen, is dit de facto en de iure natuurlijk geen draagmoederschap.

Voorbeeld 2:

In het geval dat de vrouw nog wel een functionerende baarmoeder heeft, maar geen oöcyten (meer) produceert, kan met behulp van de medische wetenschap nog worden geprobeerd aan de kindervens van dit paar te voldoen. Hiervoor moet door een andere vrouw, in de praktijk meestal een familielid of goede bekende, een eicel worden geschonken. Dit zal een eicel zijn die op dezelfde wijze wordt verkregen als eerder beschreven: hormoonstimulatie, echocontrole van de ovaria met uiteindelijk aspiratie van eicellen. Ondanks de eenvoud van de beschrijving is dit voor de vrouw, in dit geval niet de toekomstige moeder, een zeer belastende ingreep.

Bij een optimale stimulatie worden bij de aspiratie meestal meerdere eicellen verkregen. De niet gebruikte eicellen kunnen worden vernietigd, worden bewaard voor een latere, nieuwe conceptie of via de eicelbank aan een andere vrouw worden gegeven. Ook deze donaties worden geregeld in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, analoog aan de spermadonoren.

De overeenkomst tussen de zelfinseminatie van de vrouw en het krijgen van een eicel van een andere vrouw na medische behandeling is, dat in beide gevallen een

relatie tussen donor en acceptor bestaat. Het grote verschil is echter dat voor de zelfinseminatie geen medische hulp nodig is en voor het krijgen van de eicellen wel. Hoewel deze eerste eiceldonatie niet onder de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting valt, is hier wel sprake van een intensieve screening van de donerende vrouw, in tegenstelling tot het duistere circuit van de zelfinseminatie.

Juist de belasting van het screenende onderzoek en de daarop volgende medische behandeling leidt ertoe dat deze vorm van eiceldonatie vaak beperkt blijft tot 'intieme' relaties tussen donor en acceptor: moeder en dochter, twee zussen of zeer hechte vriendschapsrelaties. Na de in-vitrofertilisatie wordt het embryo getransfereerd naar de baarmoeder van de 'infertiele' vrouw. In het huidige recht wordt deze vrouw na de geboorte van het kind (eigenlijk niet haar kind) de juridische moeder ex art. 1:198 lid 1, aanhef en onder a, BW.

Ook in de nieuwe opvatting is het juist om te zeggen dat zij de biologische moeder is, omdat zij immers het kind heeft gebaard. Verder heeft zij geen biologische actie ondernomen die tot deze geboorte heeft geleid. Zij is niet genetisch verwant met het kind. Zij heeft namelijk de eicel van een ander gebruikt. Maar zij blijft ook in de nieuwe voorstellen wel de juridische moeder, omdat zij met de intentie om moeder te worden daden (IVF en embryotransfer) heeft laten verrichten die uiteindelijk tot de geboorte van dit kind hebben geleid.

Indien gebruik gemaakt is van spermadonatie door een andere man dan de echtgenoot of geregistreerde partner, behoeft er zelfs geen enkele genetische verwantschap te bestaan tussen de juridische ouders en het kind. In dit geval wordt de echtgenoot of geregistreerde partner van rechtswege ex art. 1:199, onder a, BW zonder biologische activiteit of genetische verwantschap met het kind, ook juridisch vader.

Ook hier is de *facto* niet sprake van een draagmoeder: de vrouw draagt weliswaar de bevruchte eicel van een andere vrouw, maar doet dat voor zichzelf. De *iure* wordt deze vrouw na de geboorte in het huidige en ook voorgestelde recht de juridische moeder.

Bij het volgen van het in dit proefschrift ingenomen standpunt wordt het onderscheid tussen 'de *facto*' en 'de *iure*' weggenomen. Immers, de barendes vrouw heeft alles in het werk gesteld om tot deze zwangerschap te komen. Zij is de juridische moeder, punt uit.

Voorbeeld 3:

De derde mogelijkheid bij de vrouw is, dat bij een gehuwd of geregistreerd paar de vrouw wel eicellen produceert, maar geen functionerende baarmoeder bezit of voor wie een zwangerschap een levensbedreigende belasting vormt. Op de bekende wijze levert deze vrouw haar eicellen aan de instelling waar de IVF zal plaatsvinden. Na het tot stand brengen van de conceptie moet het embryo worden getransfereerd naar de baarmoeder van een vrouw die bereid is om voor dit paar negen maanden zwanger te zijn en daarna een kind te baren.

Hoewel hier duidelijk de *facto* sprake is van draagmoederschap (op het moment van de conceptie en innidatie heeft de dragende vrouw niet de bedoeling om voor haar zelf een kind te baren), wordt ook deze vrouw na de geboorte van rechtswege de juridische moeder. Dit ondanks het

ontbreken van de genetische verwantschap en de initiële bedoeling om een kind te krijgen. Haar ‘biologische’ activiteit beperkt zich tot de baring. In de nieuwe definitie is deze vrouw in geen enkele zin moeder. De enige vrouw die recht heeft op het juridisch moederschap, is de vrouw die met haar eikel een bevruchting tot stand heeft laten komen. Het blote feit dat de barende vrouw in negen maanden een affectieve relatie met de in haar groeiende, vreemde, vrucht heeft opgebouwd, voldoet voor het recht om toe te geven aan het vermoeden, verwoord in art. 1:198 BW. En tot overmaat van ramp wordt de echtgenoot of geregistreerde partner van deze barende vrouw ook juridisch vader op grond van art. 1:199, onder a, BW, terwijl voor de IVF het zaad van de echtgenoot (of geregistreerde partner) van de wensmoeder is gebruikt.

Voorbeeld 4:

Voor de volledigheid moet hier ook nog de situatie worden beschreven van de vrouw die een kindwens heeft, geen eicellen produceert en geen functionerende baarmoeder heeft of een contra-indicatie heeft voor een zwangerschap. Hierbij is het zaak een vrouw te vinden die haar eikel levert en die de zwangerschap wil ondergaan. Indien KI plaatsvindt, omdat de echtgenoot of geregistreerde partner van de wensmoeder onmachtig is of, wat meer voor de hand ligt, omdat de echtgenoot of geregistreerde partner van de aanstaande zwangere vrouw niets anders toestaat, moet medische assistentie gevraagd worden. Zelfinseminatie is echter ook mogelijk.

In het huidige recht is deze zwangere vrouw na de bevalling de juridische moeder. Er bestaat wel een genetische verwantschap, maar ook deze vrouw heeft op het moment van de conceptie en de daarop geslaagde innidatie nooit de bedoeling gehad om voor zichzelf een kind te baren. De dragende vrouw had slechts de initiële wens om alleen mee te werken aan deze zwangerschap voor een ander en niet om zelf moeder te worden. En daarom is het absoluut onjuist om deze vrouw het juridisch moederschap, waarvoor zij mogelijk pas in een zeer laat stadium opteert, van rechtswege te gunnen. Meer dan in de vorige casus is hier echter invoelbaar dat in het verloop van de zwangerschap bij deze draagmoeder een affiniteit ontstaat met de in haar groeiende vrucht, die ontstaan is uit haar eigen eikel.

8.4 Het kind uit een draagmoeder geboren: willoze speelbal tussen twee ‘moeders’ of twee staten

Op dit ogenblik zijn de betrokken vrouwen, te weten de dragende, barende vrouw en de wensmoeder, afhankelijk van elkaars willekeur. Hoewel altruïstisch draagmoederschap op zich niet verboden is, ontstaat door de nietigheid van een draagmoederschapsovereenkomst, op grond waarvan de geboortemoeder na de geboorte kan worden verplicht het kind af te staan aan de wensouders en de wensouders kunnen worden verplicht om het kind te accepteren, een juridisch vacuüm, dat onduidelijkheden en mogelijke conflicten in de hand werkt. Wat in niet-draagmoederschapconstructies, dus in bijna 100% van de geboorten, als normaal wordt ervaren (kunt u zich voorstellen dat een barende vrouw in de verloskamer tegen de vroedvrouw zegt: ‘Dit kind wil ik niet hebben, omdat (...)’?), wordt nu ineens een punt waarover moeilijk wordt gedaan. Indien vastgesteld kan worden wat de bedoeling van de twee partijen was bij het tot

stand brengen van de conceptie en aansluitende zwangerschap, dient overeenkomstig deze bedoeling de verantwoordelijkheid voor dit kind bij de meest gerede partij te liggen. Omdat in de huidige perceptie van het ontstaan van een kind de geboorte als ijkpunt wordt genomen en de overeenkomst een impliciete nietigheid kent vanwege een ongeoorloofd voorwerp, overdracht van een kind, blijft deze onduidelijkheid voor het kind bestaan. En in dit krachtenspel is het kind de willoze speelbal naar wie de wetgever slechts kijkt, maar voor wie hij niets doet.

Het is zaak om deze zware beschuldiging te expliciteren. Op dit moment mag tussen geboortemoeder en wensmoeder niets worden geregeld met betrekking tot de overdracht van het kind. Dit betekent in concreto dat de geboortemoeder wel of niet kan besluiten om het kind over te dragen. Niemand anders dan de geboortemoeder bepaalt wat zij met dit kind gaat doen. Het kind is volledig afhankelijk van haar grillen. Ook de wensmoeder kan haar eigen belangen boven die van het kind stellen. Immers, de nietigheid van de overeenkomst om de overdracht verplicht te stellen sluit ook de plicht tot acceptatie uit. Indien de geboortemoeder zich aan de afspraken houdt, en hier wordt in het midden gelaten waarom, kan de wensmoeder het kind wel of niet accepteren. Ook hier wordt op geen enkele wijze rekening gehouden met de belangen van het kind.

Het kind heeft niet gevraagd om geconcipieerd te worden. Dit geldt overigens voor ieder kind. De geboorte van een kind is bijna altijd het gevolg van een daad van twee mensen die de bedoeling hebben gehad om een kind te krijgen. Dit begrip wordt vaak herhaald, mogelijk voor sommigen te vaak, maar dit is de essentie van het hier gevoerde pleidooi.

Altijd zijn de mensen die verantwoordelijk zijn voor deze daad, ook verantwoordelijk voor het gevolg. Met name deze verantwoordelijkheid rechtvaardigt het juridisch vaderschap van de verkrachter, los van de morele verontwaardiging over de gepleegde daad.

Naast de kinderen die geboren worden uit draagmoederschappen waarin alle participanten de Nederlandse nationaliteit hebben en de geboorte in Nederland plaatsvindt, bestaat er ook nog de in aantal toenemende groep van kinderen die wordt geboren uit een buitenlandse draagmoeder. Deze groep moet worden gesplitst in twee hoofdgroepen.

Groep 1. De kinderen worden in Nederland geboren.

Groep 2. De kinderen worden in het buitenland geboren.

Het gehuwd zijn van de draagmoeder leidt evenals in Nederland in een aantal gevallen tot extra complicaties.

De juridische relaties tussen de draagmoeder (en eventueel haar echtgenoot), het kind en de wensouders worden in titel 10.5 BW (Afstamming) geregeld. Ondanks de fijnmazige regeling in deze titel blijft art. 10:6 BW leidend: 'Vreemd recht wordt niet toegepast, voor zover de toepassing ervan kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde'. Immers, in art. 10:100 lid 1, aanhef en onder c, BW staat: 'Een buitenslands tot stand gekomen onherroepelijke rechterlijke beslissing waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of

gewijzigd, wordt in Nederland van rechtswege erkend, tenzij de erkenning van die beslissing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde'. Deze zogenoemde openbare orde-exceptie bedreigt in feite ieder niet uit een Nederlandse draagmoeder geboren kind.¹⁶⁵

Terwijl het in Nederland geboren kind in de eerste alinea de speelbal is van twee personen, is de situatie voor het kind dat wordt geboren uit een buitenlandse draagmoeder, nog dramatischer.

Door het star vasthouden aan het 'mater semper certa est'-principe ontstaan uitgebreide problemen voor het kind dat uit een draagmoeder wordt geboren in een land waar het draagmoederschap is gelegaliseerd, en dat derhalve de nationaliteit van de wensouders (in de nieuwe visie dus de juridische ouders) heeft gekregen. Nederland, maar ook o.a. België en Engeland accepteren niet de toegekende nationaliteit op grond van strijd met de openbare orde. Het land van herkomst erkent de legale geboorteakte wel en dus heeft het kind niet de nationaliteit van dat land. Ergo: het kind is effectief stateloos en dus een speelbal van twee staten die beide hun eigen autonomie voor wat betreft het vage begrip van de openbare orde een hogere prioriteit geven dan het belang van het kind. Alleen via rechterlijke noodverbanden worden deze verwerpelijke situaties gecorrigeerd.¹⁶⁶ Bij het rechtsvergelijkend onderzoek in hoofdstuk 11 wordt bij het bespreken van enkele Europese landen waar het draagmoederschap is gelegaliseerd, hierop uitgebreid teruggekomen.

Ook indien een conflict een uitzondering is (bij een groot aantal draagmoederschappen in de Verenigde Staten bleek het aantal conflicten relatief klein; zie Teman 2008, 4.15), worden deze conflicten wel altijd zeer breed in de juridische literatuur uitgemeten. De positie van de drie participanten bleef dan toch een lange tijd onzeker. Afstand door de geboortemoeder en de adoptieprocedure, eindigend met de rechterlijke uitspraak, betekenen een lange periode van onzekerheid voor die partijen.

Dat de Nederlandse rechter in zijn uitspraak niet altijd de belangen van het kind meeweegt, blijkt uit een uitspraak waarbij de rechter geen argumenten aanwezig acht voor de afstand.¹⁶⁷

Het kind moest dus tegen de wil van de moeder in bij haar blijven, terwijl er een ouderpaar beschikbaar was, dat dit kind zeer graag wenste.

165 Curry-Sumner & Vonk 2013, paragraaf 3.

166 Rb. 's-Gravenhage 9 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BP3764: de geboorteakten van twee in Oekraïne uit een draagmoeder geboren kinderen worden niet erkend. De rechter verplicht de minister van Buitenlandse Zaken nooddocumenten uit te geven in het belang van de kinderen. Rb. Haarlem 10 januari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP0426: de geboorteakte van een in India uit een anonieme Indiase draagmoeder geboren kind wordt niet erkend. De voorzieningenrechter draagt aan de minister van Buitenlandse Zaken op om een nooddocument af te geven in het belang van het kind. Zie ook identieke Belgische zaken, o.a. Rb. Antwerpen 19 december 2008, Tijdschrift@ipr.be 2010, afl. 4, p. 140-144: geboorteakten van een uit een Oekraïense draagmoeder geboren tweeling, waarin de wensouders als de vader en moeder waren vermeld, worden niet erkend. Hierbij verwijst de rechter naar de art. 18, 21, 27 en 62 WIPR (Belgisch Wetboek van internationaal privaatrecht).

167 Rb. Rotterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0238.

8.5 De draagmoederschapsovereenkomst vanuit een ander perspectief gezien

Door acceptatie van de stelling dat het menselijk leven, gekoppeld aan bepaalde rechten en plichten, begint bij de conceptie en de aansluitende innidatie en dat deze conceptie een door mensen gewilde actie is, worden de hierboven beschreven problemen niet opgelost, maar voorkomen. Vanaf de conceptie en innidatie heeft dit zich ontwikkelende menselijk leven twee juridische ouders (door Van Beers 'betrokkenen' genoemd).¹⁶⁸ De baarmoeder waarin deze vrucht zich ontwikkelt, verandert niets aan het oorspronkelijke, hier ook letterlijk bedoelde, ouderschap. Na gedane arbeid draagt de vrouw na de geboorte van het kind dit over aan de rechtmatige ouders. Niet het kind, maar het dragen van het kind is voorwerp van de overeenkomst. Het bestaande juridische ouderschap impliceert ook dat de wensouders het kind moeten accepteren. Voor iedereen, ook voor het kind, is er vanaf de geboorte de gewenste duidelijkheid en is er geen noodzaak voor een afstands- of adoptieprocedure.

De vraag die zich opdringt, is natuurlijk: ontstaat er geen wildgroei, als het allemaal zo eenvoudig gaat? Het antwoord is al eerder gegeven en luidt: neen.

In alle gevallen waarin twijfel kan ontstaan over het juridisch vader- of moederschap, wordt een administratieve handeling vereist: een notariële akte van donatie. Deze akten worden in een register bijgehouden. Uit dit register blijkt ook dat de acceptor de nieuwe juridische eigenaar van het hem ter beschikking gestelde erfelijk materiaal is. Later wordt iets over de aard van dit register gezegd. Indien gebruik wordt gemaakt van medische assistentie bij de voortplanting, zal het instituut slechts handelend optreden, indien afschriften uit het register aanwezig zijn. Na de geboorte kunnen de juridische ouders tegen de wanpresterende vrouw die de baby niet afstaat (in de zin van dit proefschrift: niet teruggeeft), in rechte optreden. Er zijn immers schriftelijke bewijzen van het juridisch ouderschap aanwezig. Bij twijfel kan in bepaalde gevallen van genetische verwantschap altijd nog om DNA-bewijs worden gevraagd. Ook dan kunnen de 'juridische' ouders een actie wegens wanprestatie beginnen.

Indien alle consequenties met de vrouwen die zich als draagmoeder beschikbaar willen stellen, en de wensouders worden doorgesproken en ook worden vastgelegd, kan dat voor de desbetreffenden leiden tot een meer weloverwogen beslissing.

8.6 Begin van acceptatie van het draagmoederschap

Op dit moment vindt in de samenleving en dus ook in het wetgevend circuit een langzame verschuiving plaats naar een acceptatie van het draagmoederschap. Daarbij valt op, dat de definitie van het commerciële karakter vervaagt. Wel blijft de noodzaak dat nog steeds minstens één van de ouders genetisch verwant moet

¹⁶⁸ Van Beers 2009, p. 235.

zijn. Eigenlijk is dat een onacceptabele beperking voor kinderloze paren die de pech hebben beiden geen nakomelingen te kunnen krijgen. Waarom straft de wetgever deze mensen extra? Wat betekent dan art. 1 GW, dat inhoudt dat discriminatie, op welke grond dan ook, niet is toegestaan? Heeft deze discriminatie dan iets te maken met de emotie dat een kind dat genetisch verwant is met één ouder, beter af is dan zonder enige genetische band?

Het is evident dat alle adoptiefouders zich tegen deze stellingname zouden moeten verzetten.

Intussen is duidelijk geworden dat de wens om ouder te worden vaak voor kinderen een betere toekomst garandeert dan het enkele feit van ouder worden.

Deze eerdere veronderstelde stellingname zou ook suggereren dat kinderen die ontstaan zijn na KID, een mindere kans hebben dan andere kinderen. Slechtere vader? Kortom, de beperking is onjuist en in hoge mate discriminerend. Niet de genetische band bepaalt de kwaliteit van het ouderschap!

Ook hier geldt dat bij het doorwerken van de nieuwe visie in het familierecht, in het bijzonder op de afstamming, deze discriminatie vervalt. Iedereen heeft dezelfde rechten en als hij gebruik maakt van deze rechten, heeft hij daarna dezelfde rechten en plichten die uit het consumeren van het eerdere recht voortvloeien. In concreto betekent dit dat alle rechten zowel aan mannen als aan vrouwen toekomen, los van de samenlevingsvorm waarvoor deze personen kiezen. Deze absolute gelijkheid, zonder dat de overheid zich bemoeit (mag bemoeien) met de door personen gekozen samenlevingsvorm, leidt eigenlijk ook tot een overbodig zijn van speciale wetgeving voor lesbische paren. Alleen het maken van speciale wetgeving kan al als een bewijs van discriminatie worden opgevat. De in dit proefschrift gedane nieuwe voorstellen zouden moeten leiden tot een wetgeving waarin de geaardheid, sekse en samenlevingsvorm van de verschillende personen die ouder willen worden, absoluut geen rol spelen. Iedereen is in alle opzichten gelijk of liever gezegd gelijkwaardig. Voor alle duidelijkheid wordt hier nog eens herhaald: er is geen enkel individu gelijk aan een ander. Alleen de behandeling van iedereen moet gelijk zijn volgens art. 1 GW.

8.7 Draagmoederschap moet een altruïstische activiteit blijven

In hoofdstuk 3 is ingegaan op de verschillende vormen van donatie die in Nederland algemeen zijn geaccepteerd. Onder andere is het ter voorkoming van uitbuiting in Nederland verboden om voor deze donaties geld te ontvangen. Afgezien van het feit dat dan de term donatie een onjuiste is, verschuift het karakter van deze handeling van altruïsme naar commercie. Met name de financieel, maar ook sociaal en psychisch zwakkeren zouden dan kunnen worden uitgebuit. Dezelfde visie ligt ook ten grondslag aan het verbieden van commercieel draagmoederschap. Deze visie is echter duidelijk cultuur- en tijdgebonden.

In talrijke landen heeft men het invoeren van een vergoeding voor 'donaties' en dus ook voor draagmoederschap geaccepteerd. Het grootste probleem is niet dat

men een bepaalde vergoeding betaalt voor bijvoorbeeld bloed of een orgaan of draagmoederschap. Het echte probleem zit in de hoogte van deze vergoeding.

Bij de verschillende donaties ontstaat voor de schenker een in zwaarte wisselende belasting. Het is dus alleszins redelijk voor deze belasting een vergoeding te betalen. Alleen, wat is redelijk? Moet voor spermadonatie hetzelfde betaald worden als voor eiceldonatie? Neen, natuurlijk niet. Voor eiceldonatie moet de vrouw door een zeer belastend traject.

Echter, moet er ook betaald worden voor de eicellen die overgebleven zijn? En wat moet men voor het draagmoederschap betalen? Door verstandig nadenken en vergelijken met landen waar het draagmoederschap al is geaccepteerd, is een lijst ontstaan van kosten die in alle redelijkheid door de toekomstige (in de nieuwe visie: juridische) ouder moeten worden gedragen. Daarnaast zijn ook gerechtvaardigd een beloning voor de immateriële lasten van de draagmoeder en een beloning voor de erkentelijkheid om deze last voor deze ouders te dragen. De uiteindelijke som van al deze bedragen mag echter nooit zo hoog worden dat het bedrag het voor potentiële draagmoeders aantrekkelijk maakt om zich aan te bieden. Hoewel dit geen absolute garantie is, moet de hoogte van de totale vergoeding geen commerciële prikkel opleveren.

Omdat het gevaar bestaat dat bij de eenmaal vastgestelde vergoeding er toch mensen of organisaties zullen zijn die voor hun bemiddeling geld zullen vragen, hetzij van de wensouders, hetzij van de potentiële draagmoeder, moet dit verboden blijven. Het echte commerciële draagmoederschap van art. 151b Sr blijft verboden. Omdat wensouders en een potentiële draagmoeder elkaar moeten kunnen vinden, moeten natuurlijk wel stichtingen dan wel belangenverenigingen worden geaccepteerd, die uit idealistische overwegingen dit matchen bedrijven. Hoewel nog gedacht kan worden dat de financiering hiervan door de overheid kan plaatsvinden, zoals het FIOM en de raad voor de kindbescherming, kan misschien beter vanwege het belang dat de vragende partij heeft bij het tot stand komen van een overeenkomst, aan deze partij om een kleine, de onkosten dekkende bijdrage worden gevraagd. Tenslotte dragen op dit moment ook de adoptiefouders het grootste deel van de met de adoptie gepaard gaande kosten.

8.8 Enkele getallen van de geboorten via hoogtechnologische voortplantingstechnieken

Om een indruk te krijgen van de orde van grootte van het ‘probleem’ worden hier de cijfers van de Stichting LIR vermeld.¹⁶⁹

Het aantal kinderen dat wordt geboren via hoogtechnologische voortplantingstechnieken, toont na een initiële kleine stijging van ongeveer 2600 naar 3000 zwangerschappen in de eerste jaren, thans een geringe fluctuatie tussen de 3700 en 4100 doorgaande zwangerschappen per jaar. In het laatste verslagjaar waren 4386

¹⁶⁹ Smeenk & Kremer 2010.

doorgaande zwangerschappen geresulteerd in 3917 eenlingen, 462 tweelingen en 7 drielingen. Bij het gebruikelijke terugplaatsen van meer embryo's in de baarmoeder ontstaan meer zwangerschappen, maar ook een kans op tweelingen van ongeveer 15%. De kans om zwanger te worden via deze geavanceerde medisch geassisteerde voortplantingsmethode bedraagt door de jaren heen ongeveer 25%. Voor alle duidelijkheid moet hier worden herhaald dat de term hoogtechnologische voortplantingstechniek niet synoniem is met hoogtechnologisch draagmoederschap.

8.9 Nieuwe voortplantingstechnologie vereist een herdefiniëring van het juridisch ouderschap

Saarloos stelt terecht dat met de nieuwe voortplantingstechnieken de keuze voor de geboortemoeder als juridische moeder van een kind niet langer meer vanzelfsprekend is.¹⁷⁰ Daarbij beperkt hij zich tot de vrouw die een kind baart dat is ontstaan uit de eikel van de wensmoeder. Dit proefschrift gaat één stap verder: de wetgever moet niet alleen een keuze maken tussen de geboortemoeder en de genetische moeder als juridische moeder, maar moet bovendien accepteren dat de persoon die verantwoordelijk is voor het ontstaan van het kind, de juridische ouder wordt. Door de mogelijkheden van donatie van geslachtscellen aan personen van verschillend of gelijk geslacht (en bij alleenstaanden aan één persoon) kunnen deze personen een actie ondernemen die resulteert in het ontstaan van een kind. Deze personen zijn verantwoordelijk voor het ontstaan van dit kind en zijn dus de juridische ouders. Aanvankelijk deed zich het merkwaardige fenomeen voor dat dit uit de verantwoordelijkheid ontstaan juridisch vaderschap wel voor de man gold, maar niet voor de vrouw. De Wet lesbisch ouderschap heeft hierin enige verandering gebracht. Ook nu nog lijkt het juridisch moederschap van de vrouw op grond van de 'mater semper certa est'-regel onaantastbaar. Dat deze duidelijke vorm van discriminatie niet alleen in Nederland geldt, toont Saarloos aan. In zijn dissertatie laat hij zien dat deze discrepantie in vrijwel dezelfde vorm ook in Engeland, Duitsland, Frankrijk en Zweden bestaat.¹⁷¹ Het niet willen accepteren dat de verantwoordelijke 'wensmoeder' de juridische moeder wordt, en het gegeven dat altijd de geboortemoeder – de term 'draagmoeder' is hier te beperkt – de juridische moeder wordt, worden zowel in Nederland als in Duitsland verklaard door de beslissing om het ontstaan van draagmoederschap zoveel mogelijk te ontmoedigen. Voor Frankrijk geldt dat het draagmoederschap niet bestaat. Dit is namelijk bij wet verboden. In Engeland is de geboortemoeder in principe de juridische moeder, maar via een 'parental order' kan de 'wensmoeder' het juridisch moederschap verwerven.

¹⁷⁰ Saarloos 2010, p. 16.

¹⁷¹ Saarloos 2010, p. 18-30.

8.10 Samenvatting

Dit hoofdstuk beschreef de consequenties van het juridisch ouderschap in de huidige en in de nieuw voorgestelde regelgeving indien gebruik zou worden gemaakt van alternatieve voortplantingstechnieken. Daarbij werd speciaal aandacht geschonken aan het laten verdwijnen van de nietigheid die thans nog ieder draagmoederschapscontract bedreigt. Terwijl de nietigheid een grote rol kan spelen bij de draagmoederschapsovereenkomst in Nederland, waardoor de kinderen na hun geboorte een willoze speelbal kunnen zijn tussen de geboortemoeder en de wensmoeder, speelt de ‘openbare orde’-exceptie een beslissende rol bij kinderen die geboren worden in landen waar het draagmoederschap en dus ook de daarbij behorende overeenkomst gelegaliseerd is. Ter adstructie werden nog enkele cijfers vermeld van het relatieve succes van de nieuwe voortplantingstechnologie.

9 | Kinderwens in homoseksuele relaties

9.1 Enkele getallen

Onderzoek in 1997 toonde al aan dat één derde van de homoseksuele respondenten tussen de 24 en 40 jaar een duidelijke kinderwens had.¹⁷² Recent onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau peilt dat ongeveer 60% van de meisjes en 40% van de jongens van dezelfde doelgroep kinderen wil.¹⁷³ Volgens het CBS waren er in 2009 in Nederland 25.000 samenwonende vrouwelijke en 31.000 samenwonende mannelijke koppels.

In 2010 zijn bij 20% van de vrouwelijke koppels en bij 3% van de mannelijke koppels kinderen aanwezig, derhalve ongeveer 6000 kinderen. Dit aantal zal in de toekomst zeker toenemen. Gezien de geuite kinderwens lijkt een toename tot 25.000 mogelijk.

9.2 Wet lesbisch ouderschap

De wet om kinderen die binnen een huwelijk en, op grond van de evaluatiewet, ook binnen een geregistreerd partnerschap van twee lesbiennes worden geboren, van rechtswege een tweede juridische ouder toe te kennen (Wet lesbisch ouderschap), is tezamen met genoemde evaluatiewet (Wet in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap), op 1 april 2014 in werking getreden.

Naar aanleiding van het concept-wetsvoorstel was door de toenmalige minister van Justitie aan de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming een advies gevraagd.¹⁷⁴ De Raad gaf zijn mening over het rapport 'Lesbisch ouderschap' (Commissie Kalsbeek)¹⁷⁵ en het advies van Forder.¹⁷⁶ De Raad adviseerde om alvorens tot wetgeving over te gaan een breder onderzoek uit te voeren met speciale aandacht voor de juridische en psychosociale problematiek. In het kader van dit proefschrift passend vervolgde de Raad: 'Zo zou niet alleen de situatie waarin sprake is van de geboorte van een kind binnen de relatie van twee vrouwen, maar ook andersoortige relaties

172 Sandfort 1997.

173 Keuzenkamp 2010, p. 105 en 177.

174 Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, Antwoord op adviesaanvraag van E.M.H. Hirsch Ballin, minister van Justitie, 19 maart 2010.

175 Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (voorzitter: N.A. Kalsbeek), 'Rapport Lesbisch Ouderschap', 31 oktober 2007.

176 Forder 2009.

(hopelijk werd hier ook bedoeld de relatie tussen twee mannen; toevoeging PK) waarbinnen kinderen opgroeien in ogenschouw genomen moeten worden'. Met name het gebruik van het imperatief 'moeten' was veelzeggend. De Raad erkende dat tot dan toe geen breed onderzoek was uitgevoerd. Bovendien ontbrak de brede visie op welke wijze in een juridisch kader hiermee moest worden omgegaan. Dit was allemaal duidelijk. Niet duidelijk was echter wat met de volgende volzin werd bedoeld: 'Bovendien is geen onderzoek gedaan naar de wensen en behoeften van alle betrokkenen in deze en met name niet naar de wensen en belangen van het kind'. De wensen en behoeften van alle betrokkenen waren en zijn duidelijk. Dit wetsvoorstel kwam niet zomaar uit de lucht vallen. Klemmender is daarentegen de vraag: hoe kan men een onderzoek doen naar met name de **wensen** en belangen van het nog ongebooren kind? En de in het IVRK verankerde rechten en belangen van het kind zouden naar het oordeel van de Raad hierbij leidend moeten zijn? Het wetsvoorstel beoogde toch invulling te geven aan het in art. 7 IVRK gegarandeerde recht van ieder kind om zijn ouders te kennen, liefst zo vroeg mogelijk? In plaats van een positief advies bood de Raad wel aan om mee te denken over andere opties, zoals o.a. het introduceren van een nieuwe rechtsfiguur. Mogelijk is een van deze opties de hier voorgestelde vereenvoudiging van het afstammingsrecht.

Weliswaar is de wetswijziging ook in het belang van de gehuwde of geregistreerde partner dan wel andere levensgezel van de geboortemoeder (opheffen van de onzekerheid, geen moeilijke adoptieprocedure met daarbij behorende kosten), maar de belangrijkste motor achter het tot stand komen van deze wet behoorde natuurlijk het belang van het kind te zijn. Immers, dit heeft, zoals verwoord in art. 7 IVRK, 'de hoogste prioriteit'.

Indien enigszins mogelijk, 'voor zover mogelijk' in de Nederlandse vertaling van het IVRK, heeft het kind ex art. 7 IVRK vanaf de geboorte 'het recht (...) zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd'. Deze wet poogt dit recht van het kind te effectueren. Niet na een periode van stiefouderschap met een aansluitende adoptie, maar direct met de geboorte heeft het kind twee ouders, de vrouw uit wie het kind geboren is en haar echtgenote of geregistreerde partner, op grond van art. 1:198 lid 1, aanhef en onder a en b, BW. Naast de echtgenote wordt nu ook de vrouwelijke geregistreerde partner op grond van dit artikel van rechtswege ouder (de mannelijke geregistreerde partner is aan art. 1:199, onder a en b, BW toegevoegd). Dit van rechtswege juridisch ouder worden (op dit moment worden beide termen 'duomoeder' en 'meemoeder' naast elkaar gebruikt) is het logische gevolg van enerzijds het openstellen van het huwelijk voor homoseksuele paren, in casu lesbiennes, en anderzijds art. 1:199, onder a en b, BW, op grond waarvan de (overleden) echtgenoot of (overleden) geregistreerde partner van rechtswege de juridische vader wordt.

Na de introductie in 1998 van het geregistreerd partnerschap als geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm naast het huwelijk golden veel artikelen, maar niet art. 1:199 BW, voor de partners in het geregistreerd partnerschap. Met de wijzigings- en evaluatiewet van 27 november 2013, in werking getreden op 1 april 2014, heeft

ook het geregistreerd partnerschap, althans voor heteroseksuele en lesbische paren (dus niet voor mannenparen), afstammingsrechtelijke gevolgen.¹⁷⁷

9.3 Art. 12 EVRM: de juridische basis voor de vervulling van de kinderwens

In art. 12 EVRM staat duidelijk dat mannen en vrouwen van huwbare leeftijd mogen huwen. De verdragsluitende staten hebben het recht om via nationale wetten invulling van dit recht te garanderen. Deze invulling heeft enerzijds tot de Wet openstelling huwelijk en anderzijds tot de gelijkschakeling van het geregistreerd partnerschap met het huwelijk geleid. Rechten en plichten binnen deze geïnstitutionaliseerde samenlevingsvormen zijn gelijk. In Nederland en steeds meer andere landen is derhalve het verschil in behandeling van een heteroseksuele en een homoseksuele relatie een gepasseerd station.

Een groter probleem is de implementatie van het tweede gedeelte van de hoofdzin en de volgende bijzin van art. 12 EVRM. Hier staat duidelijk dat mannen en vrouwen (van huwbare leeftijd) naast het recht om te huwen ook, en niet daardoor, het recht hebben om een gezin te stichten. De uitoefening van dit recht wordt beheerst door de nationale wetgever (zie het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie¹⁷⁸). De Wet lesbisch ouderschap sluit hier dus bijna naadloos op aan. In welk opzicht is de nieuwe wet dan toch nog defectueus?

De nationale wetgever maakt nu ineens een duidelijk onderscheid tussen kinderen die zijn geboren binnen een lesbische relatie, en kinderen die zijn geboren tijdens een relatie tussen homoseksuele mannen. Het maken van dit onderscheid wordt gerechtvaardigd met het feit dat een vrouw nu eenmaal een kind kan baren en een man niet. Ook de commissie Kalsbeek¹⁷⁹ was duidelijk: 'Een kind kan immers niet binnen een relatie van twee mannen geboren worden'. Dat de geboorte van een kind alleen het gevolg kan zijn van de bevruchting van een vrouwelijke geslachtscel, de eicel, met een mannelijke geslachtscel, de zaadcel, wordt door de wetgever kennelijk niet als relevant aangezien. Ook Hoksbergen vindt de conclusie van de Commissie opvallend, 'omdat evenmin een kind binnen de relatie van twee vrouwen geboren kan worden'.¹⁸⁰

177 Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap.

178 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Publicatieblad van de Europese Unie (PbEU)* 2007, C 303. Zeker na de afkondiging van het herziene Handvest van de grondrechten van de Europese Unie op 12 december 2007 is art. 9 duidelijk: 'het recht te huwen *en* het recht een gezin te stichten *worden* gewaarborgd volgens de nationale wetten die de uitoefening van deze *rechten* beheersen' (accentuering PK), zodat hier beide los van elkaar bestaande rechten worden bedoeld.

179 Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (voorzitter: N.A. Kalsbeek), 'Rapport Lesbisch Ouderschap', 31 oktober 2007, p. 14.

180 Hoksbergen 2008.

Hoewel de door Hoksbergen geuite visie op zich taalkundig onjuist is – bij lesbische paren kan een kind weliswaar niet uit, maar wel binnen hun relatie worden geboren (bij twee mannen noch uit noch binnen hun relatie)¹⁸¹ – wil hij eigenlijk niets anders zeggen dan dat voor het ontstaan van een kind zowel een mannelijke zaadcel als een vrouwelijke eicel nodig is. Met andere woorden: ook Hoksbergen verzet zich al tegen het primaat dat de vrouw wordt toegekend op grond van haar barend vermogen. Overigens zou met de acceptatie van de nieuwe visie met bijbehorende voorstellen het juridische verschil tussen ‘binnen de relatie’ en ‘uit de relatie’ automatisch zijn beëindigd. Het kind wordt niet meer geboren, maar geconcipieerd binnen een kort of langer durende relatie van (maximaal) twee personen. De vorm van de relatie, de wijze van concipiëren en de geartheid van de personen zijn onbelangrijk. De belangrijkste twee vragen zijn alleen: wat hebben zij gewild en wat hebben zij gedaan om deze wil tot uitvoering te brengen?

9.4 Kind als resultante van het samenbrengen van een mannelijke en vrouwelijke geslachtsceel door twee personen

Logisch geredeneerd: zonder vrouw geen geboorte, maar zonder de betrokkenheid van een man geen conceptie, geen embryo en dus geen geboorte. De ongelijke behandeling van de homoseksuele man en vrouw is het gevolg van het star vasthouden aan het adagium ‘mater semper certa est’, de geboorte als ijkpunt voor het recht, gebaseerd op een vermoeden.

Indien de wetgever zou kunnen accepteren dat het nieuwe menselijk leven begint bij de bevruchting en de aansluitende innesteling (en dat dit accepteren zich niet beperkt tot enkele artikelen in de Grondwet en de Embryowet) en dat het ontstaan van dit nieuwe leven altijd het gevolg is van de een of andere daad van twee personen die een bevruchting gewild hebben (echt ‘ongewilde’ bevruchtingen even buiten beschouwing gelaten), zou ook deze vorm van discriminatie kunnen verdwijnen.

Immers, in elke, hier voor het gemak geïnstitutionaliseerde, relatie wordt gekeken naar het antwoord op twee vragen.

1. Aan wie behoren rechtens de gameten (primair eigen erfelijk materiaal of bij notariële akte geschonken erfelijk materiaal)?
2. Welke personen hebben die actie gewild, die uiteindelijk in de geboorte van een kind resulteerde?

Het leest revolutionair, maar het is evolutionair. Nu men meer weet over het ontstaan van nieuw leven, moet men niet, om wat voor reden dan ook, vasthouden aan een standpunt dat slechts aanleiding geeft tot onduidelijkheden, conflicten en discriminatie.

Deze gevoelens beïnvloeden in negatieve zin het levensgeluk van de betrokken personen. Daarenboven schaadt dit het belang van het kind. Iedere actie betreffende een kind, en dus het ouderschap, raakt een kind, meestal niet direct

181 Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 193, voetnoot 32.

(daar is het kind nog te klein voor), maar wel indirect, omdat op enig moment het kind toch nog wordt geconfronteerd met de bij zijn geboorte ontstane moeilijkheden. Kortom, wetgever: ‘Let op Uw saeck’.

9.5 Problemen buiten Nederland ten gevolge van de Wet lesbisch ouderschap

De Wet lesbisch ouderschap creëert niet alleen een ongelijke behandeling in gelijke gevallen, strijdig met art. 1 GW, maar toont ook een opvallende ambivalentie ten opzichte van de eigen waarde van de nieuwe artikelen. Indien men van mening is dat er geen enkele reden is om de lesbische partner (*dus eigenlijk ook de mannelijke homoseksuele partner*) niet op dezelfde wijze te behandelen als de heteroseksuele partner in een huwelijk of geregistreerd partnerschap, had men de wet in deze zin moeten aanpassen. Dat vele landen moeite zullen hebben met dit veranderde inzicht (voortschrijdend inzicht), mag niet leiden tot een soort angstreactie. Ook in het openstellen van het huwelijk voor homoparen was Nederland in 2001 initiatiefnemer, nota bene gebaseerd op door alle staten geaccepteerde universele rechten. Hierna volgden geleidelijk steeds meer landen dit voorbeeld. Sommige landen hebben zelf de mogelijkheid van een homohuwelijk gecreëerd, andere erkennen het in het buitenland gesloten homohuwelijk.

Ten gevolge van deze nieuwe wet zal ongetwijfeld hetzelfde gebeuren. Ook hier zal voortschrijdend inzicht bij steeds mondiale gerichte samenlevingen tot acceptatie en zelfs tot navolging leiden. Uit aanbeveling 72 van het eerder genoemde rapport uit Victoria blijkt dat ook hier aan het ‘lesbisch ouderschap’ wordt gewerkt. De commissie adviseert het ouderschap van de vrouwelijke partner van de geboortemoeder wettelijk te erkennen indien:

1. deze partner in een samenlevingsverband met de geboortemoeder leeft (de ‘domestic partner’ is); en
2. deze partner heeft ingestemd met de procedure die tot het ontstaan van het kind heeft geleid.¹⁸²

Het lijkt derhalve onjuist om ter voorkoming van mogelijke problemen met andere landen thans een vangnetconstructie op te nemen of, zoals al in paragraaf 5.11 is beschreven, een tweesporenbeleid te volgen.

Natuurlijk bestaat het instituut van het prenatale verzoek tot adoptie (art. 1:230 lid 2 BW). Uiteraard kan men op deze wijze ook de lesbische partner vanaf de geboorte juridisch moeder laten worden, maar men maakt twee grote fouten:

¹⁸² Victorian Law Reform Commission – Assisted Reproductive Technology & Adoption, *Final Report*, 4 januari 2007, Recommendation 72.

1. men zwicht voor de druk van buiten; men geeft eigenlijk de autonomie als wetgever op; en
2. men gebruikt het instituut van de adoptie oneigenlijk om een rechtsgevolg te krijgen, dat men op grond van de Grondwet en internationale verdragen kan bewerkstelligen.

De kritische vraag moet hier luiden: waarom zou een ander land niet de rechtsgevolgen van een wet accepteren, maar wel de rechtsgevolgen van een rechterlijke uitspraak, die gebaseerd is op een wet van hetzelfde land?

Het moge duidelijk zijn dat dit een pleidooi is voor de eigen kerk. Ook de in deze dissertatie voorgestelde wijzigingen zullen aanvankelijk door andere landen als afwijkend van de ('verstarde en verouderde') openbare orde en in strijd met de goede zeden worden afgedaan.

Voor het introduceren van nieuwe wetsartikelen is niet alleen voortschrijdend inzicht, maar ook de tijd een belangrijke factor. Men moet, zoals ook bij andere veranderingen in de samenleving, langzaam wennen. Te verwachten aversies mogen geen belemmering vormen om over deze nieuwe inzichten te denken en te schrijven. Veranderingen in de wet zijn het gevolg van de veranderingen in de samenleving. Deze veranderingen behoeven niet vooruit te lopen, zelfs in de pas lopen is geen noodzaak. Echter, een te lange tijd tussen veranderde inzichten en daaruit volgende wetsverandering leidt tot onbegrip en gevoelens van onbehagen. De aandacht die de samenleving op dit moment toont voor het draagmoederschap en de Wet lesbisch ouderschap, is voor iedereen een teken dat de samenleving toe is aan een nieuwe vorm van duidelijkheid, eigenlijk meer aan een nieuwe vorm van eenduidigheid. Voor mannen en vrouwen, homoseksueel of heteroseksueel, zouden dan, op zijn minst binnen de geïnstitutionaliseerde samenlevingsvormen, exact dezelfde regels moeten gelden om tot juridisch ouderschap te komen. De momenteel gehanteerde vermoedens van juridisch ouderschap moeten terzijde worden geschoven, indien een andere persoon een beter recht bewijst. In het belang van het kind en de betrokken personen dienen wel relatief korte termijnen te worden vastgesteld, waarbinnen deze actie moet worden uitgevoerd.

9.6 De rekbaarheid van het begrip 'openbare orde'

De vrouwelijke partner kan blijkens art. 1:198 lid 1, aanhef en onder c, BW ook al vóór de geboorte een claim leggen op een juridisch medeouderschap door in alle andere gevallen dan het gebruikmaken van een anonieme zaaddonor het kind prenataal te erkennen, overeenkomstig de in art. 1:203 (jo. art. 1:2) BW beschreven vorm en als voldaan is aan de voorwaarden van art. 1:204 BW. In beide gevallen bestaat voor het kind direct na de geboorte duidelijkheid over de vraag wie zijn 'ouders' zijn. Herhaaldelijk is hier opgemerkt dat de Nederlandse 'openbare orde' en de 'goede zeden' begrippen zijn die voortdurend van inhoud veranderen. Een goed voorbeeld is de veranderde beoordeling in het licht van art. 1:205 lid 2 BW: het openbaar ministerie kan wegens strijd met de Nederlandse

openbare orde, indien de erkenner niet de biologische vader van het kind is, vernietiging van de erkenning verzoeken.

De vrouwelijke partner van de geboortemoeder kan nooit de biologische vader zijn en zou dus in strijd met de openbare orde een kind kunnen erkennen. Daar de Nederlandse openbare orde geen verbod op een erkenning door een man legt, indien er geen belemmeringen aanwezig zijn, lag het in de rede dat ook een (vrouws)persoon bij de doorgevoerde seksneutraliteit van de wet tot erkenning moet kunnen overgaan. Deze verandering is terug te vinden in het nieuwe art. 1:198 lid 1, aanhef en onder c, BW met aansluiting aan het nieuwe art. 1:205a lid 2 jo. art. 1:205 leden 2-5 BW.

9.7 De positie van de bekende spermadonor in de Wet lesbisch ouderschap

De prenatale erkenning door de vrouwelijke partner gebeurt met toestemming van de geboortemoeder, o.a. als gebruik is gemaakt van een bekende zaaddonor. Zonder toestemming van de geboortemoeder kan deze zaaddonor het kind niet erkennen. Ook heeft hij geen mogelijkheid om zijn vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen, omdat hij noch de verwekker noch de instemmende levensgezel is. Ook de juridische sluiproute via art. 1:204 lid 3 BW, om vervangende toestemming tot erkenning te krijgen, lijkt op dit moment bij voorbaat kansloos. Indien de moeder niet wil, kan het volgens de rechter nooit in het belang van het kind zijn. Het nieuwe art. 1:204 lid 3, onder b, BW heeft namelijk als gerechtigde tot het verzoeken van vervangende toestemming naast de verwekker van het kind 'de biologische vader van het kind, die niet de verwekker is en in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind' toegevoegd. In art. 1:204 lid 3 BW maakt de wetgever nog eens duidelijk dat onder één bepaalde voorwaarde de genetische vaders, de daadwerkelijke verwekker en de biologische vader die zijn eigen erfelijk materiaal voor de verwekking heeft laten gebruiken (de bekende zaaddonor), vervangende toestemming mogen verzoeken. De discrepantie in het onderscheid is waarschijnlijk voor niemand duidelijk; de verwekker mag na de eenmalige daad, mogelijk zelfs eenmalig contact, een ongeconditioneerd verzoek indienen, terwijl de bekende zaaddonor, de genetische vader (niet-verwekker), vrijwel zeker in een langer bestaande relatie tussen hem en de aanstaande moeder, moet aantonen dat er 'family life' (een nauwe persoonlijke betrekking) bestaat. Zoals eerder in dit proefschrift werd gesteld, is in art. 1:204 lid 4 BW, waarin de instemmende levensgezel eveneens een recht krijgt, in tegenstelling tot het vorige lid als enig criterium het belang van het kind vermeld. Voor deze gerechtigde is het bestaan van een genetische verwantschap of 'family life' geen vereiste.

In het nieuw voorgestelde systeem zijn beide personen direct of indirect verantwoordelijk voor de conceptie en zijn zij van rechtswege juridische vaders, zodat geen sprake is van erkennings- of vervangende-toestemmingsproblemen. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de bekende donor niet schriftelijk heeft laten vastleggen dat hij geen vader wilde worden. Zoals al vaker is gesteld, is bij

donatie door de bekende spermadonor voor zijn juridisch vaderschap de intentie tot vaderschap essentieel.

Overigens kan men zich afdragen of de termen ‘donatie’ en ‘spermadonor’ op de juiste wijze worden gebruikt als deze man via inseminatie met zijn eigen zaad het vaderschap ambieert. In feite is dan ook de echtgenoot die gebruik maakt van kunstmatige inseminatie, een bekende spermadonor. Dit laatste blijkt ook uit de gelijkstelling in dit verband van KIE (of KIP) met KID. Bij de taalkundige uitleg van het begrip ‘donatie’ en spermadonor’ zou dit dan wel betekenen dat in alle gevallen de vrouw de belanghebbende, de acceptor, is. In het hier gepropageerde systeem schenkt de donor zijn gameten aan een ander, die daarna over deze gameten kan beschikken. De alleenstaande vrouw die gebruikt maakt van KID, geregeld in de Wdkb, of van een bekende donor die schriftelijk heeft vastgelegd dat deze donatie niet tot zijn vaderschap kan leiden, kan in deze gevallen als belanghebbende worden aangemerkt. Dit leidt dan natuurlijk wel tot het in paragraaf 3.11 beschreven complexe juridische moeder- en vaderschap. Met de aan haar geschonken spermatozoa en haar eigen eicel heeft zij een kind doen ontstaan. Indien de bekende donor wel het vaderschap ambieert, schenkt hij zijn gameten niet aan de alleenstaande vrouw. Hij blijft de eigenaar en wordt bij een geslaagde zwangerschap de juridische vader. De echtgenoot (KIE) en de partner (KIP) schenken ook hun gameten niet aan een ander. Zij blijven eveneens de juridische eigenaar en worden bij een geslaagde zwangerschap de juridische vader. Bij de niet alleenstaande vrouw worden bij KID met behulp van de donor als bedoeld in de Wdkb, de gameten niet aan de vrouw, maar aan de echtgenoot of partner van deze vrouw ter beschikking gesteld. Bij een geslaagde zwangerschap zijn zij de juridische vaders. In het geldend recht begint daarentegen in het algemeen het vaderschap bij de geboorte (behoudens de omstandigheid van art. 1:2 BW).

Of deze bekende zaaddonor nog een omgangsrecht met het met behulp van zijn zaad ontstane kind kan verzoeken, wordt aan de beoordeling van de rechter overgelaten: in hoeverre is er tussen de donor en het kind sprake van ‘family life’? Dit ‘family life’ is identiek met de ‘nauwe persoonlijke betrekking’ in de zin van art. 1:377a lid 1, eerste volzin, BW.

Aanvankelijk werd in wetsvoorstel 33 032 (dat heeft geleid tot de Wet lesbisch ouderschap) de indruk gewekt dat de positie van de niet-biologische moeder werd versterkt. Vonk en Bos stelden toen echter terecht dat de niet-biologische moeder zelf niet de mogelijkheid kreeg om aan de rechter vervangende toestemming tot erkenning te verzoeken.¹⁸³ Deze onvolkomenheid is in de wet niet meer aanwezig. De niet-biologische moeder kan als instemmende levensgezel op grond van art. 1:204 lid 4 BW alsnog vervangende toestemming verzoeken. Ook in de conflictsituaties tussen enerzijds de moeders en anderzijds de bekende donor met ‘family life’, blijkt de positie van de laatste versterkt. In mogelijke probleemsituaties wordt door de geboortemoeder geen keuze gemaakt tussen de twee kandidaat-ouders en heeft het kind slechts één ouder.

183 Vonk & Bos 2012, p. 10-11.

9.8 Belgische visie op lesbisch ouderschap

In de definitieve versie heeft het Belgische Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek¹⁸⁴ ook zijn visie op lesbisch ouderschap gegeven in het licht van draagmoederschap.

De leden van dit comité zijn het op een aantal punten wel en op andere punten niet met elkaar eens. Vooral op het punt van het ouderschap bij lesbische paren scheiden zich de meningen. De voorstanders refereren ook aan art. 12 EVRM, dat ieder mens het recht heeft om een gezin te stichten. Deze Belgische leden stellen verder: ‘dat de wetenschappelijke onderzoeken naar de ontwikkeling van kinderen die opgroeien in lesbische gezinnen en kinderen uit heteroseksuele gezinnen geen enkel verschil vertonen’.¹⁸⁵

De tegenstanders van het lesbisch ouderschap baseren hun standpunt vooral op ethische en quasi-biologische gronden. Ook is hier het volgende citaat van belang: ‘dat het onderscheid tussen man en vrouw een biologische constante is en dat alle samenlevingen twee geslachten instellen omwille van de seksuele kenmerken van de soort waartoe wij behoren en waardoor we ons kunnen voortplanten’. In tegenstelling tot de eerste groep en de Amsterdamse onderzoekster Bos¹⁸⁶ vinden zij dat ieder kind twee ouders dient te hebben van verschillend geslacht. Voor deze stellingname dragen zij echter geen nadere ondersteuning aan.

9.9 Samenvatting

Dit hoofdstuk beschreef de kinderwens van homoseksuele personen. Opvallend is dat er de afgelopen periode uitgebreide activiteiten op het gebied van de wetgeving hebben plaatsgevonden om het ouderschap van lesbische personen die met elkaar gehuwd zijn dan wel een geregistreerd partnerschap hebben, te regelen. Het ligt voor de hand dat na de openstelling van het huwelijk voor iedereen ook deze nieuwe regelgeving problemen voor andere staten zal opleveren voor wat betreft de acceptatie. Het spagaat van de wetgever om tot een maximale acceptatie te geraken, wordt beschreven en bekritiseerd. Homoseksuele mannen worden door de Wet lesbisch ouderschap onmiskkenbaar gediscrimineerd.

De conclusie moet derhalve luiden: met de gelijkberechtiging van iedereen om een huwelijk te sluiten dan wel een geregistreerd partnerschap aan te gaan heeft de wetgever voor homoseksuele paren een probleem gecreëerd, waarvan de oplossing (de mogelijkheid c.q. het recht om een gezin te stichten) nog niet is gerealiseerd.

184 Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek, Advies nr. 27 van 8 maart 2004 betreffende de donatie van sperma en eicellen (definitieve versie), p. 17.

185 Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek, Advies nr. 27 van 8 maart 2004 betreffende de donatie van sperma en eicellen (definitieve versie), p. 18.

186 Bos & Van Gelderen 2010, p. 114-116.

10 | Afstammingsinformatie

10.1 **Recht op informatie voor minstens 175.000 kinderen over hun afkomst**

Per jaar worden er in Nederland tussen de 175.000 en 180.000 kinderen geboren. Volgens het CBS wordt meer dan 40% buiten het huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren.

In dit aantal van 175.000-180.000 zitten ook de kinderen die door gebruik te maken van KID zijn geboren. Ook het tot nu toe relatief kleine aantal IVF-gevallen is daaronder begrepen. Op dit moment worden per jaar ongeveer tussen de 800 en 1000 kinderen geadopteerd. Dit aantal betreft de ‘gewone’ binnenlandse en buitenlandse adopties, vermeerderd met het aantal partneradopties. In 2011 bedroeg dit aantal partneradopties 435 kinderen. In de overgrote meerderheid, 351 kinderen, waren dit partneradopties door de zogeheten ‘duomoeders’ of ‘mee-moeders’, de partners in een lesbische relatie. Het officiële juridisch moeder zijn kan voor deze lesbische partner emotioneel, fiscaal en erfrechtelijk van belang zijn.

Deze CBS-cijfers worden herhaald, omdat daarmee de reële grootte van het ‘probleem’ wordt getoond. Al deze kinderen hebben een recht om informatie over hun afstamming te krijgen, o.a. ex art. 7 IVRK. Voor een zeer groot deel van dit grote aantal kinderen lijkt er geen probleem te bestaan.

In titel 1.11 BW heeft de wetgever precies geregeld wie de juridische ouders van een kind zijn. Er wordt in deze titel geen onderscheid gemaakt tussen de van rechtswege juridische ouders geworden personen en de na rechterlijke uitspraak ontstane juridische ouders, de adoptiefouders. Het ouderschap van een tweede ouder kan ook nog door erkenning of gerechtelijke vaststelling van het ouderschap plaatsvinden. Het kind heeft het recht, door de Hoge Raad nog gecreëerd als een onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht, om de ouders van wie men afstamt, te kennen.¹⁸⁷ De uitspraak van de Hoge Raad doelt hier duidelijk op de genetische ouders en niet op de juridische ouders.

¹⁸⁷ HR 15 april 1994. *NJ* 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*), rechtsoverweging 3.2: ‘Uitgangspunt voor de beoordeling van het middel is dat het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt’.

10.2 Het uit art. 7 IVRK ontstane recht op informatie

In art. 7 IVRK staat: ‘Het kind wordt onmiddellijk na de geboorte ingeschreven en heeft vanaf zijn geboorte het recht op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd’.

Dit artikel valt in twee delen uiteen:

1. de plicht om een kind direct na de geboorte in te schrijven; en
2. de rechten die het kind heeft vanaf de geboorte.

Naast een vereenvoudiging van het afstammingsrecht (ter voorkoming van onnodige problemen) is de tweede rode draad die door dit proefschrift loopt, die van de ‘snelle’ duidelijkheid. Vanaf de conceptie en de daarop volgende innidatie is duidelijk wie de ouders zijn. ‘Voor zover mogelijk’ kan het kind vanaf zijn geboorte gebruik maken van zijn recht om zijn ouders te kennen. Dit artikel legt op de verdragsluitende Staten ook de verplichting om, indien er al enige onduidelijkheid bestaat over de afstamming, zich in ieder geval in te spannen om op zo kort mogelijke termijn alsnog dit recht van het kind om zijn of haar ouders te kennen, te effectueren. In dit artikel kan men dus een duidelijk pleidooi zien voor snelle procedures om tot de vaststelling van het ouderschap te komen.

Opvallend in art. 7 IVRK is de duidelijke tweedeling in de rechten:

1. het recht op een naam en een nationaliteit, beide het gevolg van het inschrijven en daardoor een absoluut uit de plicht ontstaan recht; en
2. ‘voor zover mogelijk’ het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

Alleen de eventuele onmogelijkheid maakt al dat dit als een relatief recht moet worden geduid. De constante jurisprudentie van het EHRM onderschrijft in de verschillende uitspraken het bestaan van dit recht op afstammingsinformatie, maar erkent ook het relatieve karakter van het recht.¹⁸⁸ Bij meerderheidsuitspraak besliste het EHRM dat noch uit het EVRM, noch uit het IVRK een grondrecht kan worden afgeleid dat het kind een absoluut recht geeft op afstammingsinformatie. Interessant in deze casus is dat Frankrijk, toch een van de belangrijke grote Verdragsluitende Staten, het recht behoudt om de anonieme bevalling te continueren. In de motivering van het Hof staat duidelijk dat de lidstaten over een bepaalde mate van vrijheid beschikken om moeders een recht op anonimiteit te garanderen en zo hun privéleven te beschermen. Het belang van het kind wordt hier ondergeschikt gemaakt aan het belang van de moeder. Hoewel het Europese Hof in 2012 in de casus *Godelli versus Italy* nog eens herhaalt dat het tot de autonomie van de Staten behoort op welke wijze zij de uit art. 8 lid 1 EVRM ontstane conflicterende belangen tussen moeder en kind oplossen, stelt het Hof tevens vast dat deze autonomie wel moet resulteren in een systeem waarin de belangen van beide partijen goed tegen elkaar worden

188 EHRM 13 februari 2003, NJ 2003/587, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Odièvre*).

afgewogen. In de genoemde casus was dat volgens het Hof niet het geval. De klaagster werd in het gelijk gesteld.

Callus stelt voor niet de identiteit van de genetische ouders centraal te stellen, maar de omstandigheden rond de verwekking en geboorte.¹⁸⁹ Volgens haar is niet evident dat anonimiteit op zich schadelijk is. Het verbergen of achterhouden van de waarheid voor een kind dat vragen heeft, is dit zeker wel. Met haar is de auteur van mening dat de behoefte aan afstammingskennis, interesse in de 'roots', mogelijk kunstmatig geconstrueerd is zonder rekening te houden met daaruit voortvloeiende consequenties.

Ook de Hoge Raad heeft zich bij herhaling positief uitgelaten over dit recht op afstammingsinformatie. In de motivering van de uitspraken blijkt echter steeds dat de Hoge Raad een afweging heeft gemaakt tussen de belangen van het kind en de belangen van de ouder. Bij het absoluut zijn van dit recht zou er geen afweging hebben behoeven plaats te vinden. Een duidelijk voorbeeld hiervoor is een beschikking van de Hoge Raad uit 1995.¹⁹⁰ Pogingen van de negenjarige Jeroen om via de rechter contact met zijn vader af te dwingen, strandden. Het recht van het kind was hier blijkbaar niet het belangrijkste.

Een tweede probleem van art. 7 IVRK is, dat niet geheel duidelijk wordt welke ouders worden bedoeld. Zijn dat de ouders die in titel 1.11 BW (afstamming) en titel 1.12 BW (adoptie) worden genoemd? Of zijn het alleen de ouders die 'vanaf de geboorte' als juridische ouders worden beschouwd? In het laatste geval worden dus de oorspronkelijke ouders vóór de adoptie bedoeld, maar dan is het laatste deel van dit eerste lid zonder enige zin: 'en door hen te worden verzorgd', tenzij het conditionele moment van 'voor zover mogelijk' ook hier gelding heeft.

Na de adoptie zijn immers de banden met laatstgenoemden volledig verbroken ex art. 1:229 lid 2 BW. Door de adoptie krijgt het kind met zijn nieuwe (adoptief) ouders een nieuw heden en met deze ouders ook een nieuw, feitelijk fictief, verleden, hier juister geformuleerd: het verleden van deze ouders.

Hoewel dit niets afdoet aan het recht van het kind om ook nog zijn andere verleden te kennen, moet wel de vraag gesteld worden wat de zin is van de implementatie van dit recht. Het in zijn heden geconfronteerd worden met twee verledens kan aanleiding geven tot ernstige problemen.

10.3 Het IVRK en de rechten van ouders

Het voorkomen van deze problemen en het creëren van een optimale omgeving om hun kind op te voeden, vallen onder de autonome bevoegdheden van de ouders, die hun ex art. 5 IVRK worden toegekend:

¹⁸⁹ Callus 2004, p. 658-669.

¹⁹⁰ HR 22 december 1995, NJ 1996/419, m.nt. J. de Boer (door moeder namens kind verzochte omgangsregeling met biologische vader).

‘De staten eerbiedigen de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van ouders (...) voor het voorzien in passende leiding en begeleiding bij de uitoefening door het kind van de in dit Verdrag erkende rechten, op een wijze die verenigbaar is met de zich ontwikkelende vermogens van het kind’.

Deze laatste bijzin expliciteert het recht van de ‘nieuwe’ ouders om te bepalen op welk moment zij het kind informatie willen geven over zijn ‘oude’ ouders, ervan uitgaande dat art. 7 IVRK dan ook deze ‘oude’ ouders bedoelt.

Niet alleen in art. 5, maar ook in art. 18 IVRK wordt over de rechten van de ouders geschreven.

Art. 18 IVRK: ‘De staten doen alles wat in hun vermogen ligt om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en ontwikkeling van het kind’.

Deze artikelen beschermen de ouders tegen inmenging van de staat.¹⁹¹ Ook andere artikelen, zoals o.a. de art. 3 lid 2 en 14 IVRK, benadrukken nog eens de plicht van de verdragsluitende Staten om de rechten en plichten van de ouders met betrekking tot hun kind te eerbiedigen.

10.4 Recht op afstammingsinformatie bij adoptiefkinderen

In de aanvang van dit hoofdstuk werden enkele cijfers van het CBS getoond. Daaruit blijkt dat het probleem rond de afstammingsinformatie bij de adoptiekinderen, de partneradopties inbegrepen, maximaal 800 kinderen per jaar betreft. Uit meerdere onderzoeken blijkt dat slechts een relatief klein aantal van deze kinderen, die op enig moment door hun adoptiefouders zijn geïnformeerd over het geadopteerd zijn, daadwerkelijk op zoek gaat naar hun oorspronkelijke ouders, naar hun ‘roots’.¹⁹² Meer dan 65% bleek niet bezig met het zoeken naar zijn oorspronkelijke ouders. Uit dezelfde literatuur blijkt dat na een geslaagde ‘encounter’ met één of beide oorspronkelijke ouder(s) de resultaten wat betreft het welbevinden van deze kinderen erg wisselend zijn: van bevredigend tot uitgesproken teleurstellend. Een gedeelte van de adoptiekinderen die wel statusinformatie hadden gekregen, bleek geen interesse te vertonen om alsnog op zoek te gaan naar zijn of haar oorsprong. Verder bleek dat deze statusinformatie door adoptiefouders vaak pas was gegeven na massieve druk van buitenaf, hetzij van organisaties die zich het ‘wel en wee’ van adoptiekinderen aantrekken, hetzij van ‘goedwillende’ familieleden, burens, vrienden en bekenden, die door vragen of gedragingen bij het kind vraagtekens doen ontstaan over zijn ‘werkelijke’ oorspronkelijke ouders. De dan ontstane twijfel kan dan in een aantal gevallen tot ernstige problemen aanleiding geven in de ontwikkeling van zijn identiteit.

¹⁹¹ Van den Brink 2006, p. 68.

¹⁹² Eindrapport ZonMw 2011, p. 65.

Een belangrijk moment in de ontwikkeling van het individu is de identificatie met één van zijn ouders. Vanzelfsprekend gaat dit het gemakkelijkst als men deze ouders van jongs af aan kent. Het is overigens in dit verband zeer interessant dat uit het eerder aangehaalde Eindrapport ZonMw, dat de nationale adoptie betrof, bleek dat relatief veel geadopteerden een overeenkomst met één of beide adoptiefouders meenden te hebben. Het volgende citaat spreekt voor zich: ‘Nogal wat overeenkomsten in uiterlijk met minimaal één adoptieouder werd door 21,6% van de geadopteerden gerapporteerd, en 48% vond dat ze qua persoonlijkheid en intelligentie nogal wat tot veel op minimaal één van de adoptiefouders leek’. Het introduceren van een ‘nieuw’ ouderpaar naast de op dat moment aanwezige ‘ouders’ kan derhalve zeer wel tot problemen leiden.

Voor de geadopteerde kinderen die meer over hun afkomst willen weten, zijn er talrijke mogelijkheden, omdat de adoptieprocedure is omgeven door een dicht woud van administratieve handelingen. Deze kinderen hebben ‘geluk’, althans om hun recht te effectueren.

10.5 Recht op afstammingsinformatie voor kinderen, geboren na KID of IVF met donorgameten

Naast de bovengenoemde kleine groep kinderen bestaat nog een tweede kleine groep kinderen, voor wie het eenvoudig zou moeten zijn om achter hun echte afstamming te komen. Het probleem doet zich hier voor dat ineens een andere betekenis aan het woord afstamming moet worden gegeven. Het betreft hier de kinderen die na KID of IVF met donorsperma zijn geboren. Puur formeel wordt tot nu toe in het geldend recht met afstamming de genetische verwantschap bedoeld tussen het kind en de donor van het erfelijk materiaal. Dat de donor nooit de bedoeling heeft gehad om dit kind te concipiëren, doet voor de interpretatie van de afstamming en de daarmee verbonden rechten vooralsnog niet ter zake. Hoewel de Hoge Raad in zijn *Valkenhorst*-uitspraak schijnbaar slechts een beslissing heeft genomen voor de ‘natuurlijke moeder’, meent de schrijver dat op grond van eerdere overwegingen de Hoge Raad impliciet tot de onjuiste beoordeling komt dat ook de donor medeverantwoordelijk is voor de totstandkoming van dit kind, omdat hij het benodigde erfelijk materiaal heeft geleverd.¹⁹³ Deze door de Hoge Raad gecreëerde medeverantwoordelijkheid schept dan een soort afstammingsband, die een actie uit art. 7 IVRK rechtvaardigt, omdat de anonimiteit van de donor niet langer wordt beschermd.

Sinds de invoering van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb) in 2004 wordt een register van aanvankelijk alleen spermadonoren en tegenwoordig ook van eiceldonoren bijgehouden. Op grond van de betreffende art. 3 en 3a Wdkb is het mogelijk voor een aantal personen, in het belang van het kind, informatie te

193 Van Raak-Kuiper 2007, p. 26.

krijgen over de donor. Alleen het kind zelf, gefaseerd naar zijn leeftijd, kan meer informatie krijgen, met uiteindelijk ook de NAW-gegevens van de donor, zijn zogenaamde persoonsidentificerende gegevens. In de wet is ook geregeld dat dit recht op informatie unilateraal is; de donor heeft geen enkel recht. De donor heeft ook geen enkele plicht. Er ontstaan geen familierechtelijke betrekkingen en dus ook geen onderhoudsplicht. Eigenlijk is dit de logische consequentie van het feit dat de donor nooit de bedoeling heeft gehad om ouder van dit kind te worden. Voor de volledigheid dient hierbij te worden opgemerkt dat het bovenstaande slechts geldt voor de donoren die onder de Wdkb begrepen zijn.

De Hoge Raad heeft beslist – althans voor de toepassing van art. 1:394 BW inzake de alimentaire vaderschapsactie – dat de bekende donor als biologisch vader wordt vermoed tevens verwekker en dus onderhoudsplichtig te zijn behoudens tegenbewijs.¹⁹⁴ Door de overeenkomst in het DNA-profiel van het kind en de donor kan de donor niet aantonen dat hij niet de ‘biologische’ (eigenlijk genetische) vader is. Vanzelfsprekend wordt er een genetische relatie in de DNA-profielen van het kind en de donor aangetoond.

Daarom gebruikt de Hoge Raad ook de woorden ‘wordt vermoed’ en niet ‘wordt geacht’. In de heersende opvatting moet dan de donor onomstotelijk kunnen aantonen dat hij geen verwekker is, dus geen geslachtsgemeenschap heeft gehad met de vrouw uit wie het kind is geboren.

Opvallend in deze uitspraak is dat de bekende donor op grond van art. 1:394 BW niet onderhoudsplichtig is indien vaststaat dat hij wel de biologische vader is, maar niet de geslachtsdaad heeft uitgevoerd. Hier wordt direct het verschil met de nieuwe visie manifest. Ook de bekende donor die niet kan aantonen dat hij met de donatie van zijn gameten geen vaderschap heeft gewenst, is dan verantwoordelijk voor het ontstaan van dit kind. Dit is een hernieuwd pleidooi voor de introductie van een nieuwe betekenis voor het begrip ‘verwekker’. De man die direct (de ‘geslachtsdader’) of indirect (de bekende donor met vaderschapswens) verantwoordelijk is voor de verwekking van een kind, wordt dan verwekker genoemd. Kortom, hier geen verwekking zonder verwekker. De consequentie hiervan moet zijn dat hij eveneens onderhoudsplichtig wordt.

Evident is dat de Hoge Raad en de wetgever voor de effectuering van art. 7 IVRK de situatie anders beoordelen.

KID en IVF zijn, evenals de adoptieprocedure, alleen mogelijk als aan verschillende voorwaarden is voldaan, die administratief worden vastgelegd. Het terugvinden van de schenker van het erfelijk materiaal kan derhalve geen groot probleem opleveren. Echter, waarom vragen dan relatief weinig kinderen uit deze groep om deze informatie?

De verklaring is erg eenvoudig: alleen vraagtekens en onzekerheden over de echtheid van de ‘eigen’ ouders leiden tot het zoeken naar de ‘roots’.

¹⁹⁴ HR 26 juni 2009, NJ 2009/388, m.nt. S.F.M. Wortmann; AA 2009, p. 561-565, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*biologisch vader of verwekker?*).

Voor nationaal geadopteerde kinderen zal in het algemeen het fenotypische verschil tussen adoptiefouders en adoptiekinderen klein kunnen zijn.¹⁹⁵ Alleen de externe factoren bepalen hier de onrust van het kind. Bij interlandelijke adoptie zullen de verschillen vaak groot tot evident zijn. Dit veroorzaakt vanzelfsprekend een eerdere en grotere vraag van het kind naar zijn oorspronkelijke ouders.

Deze vanzelfsprekendheid geldt niet voor met KID ontstane kinderen. Bij een goede, consciëntieuze matching tussen de partner van de geboortemoeder en de spermadonor kunnen fenotypische verschillen beperkt worden. Het kind, geboren na een medisch geassisteerde voortplantingsprocedure, verschilt daardoor in weinig van de infertiele ouder (bij KID dus van de juridische vader). Bij een normale ontwikkeling in het gezin, zonder bemoeienis van buitenaf, zullen deze kinderen in het algemeen niet uit zichzelf met vragen met betrekking tot hun afstammingswijze komen. Bij deze ouders ontstaat het grote dilemma van de strijd tussen plicht en recht. De ouders hebben de plicht om het kind in een vertrouwde, evenwichtige etc. omgeving te laten opgroeien, terwijl anderzijds het kind het recht heeft om te weten wie zijn 'ouders' zijn, in casu: wat zijn ontstaanswijze is. Naast de genoemde plicht hebben de ouders ook het recht om te bepalen wanneer zij deze informatie aan hun kind geven (art. 5 IVRK). Dit conflict tussen rechten en plichten leidt vaak tot een verzwijgen van de ontstaanswijze. Hier regeert dan: 'Wat niet weet wat niet deert'. Ook uit het onderzoek van het Centre for Family Research van de Cambridge Universiteit, dat zelf stelt dat dit centrum 'the only longitudinal study worldwide' van uit draagmoederschappen geboren kinderen uitvoert, blijkt dat de meeste paren hun kinderen niets vertellen.¹⁹⁶ Alleenstaande en lesbische paren informeerden hun kinderen wel al vroeg in hun jeugd. Overigens toonde Golombok aan dat er geen opvallende verschillen bestonden tussen de weters en niet-weters in ontwikkeling en sociale contacten.¹⁹⁷ Jadva veronderstelt dat ernstige problemen in de puberteit en vroege adolescentie kunnen voorkomen als niet-weters later per ongeluk achter hun ontstaanswijze komen. De verklaring: 'Given that parents frequently tell some people inside or outside their wider families, the chances of family secrets being kept is reduced and with easy access to DNA paternity testing it is not difficult to confirm suspicions of donor origins' spreekt voor zich. De meeste kinderen gaan niet op zoek naar hun 'roots', omdat zij geen twijfel (dus geen informatie die tot twijfels aanleiding geeft) hebben. Ondanks of misschien juist wegens de activiteiten van overheidswege om kinderen over hun ontstaanswijze te informeren, zijn er duidelijke aanwijzingen dat paren naar het buitenland gaan om anonieme donoren te zoeken.¹⁹⁸

195 Eindrapport ZonMw 2011, p. 66.

196 Centre for Family Research, University of Cambridge, 2010, *A response on the Consultation Paper of the Nuffield Council on Bioethics*. Bron: www.nuffieldbioethics.org, Centre for Family Research, University of Cambridge, pdf, p. 3.

197 Golombok 2011, p. 230-239.

198 Jadva 2009, p. 1909-1919.

Overigens is in een onderzoek in de tachtiger jaren al eens nagegaan of KID-kinderen, nadat zij op de hoogte waren gebracht van de wijze van hun verwekking, gelukkiger waren geworden, minder ontwikkelingsproblemen hadden gehad, dan kinderen die deze informatie niet hadden gekregen. Indien er al 'problemen' waren, bleken deze vraagtekens, deze gevoelens van onrust, het gevolg van premature, 'goedbedoelde' informatie van burens, kennissen, maar ook van directe familieleden. Bovendien bleek dat slechts een relatief klein aantal geïnteresseerd was in hun ontstaanswijze. In deze tijd was de spermadonatie nog volledig anoniem. Het kind kreeg dus alleen de ontstaanswijze te horen, geen NAW-gegevens van de donor. Er bleek geen significant verschil te bestaan met de kleine beperking dat bij een aantal geïnformeerden een initiële onzekerheid was opgetreden, die echter snel wegebde. De lichte onzekerheid kan het gevolg zijn van een op dat ogenblik andere waardering van de aanvankelijk als vader geaccepteerde partner van de moeder. De kwaliteit van het ouderschap herstelde over het algemeen dit probleemje. Ook in de voorfase van het wetsvoorstel donorgegevens kunstmatige bevruchting is een telefonische enquête gehouden bij elf spermaklinieken in Nederland en België. Hieruit bleek dat slechts zeven (sic) van de 3500 kinderen geïnteresseerd waren in de spermadonor.

Nog indrukwekkender is de opmerking van Van Raak-Kuiper in haar vaker aangehaalde proefschrift, dat in de Verenigde Staten sinds 1884 van de meer dan 500.000 door middel van KID geboren kinderen slechts 19 kinderen een probleem hadden gehad, omdat zij de donor wel wilden, maar niet konden leren kennen.¹⁹⁹

In de Verenigde Staten heeft iedere donor een uniek ID-nummer. Op de website 'Donor Siblings Register' staan 27.000 geregistreerde donoren. Niet de kinderen, maar de 'ouders' blijken het meeste gebruik te maken van deze website, omdat zij geïnteresseerd zijn in de andere kinderen van hun donor. De voornaamste reden: nieuwsgierigheid. Zijn er overeenkomsten in uiterlijk of persoonlijkheid? Slechts in een klein aantal van de gevallen werden medische redenen als oorzaak van de belangstelling opgegeven. Alleenstaanden en lesbische paren bleken het meeste gebruik te maken van deze mogelijkheid. Slechts 20% van de heteroseksuele paren was op zoek naar informatie. Voor velen leek het belangrijker om feiten over de donor en de met zijn zaad tot stand gekomen kinderen te leren kennen dan de donor zelf te leren kennen. Bovendien bleek dat slechts een derde van de onderzoekenden hun kind op de hoogte bracht van de naspeuringen. Kortom, men was meer geïnteresseerd in de andere kinderen van de donor dan in de donor zelf. Dit is conform het onderzoek van het Centre. Dit staat dus in een schril contrast met de argumenten die altijd gebruikt worden om de anonimiteit van de donor op te heffen: het kennen van de donor in verband met genetische afkomst en identiteit van het kind.²⁰⁰

Hoewel in Frankrijk al in 1789 voor het eerst over een geslaagde kunstmatige inseminatie was geschreven, vond dit mogelijk toch pas in 1884 voor de eerste keer plaats in de Verenigde Staten. Een medische hoogleraar in Philadelphia nam het sperma van zijn 'best uitzijende' student en bracht dit in bij een vrouw in narcose. Noch de vrouw, noch haar onvruchtbare echtgenoot waren van de ingreep op de hoogte gebracht. Pas 25 jaar later is deze casus in een medisch tijdschrift gepubliceerd. In 1935 werd voor het eerst in Nederland KI toegepast bij een koe door de

199 Waltzer 1982, p. 91-102.

200 Centre for Family Research, University of Cambridge, 2010, p. 4.

dierenarts Siebenga. Pas in 1950 werd deze techniek in Nederland door o.a. Swaab en Levie ook bij mensen toegepast.

Ook Van Berkel geeft haar mening over de wens van KI-kinderen om hun 'roots' te kennen.²⁰¹ Zij stelt dat ontzettend veel aan de erfelijkheid wordt vastgeknoopt. Onze maatschappij hecht te veel waarde aan de biologische afstamming. In programma's als 'Spoorloos' (en het in de tijd van haar artikel nog niet aanwezige 'DNA onbekend') wordt te vaak de indruk gewekt dat iedereen op zoek is naar zijn biologische ouders. Bij adoptiekinderen is dat niet het geval en KI-kinderen zullen die drang nog minder voelen. Als de cijfers van De Knijf juist zijn, zou dat kunnen betekenen dat ieder jaar weer tussen de 45.000 en 55.000 kinderen een potentiële kandidaat zijn voor de genoemde TV-programma's. In de Nederlandse literatuur wordt het feit dat deze programma's per jaar 200 interessante gevallen in beeld brengen, als bewijs aangevoerd dat mensen graag hun 'roots' willen kennen.

Afgezien van de redenen die ouders kunnen aanvoeren om in het belang van het kind deze informatie niet te verschaffen, spelen soms ook persoonlijke belangen een rol: ongewilde infertiliteit, vooral van de man, wordt in de maatschappij toch als iets negatiefs ervaren. De man met als afgeleide de vrouw wil hiermee liever niet worden geconfronteerd. Een geslaagde KID- of IVF-zwangerschap met aansluitende geboorte kan deze 'afwijking' camoufleren. Bij een goede matching hoeft er ook geen twijfel te ontstaan over het 'echte' ouderschap.

Uit een onderzoek door kinderpsycholoog Slijper en kinderpsychiater Verhulst²⁰² zijn dezelfde argumenten, hier geciteerd uit het proefschrift van Van Raak-Kuiper, naar voren gekomen voor het niet geven van informatie over de donor als voor het geheimhouden van de wijze van verwekken (verwekkerstatus):

- het kind heeft een biologische moeder en vanaf de geboorte een (sociale) vader, dus er is sprake van een normale gezinssituatie, waardoor het kind niets hoeft te weten over de afstamming;
- schaamte over de onvruchtbaarheid van de man, met angst voor stigmatisering van de man;
- angst voor stigmatisering van het kind;
- angst voor traumatisering van het kind met onder andere de vrees dat het kind de sociale vader niet zal accepteren;
- bescherming van het kind ten aanzien van eventueel zoekgedrag naar eventueel niet te vinden afstammingsgegevens.

De conclusie van dit in opdracht van de regering uitgevoerde (voor)onderzoek was dat het niet hebben van toegang tot afstammingsgegevens mogelijk en zelfs wenselijk is.²⁰³

10.6 **Recht op afstammingsinformatie voor alle andere kinderen**

Na de bespreking van de twee gemakkelijke groepen kinderen, relatief klein in aantal, komt nu de grootste groep kinderen aan de beurt, die ook recht hebben op

201 Van Berkel 1999, p. 2.

202 Slijper & Verhulst 1991.

203 Wolfhagen 1997, p. 101.

afstammingsinformatie. Deze groep is ongeveer 175.000 kinderen groot. Al deze kinderen hebben ex art. 7 IVRK dezelfde rechten. Maar maken zij ook gebruik van dit recht? Overigens is deze groep kinderen niet homogeen. Grof ingedeeld valt de groep uiteen in kinderen die geboren zijn binnen de geïnstitutionaliseerde samenlevingsvormen, het huwelijk en het geregistreerd partnerschap, en de overige kinderen uit ongestructureerd samenwonen of bewust eenouderschap. Van de eerste groep lijkt voor de kinderen staande het huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren (58% in 2011 volgens het CBS) geen vuiltje aan de lucht.²⁰⁴ Voor de afstamming kan men terugvallen op de geboorteakte. Hierin staan de juridische ouders vermeld. Immers, van rechtswege zijn op grond van de art. 1:198 en 199 BW de ouders bekend. Na het gebruiken van DNA-tests bleek in 2007 meer dan 30% van de kinderen genetisch te verschillen van hun juridische vader. De getallen van Nederland betroffen kinderen geboren staande het huwelijk. Bij een onbewezen aanname dat dit aantal zeker niet lager zal liggen bij de geregistreerde partnerschappen, betekent dit dat een groot aantal kinderen onjuiste informatie heeft over de echte vader. Hier wordt bedoeld de genetisch verwante vader die door middel van de geslachtsdaad dit kind heeft verwekt, kortom: de genetische ‘geslachtsdader’. Ter adstructie mogen de CBS-cijfers dienen: volgens gegevens van CBS Statline over 2012 blijken er 1.686.840 gehuwde paren met één of meer kinderen te zijn, daarnaast 361.168 ongehuwde paren met één of meer kinderen en 510.894 éénouderhuishoudens.²⁰⁵

10.7 Recht op afstammingsinformatie is niet absoluut

Natuurlijk zijn er ook kinderen geboren uit eenmalige slippertjes, waarbij de vrouw de verwekker van het kind niet met name kent, maar in het merendeel van deze kinderen is de moeder de enige die weet wie de echte vader is. Om zijn recht op afstammingsinformatie te effectueren zou het kind aan zijn moeder moeten kunnen vragen wie de echte vader is. Om dit recht niet alleen als een holle frase te zien, zou de moeder verplicht moeten kunnen worden, zoals in de *Valkenhorst*-uitspraken, om de naam van de vader bekend te maken.

Als de moeder dat, om haar moverende redenen, niet wil, zou zij door de rechter daartoe gedwongen moeten kunnen worden. Immers, de belangen van het kind gaan vóór de belangen van de moeder (of de belangen van de vader in de verschillende uitspraken).

Echter, hier blijkt het relatieve recht van het kind. De moeder verplichten om de naam van de verwekker prijs te geven betekent een inbreuk op haar privacy, o.a. gegarandeerd in art. 8 lid 1 EVRM, dat niet alleen familie- en gezinsleven, maar ook privéleven beschermt. Op grond hiervan lijkt de moeder zich te kunnen onttrekken aan de plicht om deze informatie te verschaffen. Voor zover de auteur weet, zijn er nog geen juridische procedures geweest van kinderen jegens hun moeder om de naam van de echte vader te vertellen. Hij is ervan overtuigd dat

204 www.cbs.nl; zoek: Geboorten naar diverse kenmerken.

205 www.cbs.nl; zoek: Huishoudens; grootte, samenstelling, positie in het huishouden, 1 januari.

deze procedures, gezien de strikte opstelling van de Hoge Raad, een redelijke kans van slagen kunnen hebben.²⁰⁶

Art. 8 lid 2 EVRM verbiedt de inmenging van enig openbaar gezag in de uitoefening van het recht (respect voor het privéleven), tenzij dit bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is (in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of) voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. In het IVRK wordt het recht van het kind beschreven en door de verdragsluitende staten gegarandeerd. Rechtlĳnig geredeneerd zouden deze rechten van het kind kunnen worden begrepen onder ‘de bescherming van de rechten (en vrijheden) van anderen’, in casu het kind. In de zaak *Godelli v. Italy* gebruikte het Europese Hof het afwezig zijn van een goede balans om de belangen van de anonieme moeder en het later zoekende kind, als partijen in art. 8 lid 1 EVRM, tegen elkaar af te wegen om tot een voor de intussen oudere klaagster gunstige uitspraak te komen. Met enige goede wil kan de beslissing van het Hof ook worden uitgelegd in de geest van art. 8 lid 2 EVRM: de autoriteiten mogen geen inbreuk maken op het ‘right to respect for his private and family life (...)’, tenzij dit de uitoefening van een hoger recht, in dit geval het recht van het kind om, voor zover mogelijk, zijn ouders te kennen, belemmert. Het idee om de moeder te verplichten de naam van de vader te laten vertellen aan het kind is al eerder naar voren gebracht door Van Raak-Kuiper.²⁰⁷ In haar aanbeveling XIV stelt zij zelfs het hanteren van een dwangsom of gijzeling voor.

Behalve de juridische bezwaren, conflicterende rechten van de vrouw en van het kind, kleven aan deze gedachtegang ook praktische bezwaren. Bij aannahme van een aantal van meer dan 30% van de kinderen die niet de partner van de ‘juridische’ moeder als biologische vader hebben, betekent dit dat tussen rond de 50.000 vrouwen ieder jaar weer gedwongen zouden moeten worden om de ‘waarheid’ te vertellen, niet in het belang van het kind, maar in het belang van effectuering van het recht van het kind op afstammingsinformatie. Veel van deze koekoekskinderen (deze term is ontleend aan het proefschrift van Van Raak-Kuiper) zullen onder normale omstandigheden nooit te weten komen dat hun vader niet hun echte vader is. Omdat ook de partner van de vrouw dit niet weet, tenzij een toevallige DNA-test bij het kind en de ‘vader’ wordt uitgevoerd, kan het kind opgroeien in een stabiele omgeving met een juridische moeder en een voedstervader die van niets weet. Ook hier geldt weer: ‘Wat niet weet wat niet deert’.

Voor een goed begrip: in een normaal gezin ontstaan bij kinderen niet spontaan vragen over het echte vaderschap van hun vader. In de afgelopen 25 jaar heeft de auteur naar aanleiding van zijn doctoraalscriptie over het draagmoederschap en de laatste tijd vooral naar aanleiding van de

206 HR 3 januari 1997, NJ 1997/451, m.nt. J. de Boer (dochter op zoek naar identiteit biologische vader).

207 Van Raak-Kuiper 2007, p. 192, aanbeveling XIV.

hype van programma's als 'DNA onbekend' en 'Sporloos', regelmatig mensen gevraagd of zij wel eens aan hun moeder hebben gevraagd of hun vader wel hun 'echte' biologische vader was. Steevast kreeg hij als antwoord: 'Natuurlijk niet! Waarom zou ik?' Deze antwoorden geven naar zijn idee zeer duidelijk aan dat in de normale setting van een stabiele samenlevingsvorm van man en vrouw bij kinderen geen onrust of vraagtekens ontstaan over een dubieuze afstamming.

10.8 Kan een vrouw verplicht worden om afstammingsinformatie te geven?

Essentieel voor de beantwoording van deze vraag zijn enkele belangrijke nationale en internationale regelingen: recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer op grond van art. 10 GW en op grond van art. 8 lid 1 EVRM: een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven etc. De persoonlijke levenssfeer van art. 10 lid 1 GW wordt dus nader gepreciseerd in art. 8 lid 1 EVRM: privéleven ('private life'/'vie privée') en familie- en gezinsleven ('family life'/'vie familiale').

Verplichtingen opleggen aan de vrouw om altijd de naam van de echte vader te onthullen is in strijd met beide artikelen. In het algemeen wordt ook in de literatuur hierover zo gedacht. Merkwaardig in dit licht is dan natuurlijk wel dat de vrouw en haar echtgenoot zouden kunnen worden verplicht om andere informatie wel bekend te moeten maken, zoals de ontstaansgeschiedenis van hun kind. Als het laatste deel van art. 8 lid 2 EVRM niet van toepassing wordt verklaard om de inbreuk op de rechten van de vrouw te rechtvaardigen, moet dit natuurlijk ook gelden voor beide ouders. Volgens de eerste volzin van art. 8 lid 2 EVRM is immers geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan in de uitoefening van eerdergenoemd recht.

Zoals al eerder gesteld, wordt in art. 5 IVRK de autonomie van de ouders bevestigd: 'De staten eerbiedigen de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van de ouders'. Dit zijn dezelfde ouders die in dit verdrag onder art. 7 lid 1 IVRK bedoeld worden. In dit artikel wordt immers niet op deze 'ouders' de plicht gelegd om het kind, voor zover mogelijk, te informeren over zijn 'echte' ouders. Het IVRK is een verdrag tussen Staten. De Staten worden in art. 7 lid 1 IVRK verplicht om vanaf de geboorte, voor zover mogelijk, duidelijkheid te verschaffen over wie de ouders zijn.

Nog belangrijker is art. 8 lid 1 IVRK: 'De Staten die partij zijn, verbinden zich tot eerbiediging van het recht van het kind zijn of haar identiteit te behouden, met inbegrip van nationaliteit, naam en familiebetrekkingen zoals wettelijk erkend, zonder onrechtmatige inmenging'. Hier staat duidelijk dat de Staten niet het recht hebben om wettelijk erkende familiebetrekkingen te verstoren door de wettelijk erkende 'ouders' te verplichten de naam c.q. namen van de oorspronkelijke ouder (s) aan het kind mee te delen. De vraag of dit verdrag directe werking (tussen de burgers onderling) heeft, lijkt in deze irrelevant. De Staten dienen zich te onthouden van iedere activiteit die de eerbiediging van art. 8 lid 1 IVRK in gevaar brengt, derhalve ook van regelgeving die tussen de burgers onderling werking heeft.

Ook in de definitieve versie van het advies van het Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek wordt de vraag al opgeworpen welke ouders in dit art. 7 IVRK (en de andere artikelen van dit verdrag) worden bedoeld: de biologische ouders of de sociaalopvoedkundige ouders.²⁰⁸ Verondersteld wordt dat de toevoeging ‘voor zover mogelijk’ aan de verdragsluitende Staten een bepaalde beoordelingsruimte laat; anderzijds wordt gesteld dat de term ‘ouders’ niet verder gedefinieerd is. Het lijkt echter duidelijk dat met deze ‘ouders’ alleen die personen zouden moeten worden bedoeld, die verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van dit kind dan wel de verantwoordelijkheid van een ander (adoptie) hebben overgenomen. In het kader van dit proefschrift is het dus niet van belang van wie de oorspronkelijke gameten waren of naar welke uterus het embryo is getransfereerd. Het artikel spreekt de ‘juridische’ ouders aan.

Afgezien van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de vrouw zou een actie, gericht op de waarheid, de relatie tussen de twee partners onherroepelijk kunnen verstoren, uitmondend in een scheiding. Deze scheiding en de bij het kind opgeroepen onzekerheid over de echte vader kunnen zeker tot ernstige psychologische problemen leiden bij het kind. Hierbij dient te worden opgemerkt dat deze nieuwe ‘scheidings’ aan het nu al extreem hoge aantal door het CBS geregistreerde echtscheidingen zouden moeten worden toegevoegd.

Bij deze 18.000 echtscheidingen per jaar zijn al meer dan 30.000 kinderen betrokken. Alleen al het feit dat ouders niet langer samen met het kind een gezin willen blijven vormen, leidt tot mogelijk meer dan 50.000 kinderen die hulp nodig hebben. Bij dit aantal behoeven echt nog niet de kinderen te komen, die ten gevolge van de ‘plicht’ van de vrouw om de echte vader te noemen uit een voorheen stabiel gezin bij een scheiding betrokken raken. Kortom, het belang van het kind de iure beschermt hier de facto het belang van de vrouw.

10.9 Vaderloze kinderen hebben ook recht op een vader en dus op afstammingsinformatie

Het hierboven gehouden pleidooi om de moeder niet te verplichten de echte vader te noemen, betreft vanzelfsprekend al die situaties waarbij geen enkele twijfel is ontstaan. In die gevallen heeft het kind twee ouders, een vader en een moeder. Echter, er is ook een aantal situaties waarin het kind een vader had, maar de moeder het kind deze vader afneemt (art. 1:200 BW), of de vrouw de naam van de biologische vader, de daadwerkelijke verwekker, niet kent of niet wil noemen. Het in de tijd losser worden van de seksuele moraal heeft ongetwijfeld geleid tot een groter aantal geslachtsdaden tussen twee onbekenden, de zogenaamde ‘one night stand’, waarbij een ongewenste zwangerschap het gevolg kon zijn. Enerzijds moet dit aantal in absolute zin niet worden overdreven, anderzijds zijn ook de mogelijkheden om een ongewenste zwangerschap te voorkomen fors uitgebreid. Echt ongewenste zwangerschappen zijn dus het gevolg van een niet door de

²⁰⁸ Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek, Advies nr. 27 van 8 maart 2004 betreffende de donatie van sperma en eicellen, p. 9 en 20.

vrouw gewenste geslachtsdaad: de verkrachting (zie hiervoor hoofdstuk 12). Gelukkig betreft dit in de Nederlandse samenleving slechts een klein aantal vrouwen. De grote meerderheid van de vrouwen kent de biologische vader, de ‘geslachtsdader’, wel, maar wil om hen moverende redenen de naam niet bekendmaken. Deze vrouwen ontnemen willens en wetens hun kind het recht om zijn vader te kennen. De auteur wil en kan op deze plaats geen waardeoordeel uitspreken of een kind alleen door deze wetenschap, maar zonder een aanwezige vader, gelukkiger of ongelukkiger opgroeit. Deze kinderen hebben nooit een aanwezige vader gehad.

Dit in tegenstelling tot het kind dat door zijn moeder op grond van een actie ex art. 1:200 BW en sinds 1 april 2014 (het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap) op grond van art. 1:202a BW, zijn juridische vader (of gendervrij geformuleerd: zijn tweede juridische ouder) kwijtraakt. In dat geval is de auteur echter van mening dat de wetgever de plicht heeft om in het belang van het kind alles in het werk te stellen, opdat het kind een vader (een tweede juridische ouder) houdt dan wel krijgt. In het vervolg van deze paragraaf moet waar ‘geen’ vader staat ook ‘geen’ moeder worden begrepen. Dit moet dan wel het resultaat zijn van een geslaagde ontkenning van het vaderschap ex art. 1:200 BW of van het moederschap ex art. 1:202a BW.

Immers, in het huidige recht zijn er situaties waarin het kind ‘geen’ vader heeft, zoals eerder vermeld na o.a. een geslaagde ontkenning van het vaderschap. Een duidelijke inspanning van of verplichting voor de juridische moeder om daarin verandering te brengen, is niet wettelijk geregeld. In art. 10:95 BW wordt extensief het ontstaan van de familierechtelijke betrekking door erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in het internationaal privaatrecht beschreven. De opmerking van de auteurs Curry-Sumner en Vonk in hun kwartaalbericht is uit het hart van de schrijver van dit proefschrift gegrepen als zij schrijven: ‘Daarna (in dit bovengenoemd art. 10:95 BW) volgt nog een aantal mogelijkheden als ook dit laatste recht niet in erkenning voorziet, om er maar voor te zorgen dat het kind een vader kan krijgen’. Ook de Nederlandse wetgever zou zich maximaal moeten inspannen ‘om er maar voor te zorgen dat het kind (ook ieder Nederlands kind) een vader kan krijgen’.²⁰⁹

De wetgever zou bijvoorbeeld aan het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning door de vrouw de voorwaarden kunnen verbinden dat de vrouw tegelijkertijd een akte van erkenning overlegt dan wel het resultaat van een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap. Hierbij zou de tekst van de art. 1:204 lid 1, onder e, en 207 lid 2, onder a, BW als volgt moeten worden gewijzigd: ‘terwijl er twee ouders zijn, zonder dat een verzoek tot gegrondverklaring van een ontkenning van een door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstaan vaderschap dan wel een verzoek tot vernietiging van een erkenning is ingediend’.

209 Curry-Sumner & Vonk 2013, paragraaf 3.2.2. Inmiddels is ook art. 10:95 BW zoveel mogelijk sekseneutraal gemaakt op grond van de Wet lesbisch ouderschap.

Dit voorstel kent slechts één belang: het belang van het kind. De bedoeling is om de periode waarin een kind geen vader heeft, tot het absolute minimum te beperken. Omdat het moment van ‘vader worden’ of ‘niet vader worden’ voor de drie acties duidelijk verschilt, kunnen ook de voorstellen niet voorkomen dat het kind in het verleden geen (bekende) vader heeft gehad. Zowel het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane vaderschap (art. 1:202 lid 1 BW) als de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap (art. 1:207 lid 5, eerste volzin, BW) werken terug tot de geboorte, nadat de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan. De erkenning heeft gevolg vanaf het tijdstip waarop zij is gedaan, en heeft dus geen terugwerkende kracht (art. 1:203 lid 2 BW).

Er ontstaan derhalve de volgende drie mogelijkheden.

1. De beschikking ex art. 1:202 lid 1 BW is in kracht van gewijsde gegaan en de vrouw doet verder niets: het kind heeft geen (bekende) juridische vader, nooit gehad.
2. De beschikking ex art. 1:202 lid 1 BW is in kracht van gewijsde gegaan en de vrouw start een actie ex art. 1:207 lid 1 BW. Nadat de beschikking van de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap in kracht van gewijsde is gegaan, heeft het kind vanaf de geboorte een tweede juridische ouder. In de tijd tussen het in kracht van gewijsde gaan van deze twee rechterlijke beschikkingen heeft het kind dus geen tweede juridische ouder. Door de terugwerkende kracht heeft het kind altijd een tweede juridische ouder gehad.
3. De beschikking ex art. 1:202 lid 1 BW is in kracht van gewijsde gegaan en de vrouw stemt toe in een erkenning. Tot het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking had het kind een juridische vader. Op het moment van het ‘verdampen’ van dit vaderschap kan de erkenning plaatsvinden. De facto krijgt het kind een tweede juridische ouder. In de periode tussen de geboorte en de erkenning had het kind geen (bekende) tweede juridische vader.

Het is duidelijk dat hier een pleidooi gevoerd wordt voor een actuele, naadloze, overgang in het ouderschap in de voorbeelden 2 en 3. Daarvoor is het nodig dat acties gestart moeten kunnen worden op het moment waarop juridisch nog steeds sprake is van twee ouders.

Deze uitbreiding garandeert dat het kind twee ouders houdt, een continuering van zijn recht om zijn beide ouders te kennen.

Zoals boven vermeld, sluiten helaas de verschillende gevolgen van de acties niet naadloos op elkaar aan. De gegrondverklaring van de ontkenning heeft tot rechtsgevolg dat de desbetreffende man nooit de juridische vader van het kind geweest is. Nadat de desbetreffende beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, heeft het kind nooit een juridische vader gehad (art. 1:202 lid 1 BW). Bij de erkenning, met toestemming van de moeder, wordt de man pas de juridische vader vanaf het moment van erkenning of vanaf de geboorte bij prenatale erkenning (art. 1:203 lid 2 BW). Bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap werkt de rechterlijke beschikking wél terug tot de geboorte (art. 1:207 lid 5, eerste volzin, BW). Dus bij de koppeling van de rechterlijke procedures waarbij bewijs van het een of ander moet worden geleverd, ontstaat, met terugwerkende kracht, geen hiaat in het juridisch ouderschap. Theoretisch zou dit betekenen dat aan deze laatste twee procedures de voorkeur moet worden gegeven, ware het niet dat de erkenning met instemming van de erkennende persoon zelf, al dan niet biologische vader, plaatsvindt, terwijl de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap in

de meeste gevallen tegen de zin van de persoon, genoemd in art. 1:207 lid 1, aanhef, BW, of zijn nazaten zal plaatsvinden.

Indien de vaststelling van het ouderschap alleen leidt tot het vastleggen van dezelfde onderhoudsverplichtingen die ex art. 1:394 BW al op grond van het enkele verwekkerschap op de persoon rusten en niet tot de vorming van een gezin, is het meer in het belang van het kind dat het opgroeit in het gezin van de toestemmende moeder en de erkennende persoon, ook al ontstaat er dan een lacune in het ‘bekende’ ouderschap.

De betrekkelijke personen van de art. 1:207 en 394 BW zijn dezelfde, met uitzondering van de overledene in art. 1:207 BW. In beide artikelen gaat het over de verwekker en de persoon die als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. De vaststelling van de betrokkenheid van genoemde personen bij de geboorte van dit kind verloopt op exact dezelfde manier: DNA-bewijs en/of schriftelijk bewijs. In beide artikelen wordt vastgesteld wie verantwoordelijk is voor de geboorte van dit kind. De meerwaarde van art. 1:207 BW ligt in de mogelijkheid dat het kind (op verzoek van de moeder, zolang het kind niet de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt) met de eerder genoemde persoon met terugwerkende kracht in een familierechtelijke betrekking kan worden gebracht. Een ander verschil is dan natuurlijk ook dat in art. 1:207 lid 1, onder a en b, BW de verzoekers limitatief worden genoemd, terwijl dit in art. 1:394 BW wordt opengelaten.

Overigens komen bij de adoptie dergelijke lacunes in het ouderschap niet voor. Weliswaar worden de oorspronkelijke ouders vóór de adoptie-uitspraak uit het ouderlijk gezag ontheven, maar het juridisch ouderschap gaat pas definitief over nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan (art. 1:229 en 230 lid 1 BW). Ook bij deze juridische procedure is er dus een naadloze overgang.

10.10 Wanneer moet afstammingsinformatie worden gegeven?

Buitenechtelijke, voorechtelijk verwekte, maar binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren, en door KID verwekte kinderen zullen in het algemeen, net zoals de andere binnenechtelijke kinderen, geen vragen stellen over hun afstamming. Zoals al eerder is gesteld, behoort het tot de autonomie van de ouders om ervoor te zorgen dat zij, indien er geen vraagtekens ontstaan door wat of wie dan ook, hun kinderen de rust geven van een zeker ouderschap. Indien er vragen opkomen, hebben zij de plicht om die informatie te geven, die op dat moment voor het kind is te begrijpen. Indien zij de informatie niet geven, omdat er geen behoefte is, maar later worden geconfronteerd met deze door hen gekozen nalatigheid, zullen zij het kind ook hun motieven duidelijk moeten maken. (*Een in de familie van de schrijver bekend adagium was: ‘Ook ideale, liefdevolle ouders maken fouten’.*)

Bij acceptatie van de latere voorstellen van notariële gametendonatie, draagmoederschap en juridisch ouderschap vanaf de conceptie en geslaagde innidatie behoeven deze vragen bij deze kinderen niet te ontstaan. Op ieder moment is

duidelijk wie bij deze kinderen de juridische ouders zijn, vanaf de conceptie en dus ook bij de geboorte. Tot het moment van die acceptatie worden ook kleine aantallen kinderen geboren via eiceldonaties. Ook deze kinderen kunnen een behoefte krijgen om hun ‘echte’ genetische moeder te leren kennen.

Hoewel dit buiten het kader van dit proefschrift valt, is het evident dat bij nationale adopties (20 per jaar) en interlandelijke adopties (rond de 500 per jaar) de noodzaak tot statusinformatie met latere afstammingsinformatie veel meer voor de hand ligt.²¹⁰ Dit geldt des te meer voor de adopties door paren van hetzelfde geslacht. De vragen zullen bij deze kinderen vaak spontaan opkomen door de vergelijkingen met hun ouders, fenotypische verschillen, of met hun leefomgeving, kinderen met een vader én een moeder. Ook voor deze ouderparen geldt dat zij het recht en de plicht hebben om hun kind zo goed mogelijk op te voeden en op het juiste tijdstip zo goed mogelijk voor te lichten.

Steun voor dit standpunt is te vinden in het vaker aangehaalde advies van het Belgisch Raadgevend Comité.²¹¹ Een conclusie van dit comité, van belang in het kader van dit proefschrift, betrof de vraag: ‘Wie is de juridische ouder?’ of anders gezegd: ‘Moet het kind alles weten?’. Unaniem was men van mening dat geen enkel argument sterk genoeg is om ouders te verplichten hun kinderen te informeren over hun ‘ontstaanswijze’. Zij stellen dat het recht van het kind om zijn ontstaanswijze te kennen minder belangrijk is dan het autonome recht van de ouders om hun kind de best mogelijke opvoeding en verzorging te geven. Daarnaast benadrukken zij ook het recht van bescherming van het privéleven van beide ‘ouders’.

10.11 Samenvatting

Dit hoofdstuk beschreef het recht van het kind om zijn ouders te kennen, de plicht van de ouders om hun kind te informeren over zijn afstamming en de conflicten die het gevolg kunnen zijn van enerzijds dit recht en anderzijds deze plicht. Veel aandacht werd geschonken aan het grote aantal niet-genetische vaders en de daaruit voortvloeiende problemen voor de moeders. De conclusie van dit hoofdstuk moet zijn:

1. dat ieder kind recht heeft om te weten wie zijn ouders zijn;
2. dat titel 1.11 BW geen onderscheid maakt tussen echte ‘biologische’ en adoptiefouders;
3. dat het kind het recht, maar niet de plicht, heeft om van het onder 1 genoemde recht gebruik te maken;
4. dat ouders de plicht hebben om hun kinderen zo goed mogelijk te verzorgen en op te voeden en dat ouders in dezen een hoge mate van autonomie hebben;

210 Van Raak-Kuiper 2007, p. 39-47.

211 Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, Advies nr. 27 van 8 maart 2004 betreffende de donatie van sperma en eicellen, p. 22.

5. dat ouders ook mogen en moeten bepalen of en zo ja, op welk moment zij het kind informatie geven over de totstandkoming van hun ouderschap;
6. dat daarbij het belang van het kind altijd de hoogste prioriteit heeft;
7. dat soms deze belangen van het kind ook in het belang van de moeder kunnen zijn, zodat zij niet gedwongen kan worden om de naam van de 'echte' vader (de verwekker of aan haar bekende spermadonor) bekend te maken;
8. dat een moeder de rechten van haar kind moet eerbiedigen om zijn ouders te kennen en dus alles in het werk moet stellen dat dit kind dan ook twee, hem bekende, ouders heeft;
9. dat op grond van een nieuw wetsartikel de mogelijkheid moet worden gecreëerd de periode van het vaderloos zijn van het kind tot een absoluut minimum te beperken.

11 | Trendsetter versus trendfollower

11.1 Wet openstelling huwelijk trendsettend

Nederland mag voor wat het homohuwelijk betreft als trendsetter worden betiteld.

Hieronder volgt nu een beschrijving van de ontwikkeling van het homohuwelijk in Nederland en daarna in andere landen. Een eerste stap om een einde te maken aan de toch onmiskenbaar in de Grondwet verboden discriminatie om de homoseksuele burger anders te behandelen dan de heteroseksuele burger, werd gezet in 1988. De toenmalige hoofdofficier van justitie in Breda, Habeke,²¹² startte met een groep medestanders een proces om het huwelijk tussen twee homoseksuele partners mogelijk te maken. Zoals was te verwachten, werd hier verwezen naar art. 12 EVRM: ‘Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht om te huwen en (...)’. Daarnaast was art. 14 EVRM zeer belangrijk: ‘Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook (...)’. Dit artikel volgt met een niet-limitatieve opsomming van voorbeelden (niet-limitatief, omdat de redactie ‘zonder onderscheid op welke grond ook’ geen beperking toelaat). Dit leidde voorlopig niet tot een verandering. Zelfs op 19 oktober 1990 stelde de Hoge Raad²¹³ in zijn beschikking dat art. 12 EVRM aan personen van gelijk geslacht geen recht geeft om een huwelijk met elkaar aan te gaan. De Hoge Raad volgt in deze beschikking de gedachtegang van het Europese Hof van 17 oktober 1986.²¹⁴ Het Hof oordeelde toen dat het in art. 12 EVRM vastgelegde recht om te huwen alleen betrekking had op het gebruikelijke huwelijk tussen man en vrouw. Bijna vanzelfsprekend voor deze tijd is daarbij ook dat het Hof aan de term ‘het gezin’ de beperkte, maar op dat moment gebruikelijke, uitleg gaf van een man en een vrouw en één of meer kinderen.

In Nederland denderde de trein wél door. Uiteindelijk werd per 1 januari 1998²¹⁵ voor het eerst de mogelijkheid geopend voor homoseksuele (overigens ook voor heteroseksuele) stellen om een geregistreerd partnerschap aan te gaan.

212 J.W. Habeke, Nieuwsblog nrc.next, ‘Het homohuwelijk bestaat tien jaar’. Bron: www.nrcnext.nl/blog/2011/04/01/het-homohuwelijk-bestaat-tien-jaar/.

213 HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129, m.nt. E.A.A. Luijten en E.A. Alkema (*homohuwelijk*).

214 EHRM 17 oktober 1986, *NJ* 1987/945, m.nt. E.A. Alkema (*Rees v. United Kingdom*). Anders EHRM 24 juni 2010, appl.nr. 30141/04; *AA* 2011, p. 299-304, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Schalk and Kopf v. Austria*).

215 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 324, in werking getreden op 1 januari 1998, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opnemingsdaarvan bepalingen voor het geregistreerd partnerschap. Zie ook de Aanpassingswet geregistreerd partnerschap, Wet van 17 december 1997, *Stb.* 1997, 660, eveneens in werking getreden op 1 januari 1998, tot aanpassing van wetgeving aan de invoering van het geregistreerd partnerschap in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

Pas drie jaar later werd bij de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk op 1 april 2001 de discriminatie voor wat betreft het huwelijk tussen heteroseksuele en homoseksuele partners opgeheven. Voor het recht van deze homoseksuele paren om ook een gezin te stichten ex art. 12 EVRM moest nog een lange moeizame weg worden afgelegd. Bij het tot stand komen van dit proefschrift was een eerste stap gezet voor wat betreft de gehuwde en geregistreerde lesbische stellen.

Sinds 1 april 2001 is ook in een aantal andere staten de betekenis van het universele verbod van discriminatie doorgedrongen. Op dit moment is in navolging van Nederland in de volgende staten van Europa het huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht mogelijk: België, Spanje, Portugal, Denemarken, Zweden, Noorwegen en IJsland. Daarnaast is ook in Zuid-Afrika, Canada, Argentinië, een aantal staten van de Verenigde Staten en Mexico het homohuwelijk gelegaliseerd. Er is duidelijk sprake van een toenemende acceptatie en dus legalisatie van het homohuwelijk. Ook in Uruguay, Frankrijk en Nieuw Zeeland is het homohuwelijk recent gelegaliseerd.

In de periode van 1 april 2001 tot 1 januari 2011 zijn in Nederland 14.813 huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht gesloten. Er bleek geen opvallend verschil in de man-manhuwelijken en de vrouw-vrouwhuwelijken: 7291 tegen 7522. Overigens moet voor een relativisering van het aantal homohuwelijken ook het aantal huwelijken tussen heteroseksuele paren worden genoemd. Dit aantal was in dezelfde periode 761.010 huwelijken.²¹⁶ De cijfers van het CBS²¹⁷ over 2012 tonen hetzelfde beeld: er waren 69.030 heteroseksuele huwelijken, 544 huwelijken tussen twee mannen en 741 huwelijken tussen twee vrouwen. In dezelfde periode waren 8789 nieuwe partnerschapsregistraties tussen man en vrouw, 217 tussen twee mannen en 218 tussen twee vrouwen aangegaan. Van de ongeveer 55.000 homokoppels blijkt derhalve ongeveer een vijfde deel gehuwd. Het CBS vermeldt verder dat er iets meer dan 4,1 miljoen heterostellen zijn. In hoofdstuk 10 is over het probleem van de kinderen gesproken die de dupe worden van een scheiding. In dit kader is het misschien voor een enkele criticaster vermeldenswaard dat er geen opvallend verschil bestaat tussen de percentages scheidingen bij huwelijken van homoseksuele paren en de percentages scheidingen bij huwelijken van heteroseksuele paren.

Op het gebied van het homohuwelijk mag Nederland dus de titel van trendsetter dragen, hoewel ook de baring van deze boreling met veel vooral emotionele en irrationele argumenten lang is tegengehouden.

11.2 Wet lesbisch ouderschap trendsettend

Bij de invoering van het lesbisch ouderschap van rechtswege was een argument tot hantering van het tweesporenbeleid van enerzijds het van rechtswege verkrijgen van het juridisch ouderschap, onder voorwaarden, en anderzijds het hand-

²¹⁶ Reformatorisch Dagblad 25 oktober 2012 (online).

²¹⁷ www.cbs.nl; zoek: jaarlijkse aantal huwelijkssluitingen (gewijzigd op 27 juni 2012).

haven van een weliswaar snellere stiefouderadoptie, dat het buitenland een en ander niet zou begrijpen en accepteren. Dit is een fraai bewijs van: ‘L’histoire se répète’. Waaldijk²¹⁸ maakte zich in 1995 al kwaad over staatssecretaris Schmitz dat in de notitie ‘Leefvormen in het familierecht’ van 7 september 1995 ‘te pas en te onpas met het buitenland (wordt) geschermd, onder meer ter rechtvaardiging van handhaving van de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk’. Ook het ontbreken van een andere motivering voor deze stellingname dan de verwijzing naar ‘de juridische problemen die zeker in het internationale verkeer zouden optreden’ veroorzaakte bij Waaldijk duidelijke wrevel. Dezelfde analogie van het opheffen van het bordeelverbod en de acceptatie van het altruïstisch draagmoederschap, namelijk het ‘argument’ dat de vrouw geëxploiteerd wordt, is ook te zien bij deze twee vormen van nieuwe, aan de tijd aangepaste, wetgeving. Bijna krampachtig wordt een oud argument, het onwillige en onbegrijpende buitenland, opgevoerd om noodzakelijke wetgeving tegen te houden. Ook de wetsartikelen betreffende het juridisch ouderschap van gehuwde en geregistreerde lesbiennes is in de wereld trendsettend.

11.3 Legalisering van het draagmoederschap in Nederland: nog niet echt trendvolgend

In tegenstelling tot het in de wereld vooroplopen met de openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht (om de door velen verafschuwde term ‘homohuwelijk’ te vermijden) en de regeling voor gehuwde en door een geregistreerd partnerschap verbonden lesbiennes om, indien voor de conceptie gebruik is gemaakt van een aanvankelijk anonieme zaaddonor, de partner van de vrouw uit wie het kind geboren is, van rechtswege juridisch ouder te laten worden, mag Nederland op het gebied van het draagmoederschap tot de ‘slow trend-followers’ gerekend worden. Hoewel er over dit onderwerp zeer regelmatig in de wetenschappelijke literatuur (o.a. proefschriften, preadviezen en tijdschriftartikelen) en in mededelingen van de staatssecretaris wordt geschreven, verandert er in essentie niets. Ook nu is in het Burgerlijk Wetboek nog geen artikel te vinden waarin over het draagmoederschap wordt gerept. In titel V van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, getiteld: ‘Misdrijven tegen de openbare orde’, wordt eerst in art. 151b leden 1 en 2 Sr een aantal zaken betreffende het draagmoederschap verboden om pas in lid 3 van dit artikel te definiëren wat onder een draagmoeder wordt verstaan: ‘Als draagmoeder wordt aangemerkt de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen’.

218 Waaldijk 1995, p. 223-228.

Algemeen wordt aangenomen dat de redactie van art. 151b Sr het altruïstisch draagmoederschap niet verbiedt. In tegenstelling tot orgaandonatie, waarbij de Samaritaan zijn nier ter donatie aanbiedt, mag een potentiële draagmoeder haar diensten niet middellijk of onmiddellijk aanbieden. Het argument, al gebruikt tegen de afschaffing van het bordeelverbod, wordt opnieuw gebruikt: 'Het draagmoederschap zou tot een commerciële activiteit en uiteindelijk tot uitbuiting van de vrouw kunnen leiden'. Met deze rigide opstelling wordt ook het ontstaan van niet-commerciële bemiddelingsinstituten verhinderd. Men moet voor het vervullen van zijn kinderwens uitwijken naar andere landen: het draagmoeder-schapstoerisme is geboren. In plaats van een regulering en facilitering in eigen land moet de wetgever nu toezien dat wensouders in het buitenland tegen soms absurd hoge bedragen een draagmoeder gaan zoeken. Ter adstructie volgen hier enkele voorbeelden. In de Verenigde Staten kunnen de totale kosten tussen de 75.000 en 150.000 dollar liggen. In Oekraïne bedragen de kosten slechts 25.000 dollar. Echt goedkoop was India. Daar bedroeg de prijs aanvankelijk € 1200. Thans wordt in het rapport Mensenhandel over een bedrag van 25.000 dollar gesproken.²¹⁹ De Confederatie van de Indiase Industrie verwacht dat in India in 2012 de 'voortplantingsindustrie' het land zo'n € 1,7 miljard gaat opleveren.²²⁰ Bij al deze bedragen komen nog wel de reis- en verblijfkosten van de wensouders. Een en ander maakt meteen duidelijk dat het gebruiken van deze buitenlandse draagmoeders voor een beperkt aantal, financieel wat beter gesitueerde, wensouders is weggelegd. Na de meestal in de prijs opgenomen kosten van de lokale legalisering van het wenskind in het geboorteland, kunnen in Nederland ook nog kosten voor juridische procedures volgen. De conclusie is duidelijk.

1. Het strikt vasthouden aan art. 151b leden 1 en 2 Sr leidt tot een ongewenst draagmoeder-schapstoerisme, waarbij naast de mogelijk uitgebuite draagmoeder zeker de wensouders uitgebuit worden.
2. De rigide opstelling van de wetgever discrimineert de minder draagkrachtige wensouders.

De grote verschillen in de buitenlandse rechtsstelsels voor wat betreft het draagmoederschap en de daaropvolgende afstand/overdracht van het kind aan de wensouders leiden tot uitgebreide, vaak moeizame, maar in ieder geval kostbare en tijd vergende procedures, waarbij vaak niet het belang van het kind, maar het belang van de rechtsstaat vooropstaat. Bijvoorbeeld is het tot nu toe in een aantal landen aan homoseksuele paren niet toegestaan om een kind te krijgen door middel van een draagmoeder-schapsconstructie. In Frankrijk, waar iedere vorm van draagmoederschap verboden is, is ook KI alleen bij heteroseksuele paren toegestaan, dit bijvoorbeeld in tegenstelling tot Spanje, waar KI bij lesbische

219 Nationaal Rapporteur Mensenhandel, 'Mensenhandel met het oogmerk van orgaanverwijdering en gedwongen commercieel draagmoederschap', 2012.

220 Geesink & Steegers 2011, p. 122 (in de *Volkscrant* van 1 maart 2012: 'Zolang een vrouw een baarmoeder heeft, kan ze gewoon kinderen krijgen').

paren en alleenstaande vrouwen wél mogelijk is. Voor de volledigheid zij hier vermeld dat dit laatste ook in Nederland en Groot-Brittannië is toegestaan.

Door een goede regulering en legalisering kunnen veel problemen voorkomen worden. Bij een gerichte facilitering kunnen meer kinderloze paren worden geholpen. Bij het accepteren van de nieuwe denkbeelden over het ontstaan van het leven, het ontstaan van het juridische ouderschap en de daaruit volgende betekenis voor het draagmoederschapscontract, zouden ook eventuele problemen bij de geboorte voorkomen kunnen worden.

Tijdens het schrijven van dit proefschrift vonden in de wereld al veranderingen plaats in de wijze van acceptatie van het fenomeen draagmoederschap. Deze veranderingen zijn:

1. het niet langer ontkennen dat het draagmoederschap bestaat. Vaak is er sprake van heftige discussies in de desbetreffende samenleving, maar bestaat er nog geen regeling;
2. het bij wet verbieden van iedere vorm van draagmoederschap met strenge handhaving door bedreiging met forse sancties;
3. het wel bij wet verbieden van iedere vorm van draagmoederschap, maar het gedogen van altruïstische draagmoederschappen;
4. het bij wet verbieden van commerciële draagmoederschappen, maar het toestaan van de altruïstische vorm;
5. het bij wet regelen en dus onder voorwaarden toestaan van iedere vorm van draagmoederschap.

11.4 Landen waar het draagmoederschap is toegestaan of zelfs gelegaliseerd

Voordat met gebruikmaking van het UCERF-rapport de status van het draagmoederschap en de juridische consequenties daarvan voor het juridisch ouderschap in vooral West-Europa wordt besproken, volgt hier nu eerst een summier opsomming van staten waarvan bekend is dat zij op de een of andere wijze draagmoederschappen toestaan.²²¹ In de volgende staten van de Verenigde Staten is het draagmoederschap min of meer juridisch geaccepteerd: Texas, Californië, Virginia, Washington, Arkansas, Illinois, Florida, Noord-Dakota, Nevada en New Hampshire. Met de beperking ‘min of meer’ wordt aangegeven dat in individuele gevallen een lokale rechter altijd nog een afwijkend oordeel kan vellen. Ook in bepaalde provincies in Canada en enkele staten in Mexico is het draagmoederschap geregeld.

In India is het in negatieve zin zo goed geregeld, dat men daar het draagmoederschap zelfs als een serieuze inkomstenbron voor arme vrouwen beschouwt. Het vaak opgeroepen angstbeeld van uitbuiting van de sociaal zwakkeren wordt helaas in India bevestigd.

221 Boele-Woelki 2011, p. 281-289.

Hoewel sinds 1996 in Israël het draagmoederschap wettelijk is geregeld, worden toch nog veel geïnteresseerden doorverwezen naar instituten in de Verenigde Staten. Dit heeft volledig te maken met de wijze waarop dit draagmoederschap als legaal wordt aangemerkt. Het feit dat een speciale commissie van het ministerie van Volksgezondheid de aanvragen en de contracten voor een draagmoederschap moet beoordelen en goedkeuren, is niet uitzonderlijk. Wel is bijzonder dat het draagmoederschap alleen wordt toegestaan door middel van een embryotransfer, nadat in-vitrofertilisatie heeft plaatsgevonden met de geslachtscellen van beide wensouders. Het laagtechnologisch draagmoederschap is in Israël derhalve niet mogelijk, omdat de joodse wet bij draagmoederschap geen kunstmatige inseminatie toestaat. Een dan ontstaan kind is onwettig ('mamzerut'). Overigens staat 'The Law of Agreements to Carry Embryos-Authorization of the Agreement and the Status of the Child' wel toe dat gebruik gemaakt wordt van een aan de wensmoeder gedoneerde eicel. In sectie 2 van deze wet wordt eveneens bepaald dat alleen Israëlische ingezetenen en zij die gehuwd zijn (heteroseksueel, maar niet homoseksueel), voor een goedkeuring van de aanvraag in aanmerking komen.²²² Een andere complicerende factor die het draagmoederschapstoerisme naar de Verenigde Staten mogelijk verklaart, is het feit dat volgens de joodse wet de religie van het kind wordt bepaald door de moeder die het kind baart. Joodse wensouders kunnen derhalve alleen gebruik maken van ongehuwde joodse draagmoeders.²²³ Het moge duidelijk zijn dat hier sprake is van een conflict tussen wet en geloof. De genetische wensouders worden uiteindelijk de juridische ouders, maar de barendende vrouw bepaalt het geloof van het kind.

In Europa is bekend dat in Rusland, Oekraïne, Griekenland en Cyprus het draagmoederschap juridisch is geregeld. Turkije en de Baltische staten werken mee aan het tot stand komen van draagmoederschappen bij buitenlandse draagmoeders.

Misschien overbodig is hier de herhaling dat het acceptatiebeleid in Nederland voor de participanten in een draagmoederschapsconstructie zeer streng is. Dit geldt zowel voor de potentiële draagmoeder als voor de toekomstige (wens)ouders. Dit wat starre beleid maakt dat soms het hele driespan (en bij een eiceldonatie zelfs het vierspan) naar een land verhuist waar minder strenge eisen gelden. De bezwangerde Nederlandse vrouw bevalt in Nederland. Via de gangbare afstand/adoptieprocedure kunnen de wensouders de juridische ouders worden. Kortom, bij het beschikbaar zijn van een mogelijke Nederlandse draagmoeder is dit de gemakkelijkste weg. In de andere gevallen is men aangewezen op buitenlandse draagmoeders met alle juridische consequenties van dien.

De auteurs van het UCERF-rapport hebben 'in opdracht van het WODC op verzoek van de Directie Justitieel Beleid' o.a. een onderzoek uitgevoerd naar de aard en omvang van het commercieel draagmoederschap in Nederland. In dit onderzoek is ook naar de status en begeleidende omstandigheden van dit draag-

222 Opolion 2012, p. 1-3.

223 Kievits 2001, p. 1171.

moederschap in de Nederland omringende landen gekeken. Uit de gepresenteerde tabellen met apart verzamelde aanvullingen is duidelijk geworden dat:

1. eigenlijk alleen in Groot-Brittannië het draagmoederschap is geregeld en toegestaan;
2. in België en Polen het draagmoederschap niet wettelijk is geregeld;
3. in Duitsland en Zweden een restrictief beleid bestaat zonder wettelijke regeling;
4. ook in Noorwegen sprake is van een restrictief beleid (voor de auteurs van het rapport was het onduidelijk of al dan niet enige regeling bestond);
5. in Frankrijk en Spanje het absolute verbod op draagmoederschap wettelijk zeer goed is geregeld wegens strijd met de openbare orde, maar dat met name in Spanje dit verbod niet stringent wordt nageleefd;²²⁴
6. in Oostenrijk met de invoering van het Fortpflanzungsmedizingesetz van 1992 draagmoederschap juridisch is geregeld.²²⁵

Naast Nederland met art. 151b Sr kennen ook Duitsland, Zwitserland, Italië, Engeland en Frankrijk strafrechtelijke bepalingen die op het draagmoederschap betrekking hebben. Merkwaardig is dus dat Spanje, het andere West-Europese land in de tabellen dat draagmoederschap formeel niet toestaat, geen specifieke bepalingen hierover in het strafrecht heeft opgenomen. In de landen die geen specifieke strafrechtelijke bepalingen hebben, gelden echter wel indirecte strafrechtelijke bepalingen, zoals o.a. de illegale plaatsing van het kind, de valse geboorteaangifte of het medewerken aan het tot stand komen van een commerciële draagmoederschapsovereenkomst. Dat de realiteit niet volledig gedekt wordt door de informatie in de tabellen, blijkt uit het wetgevingsstuk van de Belgische Senaat.²²⁶ De schrijfsters refereren aan het arrest van het Belgische Hof van Cassatie, waarin de erkenning door een vader na het anoniem bevallen in Frankrijk niet strijdig werd geacht met de openbare orde, dit in tegenstelling tot de situatie in Nederland, waar een geboorteaakte na een anonieme bevalling in Frankrijk wel wordt geweigerd wegens strijd met de interne openbare orde.²²⁷ De aansluitende zin: ‘Er zijn nochtans sterke vermoedens dat commercieel draagmoederschap wordt gefaciliteerd door de Franse wetgeving op het anoniem bevallen’ invalideert de mededeling dat in Frankrijk iedere vorm van draagmoederschap (en dus zeker commercieel draagmoederschap) bij wet verboden is.

224 Deze gegevens uit het UCERF-rapport komen niet overeen met de inhoud van de twee TV-uitzendingen waarin uitgebreid het voorkomen van draagmoederschappen in Spanje werd besproken. In de uitzending werd zelfs de aandacht gevestigd op de uitgebreide werving van cliënten, iets wat in Nederland bij wet verboden is (art. 151b Sr).

225 ‘Zelfbeschikking bij het begin van het leven: Draagmoederschap’, p. 2 (internetdocument van de Belgische Humanistische Vrijzinnige Vereniging). Bron: www.h-vv.be/hvw-dossiers/zelfbeschikking-bij-het-begin-van-het-leven-draagmoederschap.

226 Belgische Senaat, zitting 2010-2011, ‘Voorstel van resolutie betreffende de internationale regeling van draagmoederschap’, *Wetgevingsstuk* nr. 5-1075/1, 9 juni 2011, ingediend door E. Sleurs en I. Faes.

227 Belgisch Hof van Cassatie AR 7907, 29 januari 1993 (*procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent/S*), Arr. Cass., 1993, 129, in: ‘Afstamming. Algemene praktische rechtsvergelijking’, nr. 103, G. Verschelden, Mechelen: Kluwer uitgevers 2004.

11.5 Opnieuw de draagmoederschapsovereenkomst

In dit proefschrift wordt een pleidooi gehouden om het ontstaan van het kind te laten beginnen met het ontstaan van zijn leven: de conceptie en aansluitende innidatie. Aan de twee personen die voor deze conceptie verantwoordelijk waren, moet het juridische ouderschap worden toegekend. Indien door omstandigheden gebruik gemaakt zou moeten worden van een draagmoeder, wordt een draagmoederschapsovereenkomst opgesteld die voor de draagmoeder alleen de verplichtingen inhoudt om zich gedurende de zwangerschap te gedragen als ware zij de moeder van het door haar gedragen kind (zwangerschapscontroles, gezond leven, niet roken etc.) en om het kind te baren. De ouders verplichten zich in deze overeenkomst alle kosten te dragen die het gevolg zijn van deze zwangerschap. Daarnaast wordt een aangepaste beloning voor deze inspanning van de draagmoeder afgesproken. In de overeenkomst komt niet te staan dat de draagmoeder het kind moet 'afstaan' aan de wensouders. Er valt immers niets af te staan, want het kind is juridisch al van de wensouders (juister geformuleerd: de wensouders zijn al de juridische ouders). Ook tijdens de zwangerschap verandert er niets aan de status van de juridische ouders. Na de geboorte geeft de draagmoeder het kind aan de juridische ouders. Ook komt in de overeenkomst niet te staan dat de wensouders het kind na de geboorte moeten accepteren. Na de geboorte van hun kind kunnen de juridische ouders hun kind niet weigeren aan te nemen. Het kind is immers 'juridisch' al van hen. Deze draagmoederschapsovereenkomst wordt dus niet met nietigheid bedreigd.

De huidige overeenkomsten zijn in de genoemde landen met uitzondering van Engeland nietig. De nietigheid wordt veroorzaakt door de verplichting van enerzijds de afgifte en anderzijds de acceptatie van de boreling. In alle landen en dus ook in Engeland, waar het contract wel geldig is, worden deze 'verplichtingen' niet rechtens afdwingbaar gesteld. In Nederland vond het Hof Den Haag dat een afspraak over niet-commercieel draagmoederschap niet nietig is, maar ook hier lijkt de afdwingbaarheid van de afgifte en acceptatie van het kind onwaarschijnlijk.²²⁸ Het is duidelijk dat in de landen waar de draagmoederschapsovereenkomst nietig is, deze nietigheid zowel voor het commerciële als voor het altruïstische contract geldt. De oorzaak van deze nietigheid ligt in het in strijd zijn met de openbare orde vanwege het voorwerp van deze overeenkomst. Dit verandert natuurlijk niet al naar gelang het draagmoederschap commercieel of altruïstisch is. Voor Frankrijk lijkt er een lichte discrepantie te bestaan tussen het absolute verbod op elke vorm van draagmoederschap ex art. 16 Code Civil en de waardering van de geldigheid van draagmoederschapcontracten. Ondanks dit absolute verbod blijken er toch draagmoederschappen en de daarbij behorende overeenkomsten voor te komen, zoals ook in de zitting van 2007-2008²²⁹ en 2010-2011 van de Belgische Senaat al werd verondersteld. Bij procedures over draagmoederschapsovereenkomsten die buiten Frankrijk werden afgesloten, wordt echter

²²⁸ Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *NJ* 1998/865.

²²⁹ Belgische Senaat, zitting 2007-2008, 'Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek om het bevallen in discretie mogelijk te maken', *Wetgevingsstuk* nr. 4-358/1, 6 november 2007, ingediend door G. Swennen.

verwezen naar art. 16-7 Code Civil, dat stelt: ‘Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle’.²³⁰ De conclusie voor Frankrijk is: draagmoederschapsovereenkomsten zijn bij wet verboden en, als zij toch afgesloten zijn, nietig wegens strijd met de Franse interne openbare orde.²³¹

Het doel van dit proefschrift is te komen tot een vereenvoudiging van het Nederlandse afstammingsrecht. Een bijkomend groot voordeel is dat bij acceptatie van de hieraan ten grondslag liggende gedachten de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst komt te vervallen. De wensouders zijn, zoals ook de ‘gewone’ ouders, vanaf de conceptie en innidatie de juridische ouders, blijven dit tijdens de zwangerschap en zijn dit dus ook bij de geboorte. Eerder is al beschreven hoe naar geldend recht in Nederland de overgang van het juridisch ouderschap van de draagouder(s) naar de wensouder(s) plaatsvindt.

11.6 Rechtsvergelijkend onderzoek met betrekking tot het draagmoederschap

Voor een vergelijking met de nabuurlanden wordt weer gebruik gemaakt van de gegevens van het vaker genoemde UCERF-rapport. Hieruit blijkt dat bij draagmoederschappen alleen in Engeland juridisch vader- en moederschap kan worden verkregen op grond van het afstammingsrecht. Dit gebeurt dan via een verzoek voor een ‘parental order’ op grond van sectie 54 van de ‘Human Fertilisation and Embryology Act 2008’.²³² Deze wettelijke regeling vereist wel ex lid 1 van deze sectie 54 onder b, dat ‘the gametes of at least one of the applicants were used to bring out the creation of the embryo’. De redactie van dit onderdeel maakt de genetische verwantschap met een van de ouders tot een absoluut vereiste. Een studie van de Universiteit van Cambridge toonde aan, wat overigens niet zo verwonderlijk lijkt, dat de meeste infertiele paren de voorkeur gaven aan kinderen ontstaan uit de eigen gameten. Alleen in noodgevallen was men bereid gameten van donoren te gebruiken. Interessant is zeker de mededeling van het Centre for Family Research dat er in de tijd een opvallende verschuiving heeft plaatsgevonden. Er is een afname in de interesse in spermadonoren, terwijl er een duidelijke toename is in door ICSI ontstane concepties. De getallen spreken voor zich: in 1993 werden 2283 kinderen door middel van spermadonatie geboren, 169 door eiceldonatie en 35 door embryodonatie. In 2006 bleek dat ondanks de toenemende vraag van alleenstaande vrouwen en lesbische paren het totaal aantal kinderen met 10% was gedaald. Er werden nog slechts 693 kinderen door spermadonatie geboren, 74 door embryodonatie en maar liefst 562 door eiceldonatie.²³³ In het verslag wordt niet duidelijk gemaakt hoe de embryodonaties te rijmen zijn met het absolute vereiste van de genetische verwantschap met één van de wensouders,

230 Code Civil Article 16-7, créé par Loi 94-653 du 29 juillet 1994, in werking getreden op 30 juli 1994.

231 Boele-Woelki 2011, p. 246.

232 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, sectie 54.

233 Centre for Family Research, University of Cambridge, 2010, p. 2.

tenzij de gedoneerde embryo's werden getransfereerd naar de uterus van de wensmoeder. Alleen in dat geval is er geen sprake van een draagmoeder. Anders zou de interessante vraag hier kunnen zijn: hoe relatief is absoluut?

11.7 Erkenning en gerechtelijke vaststelling van het ouderschap bij een draagmoederschapsconstructie

Anders dan in Engeland is in andere genoemde landen het juridische ouderschap van de wensmoeder via het afstammingsrecht niet mogelijk. Met strakke hand regeert hier nog steeds het adagium 'mater semper certa est'. Om een misverstand ten gevolge van de laatste twee volzinnen van de vorige paragraaf te voorkomen, is het noodzakelijk om te vermelden dat ook in Engeland in het geval van het gedoneerde embryo na de geboorte van het kind uit de wensmoeder deze vrouw de juridische moeder is.

Overigens is het in Polen op puur theoretisch-juridische grond (ex art. 189 Pools Wetboek voor Burgerlijke betrekkingen) mogelijk dat de genetische moeder een gerechtelijke vaststelling van het (genetisch) moederschap verzoekt dan wel de draagmoeder een procedure start ter ontkenning van haar eigen moederschap. Hoewel volgens de auteurs van het UCERF-rapport geen van beide procedures tot nu toe is voorgekomen, sluiten zij de mogelijkheid niet uit dat de rechter in dat geval op grond van de genetische band het juridisch ouderschap aan de wensmoeder zal toewijzen. In concreto betekent dit, waar in dit proefschrift ook voor wordt gepleit, dat het adagium 'mater semper certa est' niet meer heilig is. De vrouw die het kind baart, is de juridische moeder, tenzij een ander kan aantonen een beter recht te hebben. De Poolse mogelijkheid voor de draagmoeder om haar moederschap te ontkennen, moet in dit geval als een ondersteuning van het verzoek van de wensmoeder worden gezien. Men kan zich namelijk niet voorstellen dat het kind door een rechterlijke uitspraak ineens geen moeder meer heeft. Mogelijk komt deze situatie overeen met de eerder in dit proefschrift voorgestelde mogelijkheid van de gecombineerde procedure van de ontkenning van het vaderschap door de aanvankelijk juridische vader (of moeder) en de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap op verzoek van de toekomstige juridische ouder. Juist door de terugwerkende kracht van beide rechterlijke uitspraken zal in het algemeen het kind altijd een tweede juridische ouder hebben gehad, net zoals in Polen het kind altijd een moeder heeft gehad.

Zoals de verschillende landen bijna unaniem zijn ten aanzien van de onmogelijkheid om de wensmoeder via het afstammingsrecht juridisch ouder te laten worden, zo zijn zij ook bijna unaniem ten aanzien van de mogelijkheid voor de wensvader om juridisch ouder te worden.

De meest voorkomende weg is via de erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. In deze betekent 'bijna unaniem' niet 'bijna uniform'. In de onderzochte landen zitten wel degelijk verschillen in de verkrijging van het juridisch vaderschap.

Het enige Europese land dat consequent is in zijn verbod van draagmoederschappen, is Frankrijk. Wensouders lijken op geen enkele manier juridische ouders te kunnen worden van een kind dat is geboren uit een draagmoeder, zelfs niet als aangetoond kan worden dat één of beide wensouders de gameten hebben geleverd. Ook een adoptie behoort theoretisch niet tot de mogelijkheden. Alle andere landen in deze rechtsvergelijkende opsomming laten erkenning van het kind door de wensvader toe, indien de draagmoeder ongehuwd is. Opvallend hierbij is dat in Spanje de draagmoeder (die ook daar door het 'mater semper certa est'-principe de juridische moeder is) geen toestemming voor de erkenning behoeft te geven.

In België, Duitsland, Polen en Spanje kan ook door een gerechtelijke vaststelling het juridisch vaderschap worden verkregen.

In Polen kan de genetische wensvader, indien hij van de ongehuwde draagmoeder geen toestemming voor de erkenning krijgt, proberen het juridisch vaderschap te verkrijgen via een gerechtelijke vaststelling.

Voor kinderen die zijn geboren uit een gehuwde draagmoeder, zijn de mogelijkheden meer divers.

In België, Duitsland, Noorwegen en Spanje kan de wensvader alleen de juridische ouder worden door een gerechtelijke vaststelling van de genetische verwantschap met het kind door middel van DNA-onderzoek.

In België en Duitsland moet echter vóór de gerechtelijke vaststelling eerst het vaderschap van de van rechtswege juridische vader worden ontkend.

In Noorwegen kan de wensvader met toestemming van de gehuwde draagmoeder en de oorspronkelijke door erkenning of van rechtswege juridische vader met een eenvoudige bestuursrechtelijke procedure het kind erkennen en het vaderschap wijzigen. Noodzakelijk voor het slagen van deze procedure is wel dat de wensvader ook de door middel van DNA-onderzoek bewezen biologische (genetische) vader is.

Ook anders dan in Nederland is dat in Polen een niet genetisch met het kind verwante wensvader het kind na een geslaagde ontkenning van het vaderschap door de van rechtswege juridische vader (de echtgenoot van de draagmoeder) niet kan erkennen. Hem rest slechts de lange weg van de adoptie.

De gerechtelijke vaststelling van het juridisch vaderschap op grond van de genetische verwantschap tussen wensvader en kind, dient eigenlijk altijd door DNA-onderzoek bevestigd te worden. Opvallend hierbij is de stelling van Nesterowicz 'dat het leveren van DNA-bewijs voor het vaderschap onvoldoende is omdat daarnaast bewijs van geslachtsgemeenschap geleverd moet worden voor de vaststelling van het vaderschap' (citaat ontleend aan UCERF-rapport).²³⁴ De auteur vindt deze stelling onjuist. Gameten zijn geen vrij in de natuur voorkomende zaken. Voor de beantwoording van de vraag van genetische verwantschap moet worden vastgesteld dat een toekomstige moeder of draagmoeder zonder de directe toestemming van een man niet kan beschikken over de mannelijke geslachtscellen die noodzakelijk zijn voor de conceptie. Voor de

234 Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 221-224 (zie ook UCERF-rapport, p. 263).

genetische verwantschap is het derhalve volledig irrelevant of deze geslachtscellen door de geslachtsdaad, door KI met sperma van de wensvader dan wel door IVF met spermatozoa van de wensvader geleid hebben tot het ontstaan van het kind. Deze stellingname van Nesterowicz introduceert ook een moreel probleem voor alle participanten. De gehuwde wensvader zou met de aanstaande draagmoeder die haar eigen eicel voor de bevruchting ter beschikking stelt, geslachtsgemeenschap moeten hebben om als biologische vader te kunnen worden aangemerkt. De schrijver dezes weet het natuurlijk niet zeker, maar verwacht wel dat bij het star vasthouden van dit idee het probleem van dit type draagmoederschap snel wordt opgelost. Het is namelijk onwaarschijnlijk dat het merendeel van de aanstaande draagmoeders en wensmoeders, hoe groot enerzijds het altruïsme van de eerstgenoemden om anderen te helpen en anderzijds de wens van laatstgenoemden om een kind te krijgen ook is, deze methode tot zwanger worden zal accepteren. Belangrijker dan de geslachtsdaad is de intentie van de betreffende persoon. Zoals steeds gesteld: DNA-onderzoek stelt de genetische verwantschap vast, niet het vaderschap!

11.8 De adoptie als onderdeel van een draagmoederschapsconstructie

Naast de genoemde vormen van erkenning en gerechtelijke vaststelling bestaat ook nog de weg van de adoptie. Afgezien van Frankrijk hebben alle andere landen wel min of meer duidelijk de mogelijkheid om via adoptie juridisch ouders van het kind uit een draagmoeder te worden. Deze adoptieprocedure verschilt niet van de ‘normale’ adoptieprocedure.

Evenals in Nederland geldt ook in deze landen dat, ondanks de intensieve betrokkenheid van de wensouders met de zwangerschap en geboorte van ‘hun’ kind, zij een langdurige en kostbare procedure moeten doorlopen om mogelijk uiteindelijk hun kindwens in vervulling te zien gaan. Mogelijk, omdat in de tijd tussen de geboorte en de definitieve uitspraak talrijke momenten van onzekerheid zitten:

1. het niet willen afstaan ter adoptie van het kind door de bevallen draagmoeder;
2. het terugkomen op een eerder afstaan;
3. het weigeren van de ontheffing uit het ouderlijk gezag door de rechter.

Ook voor de bevallen draagmoeder is na de fysieke en emotionele inspanning van de zwangerschap en de baring deze procedure in hoge mate een psychische belasting:

1. de onzekerheid over de acceptatie op grond van de rechtens niet-afdwingbaarheid van afgifte en acceptatie door de respectievelijke draagmoeder en wensouders;
2. het mogelijk beschamende oordeel van de rechter om de ontheffing uit het ouderlijk gezag te motiveren.

Naast de actieve participanten in dit proces bestaat ook nog een passieve participant om wie eigenlijk alles draait: het kind. Het langdurige karakter van de totale adoptieprocedure wordt vaak gerechtvaardigd door de ‘veel tijd vragende zorgvuldigheid’ waarmee het verzoek tot adoptie wordt uitgevoerd. Een andere vaak gehoorde verontschuldiging is dat het kind in deze periode eigenlijk nog geen besef heeft wat er rond hem speelt.

Zoals al eerder werd opgemerkt, deelt de auteur deze mening niet. Natuurlijk begrijpt het pasgeboren kind niet dat het mogelijk de speelbal is in een veld van draagmoeder, wensouders, de raad voor de kindbescherming en de rechter, maar degenen die uiteindelijk zijn ouders worden, weten dat wel. Ook de familie en de omgeving weten dat. Door de vaak niet bedwingbare drang van één of meer personen uit de genoemde groepen om het kind te informeren over zijn oorsprong, wordt het kind later alsnog geconfronteerd met de problemen waarvan het geen weet had en ook geen weet behoefde te hebben.

Deze herhaling van de problemen, inherent aan de adoptieprocedure, is een onderdeel van de uitgestippelde strategie om duidelijk te maken dat het gebruik van adoptie om te komen tot juridisch ouderschap zoveel mogelijk moet worden beperkt. Acceptatie van het beginsel dat door twee personen een conceptie gewild en tot stand gebracht is en dat deze twee personen vanaf dit moment de juridische ouders zijn en blijven, leidt in de gevallen van draagmoederschap tot het verdwijnen van de adoptie. Bij de voorgestelde totale seksneutraliteit in het familierecht in het algemeen en het afstammingsrecht in het bijzonder (en niet de ambivalente opstelling van de wetgever) blijven de wensouders de juridische ouders, los van de samenlevingsvorm of het geslacht van de betrokken personen.

Deze acceptatie zou wel een negatief en een positief gevolg hebben:

1. negatief: alle inspanningen die geleid hebben tot het van rechtswege juridisch ouder worden van de gehuwde of geregistreerde lesbische partner van de geboortemoeder bij gebruikmaking van een anonieme zaaddonor, zouden overbodig zijn geweest;
2. positief: de ongelijkheid in de behandeling van gehuwde of geregistreerde homoseksuele mannen, voor wie tot nu toe de mogelijkheid ontbreekt om van rechtswege juridisch vader te worden, wordt opgeheven.

11.9 Vergelijking van de bestaande gelegaliseerde draagmoederschappen

Uit bovenstaande vergelijkingen blijkt dat in West-Europa, waartoe in dit geval ook even Polen wordt gerekend, alleen in het Verenigd Koninkrijk het draagmoederschap met de daarop volgende overgang van het juridisch ouderschap naar de wensouders via de ‘parental order’ wettelijk is geregeld. Helaas sluit voorwaarde nr. 4 onder b van deze Parental Order simpel draagmoederschapstoerisme uit: één of beide aanvragers moet(en) woonachtig zijn in het ‘United Kingdom’, de ‘Channel Islands’ of het ‘Isle of Man’.

Over de eventuele nationaliteit van de aanvragers wordt in sectie 54 van de 'Human Fertilisation and Embryology Act' van 2008 niets vermeld. Hoewel ook in Engeland het commerciële draagmoederschap verboden is, blijkt uit de tekst van amendement 55 van deze wet onder nr. 6: 'A person is not guilty of an offence under subsection (7) (...) if

- a. the body of persons referred to in that subsection is a non-profit body; and
- b. the only activity of that body which falls within section 8 is facilitating the making of surrogacy arrangement in the United Kingdom'.

Kortom, de bemiddeling en de facilitering van altruïstische draagmoederschappen zijn in Engeland niet verboden. Ook het aannemen van een redelijke betaling voor deze diensten leidt niet tot een strafbaar feit. Hoewel dus ook in Engeland het commercieel draagmoederschap officieel verboden is, bleek in het Brazier-rapport dat de betaalde bedragen van tussen de £ 10.000 en £ 15.000 duidelijk veel hoger waren dan de vergoedingen waarvan in de 'Human Fertilisation and Embryology Act' werd uitgegaan.²³⁵ Ten gevolge van deze toch wel forse prijzen vond er 'surrogacy shopping' (dus draagmoederschapstoerisme) naar goedkopere landen plaats.

Behalve in Engeland is ook nog in andere Europese staten het draagmoederschap min of meer geregeld. Deze landen zijn Griekenland, Rusland, Oekraïne en Georgië.

Van een aantal landen buiten Europa is bekend dat zij draagmoederschappen toestaan en dat er mogelijkheden zijn om de wensouders van rechtswege juridische ouders te laten worden, te weten in:

1. Azië: Israël, India, Zuid-Korea, Iran en Hong Kong;
2. Zuid-Afrika;
3. Amerika: verschillende staten van de Verenigde Staten, verschillende provincies van Canada, Argentinië, Brazilië en Ecuador;
4. Australië.

Het ligt in de lijn van de verwachting dat er in de toekomst steeds meer landen komen die op zijn minst het altruïstisch draagmoederschap zullen accepteren en legaliseren. Daarnaast zullen landen met een andere openbare orde en andere (goede) zeden geen problemen hebben met de legalisatie van het commerciële draagmoederschap in de wetenschap dat door legalisering regulering mogelijk is. Daardoor kunnen excessen en het verdwijnen in de illegaliteit worden voorkomen.

235 Brazier, Campbell & Golombok 1998.

11.10 Draagmoederschapstoerisme

Hieronder volgt een summiere beschrijving van enkele landen die in aanmerking kunnen komen voor draagmoederschapstoerisme, waarbij wel bedacht moet worden dat de term draagmoederschapstoerisme gebruikt wordt voor zowel het in het buitenland laten inbrengen van een embryo in een meegebrachte Nederlandse draagmoeder als het laten inbrengen van een embryo in een buitenlandse draagmoeder. Meestal zal dat een draagmoeder zijn uit het land waar de medische ingreep zal plaatsvinden. Terwijl voor de wensouders die gebruik maken van de laatste groep, vaak het verkrijgen van het juridisch ouderschap via vele frustrerende juridische procedures loopt, kunnen de wensouders met een Nederlandse draagmoeder gebruik maken van de bekende afstand/adoptieprocedure.

In Griekenland en Zuid-Afrika wordt, voordat de medische behandeling begint, op grond van een door de wensouders en de aanstaande draagmoeder ingediend verzoek door het gerechtshof een beslissing genomen. Bij een positieve uitkomst leidt dit tot een juridisch ouderschap van de wensouders direct na de geboorte.

In India ontstaat een probleem indien de Indiase draagmoeder gehuwd is. Met toestemming van de draagmoeder en haar echtgenoot kan op de geboorteakte de naam van de wensvader die het sperma voor de conceptie heeft geleverd, als juridische vader worden opgenomen. Ook als de Indiase rechter via een decreet 'in terms of consent at Exh. 14'²³⁶ het juridisch vaderschap van deze wensvader vaststelt, erkent Nederland deze beslissing niet. De echtgenoot van de draagmoeder is de juridische vader en blijft dit ook, omdat de Indiase wet geen mogelijkheid tot ontkenning van het vaderschap biedt. Voor een kind, geboren uit een ongehuwde Indiase draagmoeder, zou dit probleem niet bestaan. De eerder beschreven problematiek is extensief aan de orde geweest in een uitspraak van de Rechtbank Haarlem.²³⁷

Ook in België is, ondanks een ware tsunami van voorstellen van senatoren om het draagmoederschap te regelen, het draagmoederschap nog steeds niet gelegaliseerd.²³⁸ De acties van deze senatoren staan in een schril contrast met de activiteiten die in Nederland aan de dag gelegd worden op het vlak van het draagmoederschap.

Voor zichzelf sprekend is dan ook de missive die de ambassade van België in New Delhi heeft doen uitgaan. Hierin staat duidelijk dat buitenlandse documenten die in het kader van een draagmoederschap zijn opgemaakt (geboorteakte, decreet of vonnis) en in India wel rechtsgevolgen creëren,

236 'Exh.' is de afkorting van 'exhibit' (officieel bewijsstuk), frequent voorkomend in Indiase vonnissen.

237 Rb. Haarlem (voorzieningenrechter) 10 januari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP0426.

238 Belgische Senaat 2010-2011, 'Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap', ingediend door B. Tommelein c.s., 9 september 2010; Belgische Senaat 2010-2011, 'Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap', ingediend door M. Temmerman en G. Swennen, 5 april 2011; Belgische Senaat 2010-2011, 'Voorstel van resolutie betreffende internationale regeling van draagmoederschap', ingediend door E. Sleurs en I. Faes, 9 juni 2011; Belgische Senaat 2011-2012, 'Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek om het discreet bevallen mogelijk te maken', ingediend door E. Sleurs c.s., 10 juli 2012 (dit is een voorstel om de sluiproute naar Frankrijk af te sluiten; de gehuwde of ongehuwde 'draagmoeder' kan anoniem bevallen, waarna adoptie door de wensouders plaatsvindt).

geen rechtsgevolgen veroorzaken in de interne Belgische rechtsorde. Het in India van rechtswege ontstane ouderschap wordt in België niet erkend. Kortom: er zijn geen opvallende verschillen in de houding van beide buurstaten.

Om het getouwtrek om de juridische status en de daarbij behorende nationaliteit van de pasgeborene te beëindigen, werkt India aan een wetsvoorstel, op grond waarvan de toekomstige ouders moeten aantonen dat 'hun' kind na de geboorte automatisch de nationaliteit van deze ouders krijgt.

Enkele belangrijke regels, uitgegeven door het Indiase ministerie van Binnenlandse Zaken, zijn de volgende.

1. Om in aanmerking te komen voor een uit te voeren draagmoederschap is een toeristenvisum onvoldoende. Men moet beschikken over een medisch visum.²³⁹
2. Alleen paren die langer dan twee jaar gehuwd zijn, kunnen gebruik maken van een Indiase draagmoeder. De Indiase wet erkent het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht niet! (*Ook geen mogelijkheid voor geregistreerde partners of alleenstaanden, toevoeging PK.*)

De belangrijkste regel is echter de volgende.

3. Het echtpaar moet in het bezit zijn van een verklaring óf van zijn ambassade in India óf van het ministerie van Buitenlandse Zaken in het moederland, waarin duidelijk staat dat:
 - a. het moederland het draagmoederschap erkent;
 - b. het kind of de kinderen, uit de Indiase draagmoeder geboren, in het moederland van de wensouders worden toegelaten als hun biologisch kind of kinderen ten gevolge van een draagmoederschapsactie.²⁴⁰

Problemen ten gevolge van het draagmoederschapstoerisme blijven zeker niet beperkt tot India.²⁴¹ Behalve in België hebben ook in Nederland rechterlijke instanties met passeren van de openbare orde-exceptie consulaten de opdracht gegeven om inreisdocumenten voor kinderen uit een buitenlandse draagmoeder beschikbaar te stellen. In Ierland moest het parlement toestemming geven om in een aantal gevallen af te wijken van de eigen strenge wetgeving op het vlak van het draagmoederschap en ervoor te zorgen dat deze kinderen een paspoort kregen. In Frankrijk werd een aanvankelijk geldig geboortecertificaat alsnog ongeldig verklaard. De Balaz-affaire toonde aan hoe star Duitsland is in het afwijzen van het draagmoederschap: de kinderen kregen geen inreisvisum. Andere Europese landen waarvan ook bekend is dat met deze kinderen wordt gesold, zijn Italië,

239 Medisch visum: 'Mensen met een ernstige ziekte waarvoor geen behandeling is in hun land van herkomst, kunnen een visum om medische redenen aanvragen voor het land waar ze de zorgen willen bekomen'. Bron: www.medimmigrant.be.

240 Vorzimer 2013.

241 Ergas 2012, p. 133.

Engeland en Ierland. In de bovengenoemde situaties werden iedere keer ad hoc beslissingen genomen. Het lijkt daarom absoluut noodzakelijk te zoeken naar een nieuwe internationale regelgeving die de problemen die het gevolg zijn van de actuele nationale wetten, definitief oplost.

In Oekraïne en Rusland is wettelijk geregeld dat de genetische vader en moeder ook als de juridische vader en moeder op de geboorteakte worden vermeld. De draagmoeder heeft geen mogelijkheid om haar 'moederschap' op te eisen (zie paragraaf 11.12).

In de staten van de Verenigde Staten waar het draagmoederschap wettelijk geaccepteerd is, wordt van rechtswege dan wel door de rechter in vrijwel alle gevallen het juridisch ouderschap aan de wensouder(s) toegekend. De belangrijkste al eerder genoemde overweging van de rechter is daarbij het beoordelen van initiële intenties van betrokkenen. Uit de literatuur blijkt dat het aantal conflicten tussen draagmoeder en wensouders verwaarloosbaar gering is. Het tot stand brengen van draagmoederschappen waarvoor in Israël reclame wordt gemaakt, blijkt in een aantal gevallen in de Verenigde Staten plaats te vinden (zie eerder). De Amerikaanse regelgeving betreft natuurlijk ook deze ouder-kindrelaties.

Ook in Cyprus is het mogelijk om gebruik te maken van een draagmoederschapsconstructie. Een kliniek in Noord-Cyprus, die (helaas) ook reclame maakt voor embryoselectie, maakt daarbij gebruik van Amerikaanse en Georgische draagmoeders, omdat het draagmoederschap in de staten waar deze vrouwen vandaan komen, zo geregeld is dat de wensouders ook de juridische ouders worden en ook direct op de geboorteakte worden vermeld. Deze verklaring gebruikt de kliniek ook in de internetwerving.

Boven alle kinderen die zijn geboren uit draagmoederschappen in het buitenland, hangt een tweesnijdend zwaard:

1. Nederland erkent de in het buitenland ontstane juridische relatie tussen kind en (wens)ouder niet; of
2. Nederland accepteert de 'geboorte' van het kind niet, omdat het kind duidelijk is geboren uit een commercieel draagmoederschap, dat in Nederland in strijd is met de openbare orde.

11.11 Internationaal draagmoederschap en de openbare orde-exceptie

Naar aanleiding van het over India geschrevene moet hier nog kort worden ingegaan op de problemen die samenhangen met het internationaal draagmoederschap. In deze context moet onder internationaal draagmoederschap de situatie worden verstaan waarbij een of meer personen naar een ander land gaan om daar een kind te krijgen door middel van een draagmoederschapsconstructie. Indien in

dit land het draagmoederschap is gelegaliseerd, wordt voor dit kind volgens de regels van dat land een geboorteakte opgemaakt. Soms worden de ‘wensouders’ van rechtswege de juridische ouders (o.a. in India, Oekraïne en de Russische Federatie), soms door middel van een rechterlijke uitspraak (o.a. in de Verenigde Staten en Engeland). Zolang deze wensouders met hun kind in dat land (mogen) verblijven, is er geen probleem. Dit ontstaat pas bij het vertrekken van deze wensouders met hun kind naar het moederland. Dan blijkt ineens de relatieve betekenis van de term ‘internationaal privaatrecht’. Ieder land heeft zijn eigen uitleg van privaatrechtelijke regelingen met betrekking tot andere staten. Het moge direct duidelijk zijn dat hier verwezen wordt naar art. 10:6 BW: ‘Vreemd recht wordt niet toegepast, voor zover de toepassing ervan kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.’ In concreto betekent dit dat iedere keer weer een rechter moet beoordelen of de in een andere staat aan het kind toebedeelde juridische status kennelijk verenigbaar dan wel onverenigbaar is met de Nederlandse openbare orde. Terwijl in het algemeen de regels van het internationaal privaatrecht ertoe leiden dat het recht van een ander land wordt gerespecteerd, geldt dit zeker niet voor onderdelen van het familierecht. In de procedures die in het buitenland uit een draagmoeder geboren kinderen betroffen, hanteerde de rechter altijd de openbare orde-exceptie van art. 10:6 BW.²⁴² Op grond van deze openbare orde-exceptie worden kinderen die in het buitenland uit een buitenlandse draagmoeder worden geboren, niet zomaar op grond van de in dat buitenland geldige geboorteakte in Nederland toegelaten. De raad voor de kinderbescherming heeft in het AASA-protocol opgenomen dat voor deze kinderen de wet- en regelgeving voor interlandelijke adoptie van toepassing is.²⁴³

Indien de wetgever de in dit proefschrift gedane voorstellen accepteert, worden altijd en overal de personen die verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van een kind, de juridische ouders. In de landen waar het draagmoederschap is gelegaliseerd, blijkt duidelijk uit de geboorteakte wie verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van het kind en wie dus de juridische ouders van het kind zijn. De implementatie van de ‘nieuwe visie’ leidt tot het verdwijnen van de openbare orde-exceptie bij vragen over juridisch ouderschap. In een zaak die niet direct het juridische ouderschap betrof, erkende het Europese Hof van Justitie de openbare orde-exceptie.²⁴⁴ De verzuchting van Saarloos: ‘Thus, unless the European legislator can convince the Member States to drop this safeguard it shall also exist in a future instrument on the recognition of civil status’ is voor de schrijver

242 Rb. ’s-Gravenhage 10 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC5651: ‘parental order’ wordt niet erkend, uiteindelijk wel adoptie met vaststelling voor het kind van de geslachtsnaam van de genetische wensouders, zoals al vermeld op de Engelse geboorteakte; Rb. ’s-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009: BK1197: geen erkenning van de geboorteakte van een in Frankrijk uit een Nederlandse draagmoeder geboren kind; op grond van de mogelijkheid om in Frankrijk anoniem te bevallen, was geen moeder op de geboorteakte vermeld; Rb. ’s-Gravenhage 13 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ2950: de Poolse erkenning door de Nederlandse niet-biologische vader van een in Polen geboren kind wordt niet erkend; Rb. ’s-Gravenhage 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627: de geboorteakte van een in India uit een anonieme Indiase draagmoeder geboren kind wordt niet erkend.

243 Schoots & Bouma 2011, p. 6-7.

244 EHvJ 14 oktober 2008, case C-353/06, Rec. 2008 (*Grunkin and Paul*); zie Saarloos 2010, p. 329.

volkomen invoelbaar en sluit aan bij een eerdere opmerking dat ‘European choice of law rules on parentage (*if necessary*) must be formulated in terms that make sense in all the legal systems involved. That is only possible if it is clear what the national systems on parentage are about’.²⁴⁵ Kortom, de ‘Member States’ kunnen hun uitvluchtweg via de openbare orde-exceptie opgeven indien zij een uniforme benoeming van het ontstaan van juridisch ouderschap zouden accepteren. Het voorliggende voorstel om de verantwoordelijke personen, ongeacht hun sekse, seksuele geardeheid of wijze van samenleving, altijd en overall het juridisch ouderschap toe te kennen, sluit hierbij aan. Helaas blijkt de Raad van Europa conform ‘Principle 1, White Paper on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage’ tot nu toe te hebben gekozen voor de bevalling als grondslag voor de vestiging van het juridisch moederschap.²⁴⁶

In dezelfde trant, maar dan voor de internationale gemeenschap, laat Ergas zich uit: ‘At the moment, international commercial surrogacy appears destined to remain only loosely regulated: State autonomy regarding filiation, nationality, and citizenship, whether as protected under the classical Westphalian doctrine of the ‘reserved domain’ of state jurisdiction or as conceded in human rights regimes under doctrines akin to the margin of appreciation, will ensure the survival of conflicting legal frameworks.’²⁴⁷

Het IVRK, dat overigens door de Verenigde Staten en Somalië niet geratificeerd is, beschrijft de rechten van het kind. Naast het ultieme niet-ratificeren bleken helaas ook meerdere landen gebruik gemaakt te hebben van het recht om bepaalde voorbehouden te maken dan wel een eigen interpretatie van bepaalde artikelen te hebben. Terwijl in het IVRK wel duidelijk is vastgelegd op welk moment het ‘kind zijn’ eindigt, is het aan de staten die het verdrag geratificeerd hebben, overgelaten om zelf te bepalen op welk tijdstip dit ‘kind zijn’ begint. Omdat de erkenning van het ‘kind zijn’ op zich pas tot een effectuering van de uit art. 7 IVRK voortkomende rechten leidt, is het absoluut noodzakelijk dat de verschillende staten tot een uniformering komen. In dit proefschrift is gepleit om het virtuele moment van het tot stand komen van afstammingsrechtelijke relaties en de daarbij behorende nationaliteit te verleggen naar het moment van conceptie met aansluitende innesteling in de baarmoeder. In beperkte mate vindt dit al in art. 1:2 BW plaats. Juist de willekeur in het vaststellen van het moment waarop het kind rechten krijgt, leidt tot onverkwikkelijke situaties waarbij het kind als rechteloos ‘object’ tussen conflicterende staten heen en weer wordt geschoven. Het door Ergas²⁴⁸ genoemde argument van weigerachtige staten, waaronder naast Nederland meerdere andere West-Europese staten behoren, dat draagmoederschap in het algemeen en commercieel draagmoederschap in het bijzonder leidt tot een

245 Saarloos 2010, p. 7.

246 Raad van Europa CJ-FA (2001) 16 rev. Straatsburg 15 januari 2002, nr. 9. Bron: www.elfri.be/print/1899.

247 Ergas 2012, p. 188.

248 Ergas 2012, p. 155.

devaluatie van de draagmoeder en dat de draagmoederschapsovereenkomst het kind tot object van dit contract maakt, klinkt dan ook hypocriet.

Een groot deel van bovenstaande informatie is ontleend aan een rapport van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa.²⁴⁹ Dit rapport beschrijft de situatie in 2004. Het UCERF-rapport bekijkt vanuit een iets ander gezichtspunt de toestand in 2011. Het is duidelijk dat in veel landen veel aandacht aan het onderwerp ‘draagmoederschap’ wordt geschonken. De wetgeving betreffende dit onderwerp is in volle ontwikkeling.

Een goed voorbeeld van het irrationele gedrag van de (in dit geval Hongaarse) wetgever wordt gegeven in voetnoot 17 op p. 27 van eerstgenoemd rapport. Tot 1997 bestond in Hongarije geen wetgeving met betrekking tot het draagmoederschap. Zoals in talrijke andere landen moest een verzoek hiervoor bij een ethisch comité worden ingediend. In 1997 is een wet aangenomen die draagmoederschappen vanaf 2000 mogelijk zou maken. Er ontstond een probleem toen vóór de inwerkingtreding van deze wet een nieuwe regering deze wet nietig verklaarde en het draagmoederschap wederom illegaal werd. Uit een persoonlijke aantekening van Sandor in deze voetnoot bleek dat in 2002 een sociaal-liberale coalitie opnieuw de legalisering van het draagmoederschap op de agenda heeft geplaatst, maar dat nog geen nieuwe wetgeving is voorgesteld. Met de verzuchting van rapporteur Hancock (Verenigd Koninkrijk) is de schrijver het volkomen eens dat ‘dit (...) een goede illustratie (is) van de moeilijkheid van het verbieden van draagmoederschapsovereenkomsten in de afwezigheid van overtuigende ethische, sociale en medische argumenten’. Bij afwezigheid van rationele argumenten bepalen emotie en politieke willekeur de richting van de wetgeving.

De problemen die bij het draagmoederschapstoerisme optreden, zouden kunnen verdwijnen bij een uniformering van het internationaal privaatrecht met betrekking tot het draagmoederschap. Dit is alleen mogelijk indien de voorstanders van liberalisatie in de verschillende landen proberen een sterk gemeenschappelijk front te vormen tegenover de behoudende fractie in deze staten. Steun van internationale niet-gouvernementele organisaties (NGO) zou daarbij zeer welkom zijn. Helaas leidt dit vrijwel zeker tot een confrontatie met de mogelijk grootste NGO, te weten de rooms-katholieke kerk, die – zoals bekend mag worden verondersteld – zich altijd heftig tegen het draagmoederschap heeft verzet.²⁵⁰

11.12 Rusland en Oekraïne, zelfverklaarde paradijzen voor wat betreft het draagmoederschap

In tegenstelling tot Engeland, waar het draagmoederschap is gelegaliseerd, maar op grond van de Human Embryology and Fertilisation Act van 2008 een ‘parental order’ nodig is om het juridisch ouderschap van de geboortemoeder te laten overgaan op de wensouders, worden de wensouders in Oekraïne en de Russische

249 Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa 2004.

250 Ergas 2012, p. 137.

Federatie van rechtswege de juridische ouders. Met name Oekraïne, na de Russische Federatie het grootste land van Europa, stelt sinds de legalisering in 2002 onomwonden dat ‘Ukrainian surrogacy laws are the most favorable in the World and fully support the individual’s reproductive rights’.²⁵¹ Hierbij wordt gerefereerd aan ‘Clause’ 123 van het Oekraïense Wetboek van familierecht en ‘Order’ 24 van het Oekraïense Ministerie van Gezondheid. Voor wat betreft het draagmoederschap is vooral art. 123 lid 2 van belang, dat als titel draagt: ‘Vaststelling van de vaderlijke en moederlijke herkomst van het kind in het geval van kunstmatige inseminatie of implantatie van een bevruchte eicel’. Art. 123 lid 2 luidt: ‘In geval van implantatie van een embryo in het lichaam van een andere vrouw, welke (embryo) door het echtpaar is bevrucht, is het echtpaar de ouder van het kind’.²⁵² (*De auteur PK stelt voor de tekst als volgt te vertalen: ‘In het geval dat een embryo dat is ontstaan uit de geslachtscellen van een echtpaar, is geïmplanteerd in een andere vrouw, zijn deze echtelieden de ouders van het kind’.*) Dit echtpaar wordt in de geboorteakte als de juridische ouders van dit kind vermeld. En de verklaring voor deze handelwijze spreekt de schrijver in het kader van deze dissertatie natuurlijk aan. Een aantal citaten van de eerder genoemde website:

‘Ukrainian legislators have chosen **more logical** approach to surrogacy in comparison with absolute majority of their European colleagues.

Ukrainian legislation allows **intended parents** to carry on a surrogacy program **and their names will be on Birth certificate of the child** as a result of the surrogacy program **from the very beginning**.

The child is considered to be ‘belonging’ to the intended parents from the very moment of conception.

The surrogate can’t keep the child after the birth.’

(*De accentueringen in vet zijn door PK geplaatst.*)

Het hier bedoelde embryo kan zijn ontstaan door de bevruchting van de eigen eicel van de wensmoeder of van een aan de wensmoeder gedoneerde eicel, maar mag niet zijn ontstaan door bevruchting van de eicel van de draagmoeder. Zelfs in het geval dat beide gameten niet van de wensouders afkomstig zijn en er dus geen genetische relatie bestaat tussen het kind en de wensouders, worden de namen van de ‘intended’ (wens)ouders op het geboortecertificaat vermeld overeenkomstig art. 123 lid 3 van het Oekraïense Wetboek van familierecht. Overigens blijkt uit de tekst van eerder genoemd lid 2 duidelijk de beperkte strekking van de kreet ‘the fully support of the individual’s reproductive rights’. Andere samenlevingsverbanden van heteroseksuele paren dan het huwelijk mogen geen gebruik maken van dit draagmoederschap. Expliciet betekent dit lid dat alleen gehuwde heteroseksuele koppels, echtparen dus, in aanmerking komen. Voor alleenstaande mannen of vrouwen, gehuwde homoseksuele paren of paren die zijn verbonden in een geregistreerd partnerschap, biedt het Oekraïense recht dus geen ‘fully

251 Bron: www.en.surrogacy-ukraine.com.

252 Met dank voor de vertaling van dit lid vanuit het Russisch door H. over de Linden.

support of the individual's reproductive rights'. Overigens betreft het bovenstaande het officiële standpunt van Oekraïne. De zaak Samuel in België bewijst dat kennelijk ook in het Oekraïense legale net gaten zitten. Samuel is namelijk het zontje van een homoseksueel paar dat in Oekraïne is geboren uit een draagmoeder met zaad van één van de mannen.²⁵³ Hoewel het jongetje volgens het Oekraïense recht (*ius sanguinis*) de Belgische nationaliteit heeft, weigerde de Belgische consul in Kiev een Belgisch paspoort voor het kind af te geven met een beroep op de openbare orde-exceptie. Meer dan twee jaar later heeft de rechtbank van eerste aanleg te Brussel beslist dat de minister van Buitenlandse Zaken in overeenstemming met de gerechtelijke uitspraak een paspoort moest afleveren aan Samuel Ghilain, die op dat ogenblik nog steeds in een weeshuis in Oekraïne verbeef.²⁵⁴

Op de Oekraïense website worden alle niet in Oekraïne in aanmerking komende personen doorverwezen naar de Russische Federatie. Opvallend is hierbij de volzin: 'If you are not officially married, you can exercise your right to procreation through surrogacy with the assistance of the law firm XXX'. De verklaring voor deze volzin is te vinden op de website van de Russische Federatie.²⁵⁵ De legale kenmerken van draagmoederschap zijn geregeld in het Wetboek van familierecht van de Russische Federatie en de Russische Wet op de volksgezondheid. De medische aspecten zijn geregeld in Besluit 67 van het Russisch Ministerie van Volksgezondheid. De positie van alleenstaande personen en ongehuwde paren wordt in de wetgeving niet duidelijk geregeld. Terwijl in het webartikel 'Myths about Surrogacy' duidelijk staat dat volgens paragraaf IV van art. 51 van het Wetboek van familierecht van de Russische Federatie het gehuwd zijn één van de vereisten is voor het verkrijgen van toestemming om de namen van de wensouders op de geboorteakte van het kind te krijgen, blijkt op 4 augustus 2010 het Babushkinsky District Court te hebben beslist dat een alleenstaande man die voor het draagmoederschap gebruikt maakt van gedoneerde eicellen, kan worden geregistreerd als de vader van het uit de draagmoeder geboren kind. De naam van de draagmoeder komt niet in de geboorteakte te staan. En dit laatste feit belemmert natuurlijk het meenemen van het kind naar landen waar het 'mater semper certa est'-beginsel een 'openbare orde'-probleem geeft. De beslissing van het Moskouse Hof bevestigde wel het feit dat in Rusland ook alleenstaande personen ongeacht hun sekse dan wel seksuele geaardheid hun recht op ouderschap door middel van een draagmoeder kunnen realiseren.²⁵⁶ Een zeer belangrijk verschil met Oekraïne is dat de Russische draagmoeder een niet exact in de wet bepaalde tijd krijgt om te beslissen of zij het kind zelf houdt. Met het overdragen van het kind aan de wensouders geeft zij impliciet toestemming aan deze personen om hun namen op de geboorteakte van het kind te plaatsen. Bovendien ondertekent zij een officieel document ter bevestiging van deze

253 Samuel; zie www.gayworld.be/tag/laurent-ghilain/.

254 Bron: www.diplomatie.belgium.be/nl (zoek: draagmoederschap).

255 Bron: www.surrogacy.ru/eng/FAQ en www.surrogacy.ru/eng/legal.

256 Bron: www.surrogacy.ru/eng/news/news4.php.

toestemming. De geldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst kan ertoe leiden dat, indien de draagmoeder besluit om het kind niet af te geven, de rechter alsnog op grond van art. 52 Wetboek van familierecht beslist wie de ‘echte’ vader en moeder van het kind zijn. Overigens bestaat ook dan nog geen absolute zekerheid dat het kind wel wordt overgedragen aan de wensouders. Ook in Rusland kan het kind geen voorwerp van een overeenkomst zijn. In tegenstelling tot de ‘contracten’ in andere landen kan in Rusland wel in de overeenkomst een artikel worden opgenomen, op grond waarvan de draagmoeder wordt verplicht alle door de wensouders betaalde gelden terug te betalen indien de draagmoeder besluit om het kind niet af te staan. Zowel voor de Oekraïense als voor de Russische wet is de vrouw die haar eigen eikel met het zaad van de wensvader laat bevruchten, geen draagmoeder, ook al had zij niet de intentie om zelf nog een kind te krijgen. In Oekraïne is het gebruiken van de eigen eikel door de draagmoeder zelfs bij wet verboden. Na de geboorte is zij de juridische moeder en haar naam komt in de geboorteakte te staan. Alleen door adoptie kan de gehuwde wensmoeder alsnog de juridische moeder worden. Ongehuwde personen kunnen in de Russische Federatie niet adopteren.

11.13 Samenvatting

Na oriënterende informatie over het trendsettende homohuwelijk en de Wet lesbisch ouderschap werd een extensief verslag gedaan van de wijze waarop andere landen met het onderwerp ‘draagmoederschap’ omgaan. Het rechtsvergelijkend onderzoek liet zien hoe het draagmoederschap en het verkrijgen van juridisch ouderschap wel of niet geregeld zijn. Deze opsomming maakt duidelijk dat het tijd is voor een vereenvoudiging en een uniformering. Vanzelfsprekend leidt de implementatie van de nieuwe visie op de afstamming tot vragen en mogelijk onbegrip bij veel andere landen, maar dit mag de Nederlandse wetgever er niet van weerhouden om deze intussen noodzakelijke veranderingen in het Burgerlijk Wetboek op te nemen, zoals ook de Nederlandse wetgever als eerste in de wereld de moed had om de in alle landen bestaande discriminatie van homoseksuele personen ten aanzien van de onmogelijkheid om een huwelijk aan te gaan, met de Wet openstelling huwelijk in 2001 te doorbreken. Hoewel schoorvoetend heeft in de afgelopen twaalf jaren al een flink aantal landen dit voorbeeld gevolgd. Ook de Wet lesbisch ouderschap mag innovatief worden genoemd. Overigens kan niet worden ontkend dat bij de inpassing van deze nieuwe ideeën in het ‘moderne’ afstammingsrecht in één keer alle nog recent in werking getreden wetten betreffende het lesbisch ouderschap en de verdere gelijkstelling van het geregistreerd partnerschap met het huwelijk, alsmede mogelijk toekomstige wetsvoorstellen betreffende het juridische ouderschap van homoseksuele wensouders in welke relatievorm dan ook overbodig blijken. Dit betekent overigens niet dat alle al gedane arbeid voor niets is geweest. Alle inspanningen in gedachten en woorden kunnen als belangrijke schakels worden gezien in het moeilijke proces van acceptatie, dat nu eenmaal inherent is aan iedere verandering.

12 | De verkrachter

12.1 De verkrachting leidend tot een onvrijwillige zwangerschap

Hoewel in de delictomschrijvingen van de art. 242 en 243 Sr slechts over ‘hij’ wordt geschreven, is het algemeen geaccepteerd dat hier moet worden gelezen ‘de persoon’. Ook de vrouw kan zich schuldig maken aan verkrachting. Een tweede zeer belangrijk onderdeel van de omschrijving is dat de handeling van de ene persoon tegen de uitdrukkelijke wil van de andere persoon moet plaatsvinden. Deze laatste persoon wil niet, maar wordt gedwongen of kan niet willen, omdat hij niet bij machte is zijn wil te uiten. Kan er al een discussie ontstaan over de vrijwilligheid dan wel onvrijwilligheid van het slachtoffer bij de betrekkelijke handeling, pas echt ontstaat er een probleem als geduid moet worden wat onder het seksueel binnendringen van het lichaam moet worden verstaan. De Hoge Raad heeft onlangs geoordeeld dat een afgedwongen tongzoen niet langer tot het seksueel binnendringen moet worden gerekend.²⁵⁷

Echter, hoe wordt gedacht over een niet gewenst vaginaal of rectaal toucher? Of over het toedienen van een rectaal klysma? Of om iets heel banaals te noemen, het rectaal temperatuur? Al deze handelingen kunnen onder narcose ook zonder toestemming van de patiënt worden uitgevoerd. Niet in de handeling zelf, maar in de intentie achter de handeling ligt de strafbaarheid besloten. Voor de beoordeling van de intentie van de eerder genoemde handelingen is het antwoord belangrijk op de volgende vraag: was deze handeling medisch noodzakelijk? Kortom: in de delictomschrijving van de verkrachting zitten twee onduidelijke elementen:

1. hoe onvrijwillig is de ondergane handeling; en
2. wat is de intentie van de persoon die de betrekkelijke handeling uitvoert?

Bovenstaande bespiegelingen betreffen slechts gedeeltelijk dit hoofdstuk van de verkrachter. Alleen het punt van de onvrijwilligheid kan soms bij de aangifte van de verkrachting aanleiding tot discussies geven. Dit hoofdstuk beperkt zich tot die verkrachtingen die afstammingsrechtelijke gevolgen hebben: de geboorte van een door de verkrachte vrouw niet gewild kind. De schrijver begrijpt de morele verontwaardiging van iedereen. Deze is zijns inziens gebaseerd op de krachtige afwijzing van deze infame daad van de verkrachter en het medelijden en

²⁵⁷ HR 12 maart 2013, NJ 2013/437, m.nt. N. Keijzer (*afgedwongen tongzoen*).

medeleven met het vrouwelijk slachtoffer. En zoals helaas te vaak gebeurt, wordt dan te weinig of in het geheel niet aan het kind gedacht. En dit is natuurlijk geen incident. Voor alle duidelijkheid wordt hier nog even gerefereerd aan de probleemsituatie bij een Nederlandse draagmoederschapsprocedure, waarbij beide vrouwen het kind niet willen hebben, of aan een kind, geboren uit een in het buitenland gelegaliseerd draagmoederschap, dat beide landen niet willen hebben, of aan de oorspronkelijke ouders die ineens de adoptie herroepen, of aan de draagmoeder die besluit om het genetisch niet met haar verwante kind te behouden, of aan de lesbische moeder die besluit dat zij noch aan haar partner noch aan de bekende donor toestemming geeft tot erkenning.

12.2 Gewilde en ongewilde zwangerschap

In de inleiding is beloofd dat een poging zou worden ondernomen om het afstammingsrecht eenvoudiger en eenduidiger te maken. Het daar geuite voor-nemen was om problemen te voorkomen in plaats van problemen op te lossen. Daarbij is uitgegaan van twee essentiële vereisten voor het ontstaan van nieuw menselijk leven:

1. het samenbrengen van een mannelijke en vrouwelijke geslachtscel; en
2. het samensmelten van een mannelijke en vrouwelijke geslachtscel tot één nieuwe cel, de zygote, die zich vervolgens autonoom gaat delen.

Het samenbrengen van de twee verschillende geslachtscellen is het gevolg van een actieve daad van twee personen. Deze actie kan bestaan uit de geslachtsdaad, in het huidige recht de verwekking door een verwekker, of door kunstmatige inseminatie of in-vitrofertilisatie, in het huidige recht de verwekking ‘door’ de biologische vader. In het hier voorgestelde systeem is de persoon die de tot een bevruchting leidende geslachtsdaad uitvoert, nog steeds de verwekker, maar krijgt deze het adjectief ‘directe’ toegevoegd. Alle andere personen die een actie anders dan de tot een bevruchting leidende geslachtsdaad ondernemen, zijn in de geponeerde visie ‘indirecte verwekkers’. Alle genoemde personen, de directe en indirecte verwekkers, zijn verantwoordelijk voor het gevolg van hun daad. Indien deze bevruchting leidt tot een zwangerschap met aansluitende geboorte van een kind, zijn deze personen en niemand anders dan deze twee personen verantwoordelijk voor de geboorte van dit kind. In de hier verdedigde visie maakt deze verantwoordelijkheid deze twee personen tot de juridische ouders van dit kind.

Dat ook de rechtbank in Den Haag in lijn met het bovenstaande creatief omgaat met de duiding van het begrip ‘verwekker’, moge blijken uit de uitspraak van deze rechtbank naar aanleiding van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Het vaderschap van de wensvader die het zaad voor het kind in deze zaak had geleverd, was gerechtelijk vastgesteld als ware hij de verwekker. Op grond van art. 1:207 BW kan alleen het vaderschap van een verwekker of instemmende levensgezel gerechtelijk worden vastgesteld op verzoek van de vrouw of het

kind.²⁵⁸ De desbetreffende man was noch de verwekker, noch de instemmende levensgezel.

Bij de motivering van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in deze casus stelt de rechtbank:

De rechtbank ziet in de onderhavige zaak evenwel aanleiding om aanknopingspunten te zoeken bij jurisprudentie betreffende artikel 1:204, derde lid, BW (vervangende toestemming tot erkenning) op grond van het bepaalde in artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (vergelijk Hoge Raad 24 januari 2003, NJ 2003/386 en de uitspraak van deze rechtbank d.d. 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197). In de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt het onderscheid dat de Nederlandse wetgever heeft aangebracht tussen enerzijds een biologische vader-verwekker, en anderzijds een biologische vader-donor, niet aangetroffen. Het bestaan van de bloedverwantschap geldt als biologisch gegeven en de wijze van verwekking speelt daarbij geen rol. Voldoende is bloedverwantschap in combinatie met concrete omstandigheden benodigd voor het bestaan van een gezinsleven. Een biologische en sociale werkelijkheid dient volgens het EHRM te gaan boven de wettelijke presumptie. Gelet op het vorenstaande zou het niet-ontvankelijk verklaren van de minderjarige in haar verzoek op de grond dat de man niet de verwekker is, in de lijn van de jurisprudentie van het EHRM naar het oordeel van de rechtbank een schending opleveren van artikel 8 EVRM.

Bij bijna alle kinderen hebben twee personen met hun daad ook de intentie gehad om tot een door hen gewenst kind te komen. Bij alle zwangerschappen waarbij externe assistentie voor de totstandkoming noodzakelijk was, zijn deze intenties van de verschillende actoren schriftelijk vastgelegd.

Normale zwangerschappen, normaal in die zin dat zij vrijwillig door geslachts-gemeenschap van de betrokkenen tot stand zijn gekomen, kennen een tweedeling in de causaliteit. De meeste zwangerschappen zijn het gevolg van een geslachtsdaad die was gericht op het verkrijgen van nageslacht. Natuurlijk komen er ook zwangerschappen voor die door de betreffende personen misschien niet waren gewild, maar waarvan deze personen bij het uitvoeren van hun daad hadden kunnen weten of althans hadden behoren te weten dat deze daad tot een zwangerschap zou kunnen leiden. Ondanks deze wetenschap hebben deze personen uit vrije wil het risico geaccepteerd. Zij zijn verantwoordelijk voor het ontstaan van dit kind en dus de juridische ouders.

12.3 Verkrachting: ook seksueel misbruik tijdens ‘vrijwillige’ onmacht

Niet uit vrije wil hebben de personen het risico van een zwangerschap geaccepteerd, die op de een of andere wijze het slachtoffer zijn van een verkrachting in de zin van art. 242 Sr. Hier wordt expliciet ‘op de een of andere wijze’ geschreven. Natuurlijk lopen er nog ‘zieke’ mannen rond en natuurlijk zijn er nog familieleden die zich

258 Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1309.

vergrijpen aan vooral nichtjes, dochters of kleindochters. Overigens zij hier terloops nogmaals opgemerkt dat ook ‘zieke’ vrouwen tot verkrachting in staat zijn. Het hier gebruikte ‘op de een of andere wijze’ slaat meer op het grote aantal jonge mensen dat onder invloed van drank of drugs wordt misbruikt. Bij een verlaagd tot afwezig bewustzijn kan men niet meer spreken van het uitvoeren van de geslachtsdaad uit vrije wil in de zin van art. 243 Sr. Het in de toestand van verlaagd tot afwezig bewustzijn komen is overigens meestal wel uit vrije wil.

Voor alle personen geldt wel dat zij tegen de soms niet meer functionerende wil van één persoon een daad hebben uitgevoerd die tot een zwangerschap en eventueel de geboorte van een kind kan leiden. In het huidige recht is deze verkrachter de verwekker, biologische en genetische vader van het uit deze verkrachting ontstane kind. Rechtlĳnig geredeneerd is deze verkrachter verantwoordelijk voor het ontstaan van dit kind en dus de juridische ouder van dit kind. De vrouw die tegen haar zin zwanger is gemaakt, is de biologische en genetische moeder. Zowel in het huidige alsook in het hier voorgestelde recht is zij de juridische moeder.

12.4 Abortus provocatus lege artis

Bewust wordt hier voorbijgegaan aan de mogelijkheid van de vrouw om de ongewenste zwangerschap te beëindigen. Overigens geldt deze mogelijkheid op grond van de Wet afbreking zwangerschap (Waz) ook voor iedere andere vrouw die haar zwangerschap wenst af te breken. Natuurlijk zijn er in beide groepen, verkrachte en niet-verkrachte, vrouwen die grote morele bezwaren tegen een abortus hebben, bijvoorbeeld wegens hun geloofsovertuiging. Met name de verkrachte vrouw wordt aldus voor een duivels dilemma geplaatst: enerzijds heeft zij de zwangerschap ten gevolge van deze verkrachting uiteraard beslist niet gewild, maar anderzijds wil zij de vrucht ook beslist niet laten aborteren. Zonder abortus is deze vrouw niet alleen in het huidige recht, maar ook in de nieuwe visie bij de geboorte van het kind de juridische moeder.

Het dilemma is niet het gevolg van de verkrachting. Ook een anderszins ongewenste zwangerschap zonder verkrachting en de eerder genoemde geloofsovertuiging zouden tot ditzelfde dilemma leiden. Het duivelse van het dilemma kan echter wel worden veroorzaakt door het enkele feit dat de vrouw bij een verkrachting niets meer te maken wil hebben met de veroorzaker van haar ongeluk, terwijl bij een andere ongewenste zwangerschap de relatie, hoe kortstondig ook, niet wordt verstoord of in ieder geval niet hoeft te worden verstoord. Na de geboorte van het kind kan zij dit kind behouden of afstaan. Beide handelingen veranderen natuurlijk niet de positie van de verwekker. Hij blijft de juridische vader. Dat ook het spiegelbeeld van bovengenoemd dilemma voorkomt, moge blijken uit de uitspraak van het Europese Hof, waarin Polen tot schadevergoeding werd veroordeeld.²⁵⁹ In deze casus wilde een 14-jarig Pools

259 EHRM 30 oktober 2012, appl.nr. 57375/08 (*P. en S./Polen*).

meisje dat was verkracht, juist wél een abortus, terwijl de Poolse autoriteiten, artsen, priesters, rechters en anti-abortusactivisten de abortus tegenhielden.

De auteur realiseert zich zeer wel dat er verkrachte vrouwen zijn die bij een onverhoopte zwangerschap geen abortus overwegen. Desalniettemin is hij het met Van Raak-Kuiper eens 'dat moeder worden tegen wil en dank door deze mogelijkheden (naast de afbreking van de zwangerschap tot de dertiende week noemt zij ook de beschikbaarheid van betrouwbare anticonceptiemiddelen, toevoeging PK), steeds minder vaak voorkomt'.²⁶⁰ Ook de kinderen die worden geboren ten gevolge van een verkrachting, hebben het intrinsieke recht hun verwekker, juridische vader, te kennen. Van Raak-Kuiper refereert aan een televisie-uitzending op 27 mei 2004, waarin werd getoond dat 'zelfs kinderen die in Nederlands-Indië verwekt zijn door Japanse gevangenvaarders, op zoek zijn gegaan naar hun vaders'.²⁶¹ In 2011 heeft een vrouw van 48 jaar een verzoek tot herroeping van een adoptie ingediend. Gelijktijdig heeft zij een verzoek ingediend voor een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de man die haar moeder had verkracht.²⁶² In de nieuwe visie zou dit laatste niet nodig zijn geweest. De verkrachter was al de juridische vader.

12.5 Argumenten voor het juridisch vaderschap van de verkrachter

De schrijver herkent de emotie die ontstaat door zijn oproep om in het belang van het kind de verkrachter het juridisch vaderschap toe te kennen. Maar ook dit kind heeft recht op een juridische vader en juridische moeder. Hiervoor zijn meerdere argumenten aan te voeren.

1. Het consequent en consistent hanteren van de ingenomen standpunten.
2. Ieder kind heeft recht op een juridische vader, ook het kind van een verkrachter.
3. Het juridische vaderschap van de verkrachter kent alleen plichten, zoals de onderhoudsverplichting (art. 1:394 BW).
4. Het juridisch vaderschap kent geen rechten. Weliswaar kan de verkrachter zowel het gezag over het kind (art. 1:253c BW) als een omgangsregeling met het kind (art. 1:377a BW) verzoeken. Beide zullen hem vrijwel zeker door de rechter worden geweigerd. De omgangsregeling zal hem worden geweigerd op een van de gronden, genoemd in art. 1:377a lid 3 BW.
5. Ook een uit een verkrachting geboren kind heeft eigenlijk recht op informatie over zijn afstamming. Indien de verkrachter bij de vrouw bekend is, zou zij geen misbruik mogen maken van het haar in het EVRM gegeven recht om het kind de naam van de vader te onthouden. In het huidige recht hebben ook kinderen, geboren door middel van KID en IVF, evenals adoptiekinderen een

²⁶⁰ Van Raak-Kuiper 2007, p. 35.

²⁶¹ Van Raak-Kuiper 2007, p. 3.

²⁶² Rb. Zutphen 9 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5204.

- recht op afstammingsinformatie. Wat heeft het kind, ontstaan uit een verkrachting, misdaan dat hem dit recht niet wordt gegund?
6. In de delictomschrijving van verkrachting in art. 242 Sr vindt het binnendringen van het lichaam, hier het lichaam van de vrouw, plaats door gebruik te maken van geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid. Kortom: de geslachtsdaad vindt plaats tegen de wil van de vrouw. Het probleem bij verkrachtingen is dat één van de twee partijen zegt dat het in art. 242 Sr bedoelde binnendringen tegen haar of zijn wil is gebeurd, terwijl de andere partij dat ontkent. Ook indien de vrouw aanvankelijk heeft ingestemd met de geslachtsdaad, kan zij dat later ontkennen. In dit geval komt berouw na de zonde. Alleen indien de vrouw aangifte doet van de verkrachting, moet zij dat bewijzen. Bij deze aangifte wordt meestal de naam van de ‘verkrachter’ bekend. Afgezien van het feit dat een aantal verkrachtingen moeilijk is te bewijzen, kan de vrouw er ook voor kiezen om de naam van de dader niet te noemen. In een aantal gevallen zal zij de naam van de verkrachter ook echt niet kennen.
 7. Het kind heeft weliswaar een juridische vader, maar als de moeder weigert om de naam bekend te maken of de naam niet kent, heeft dit kind in de nieuwe visie een onbekende juridische vader. In het huidige recht heeft dit kind geen vader.
 8. De emotie ontstaat vooral, omdat te vaak wordt geredeneerd vanuit de positie van de vrouw. Voor haar is het ‘toch onaanvaardbaar dat de verkrachter juridisch vader van haar kind wordt’. Hierboven is, zoals steeds, uitgegaan van de positie van het kind.

Met name de punten 5 en 6 wegen zwaar. Art. 7 IVRK bepaalt: ‘Het kind (...) heeft vanaf de geboorte (...), voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd’. Eerder is al opgemerkt dat niet iedereen onder het begrip ‘ouders’ dezelfde personen verstaat. In dit proefschrift wordt bepleit om onder deze ‘ouders’ te verstaan de personen die in ieder geval bij de geboorte de juridische ouders van het kind zijn, met andere woorden: de personen die direct of indirect verantwoordelijk zijn geweest voor het ontstaan van het kind. Ook bij de prenatale adoptie heeft het kind het recht om vanaf de geboorte te weten welke personen als juridische ouders de verantwoordelijkheid op zich hebben genomen. Dit recht op afstammingsinformatie heeft de Hoge Raad als onderdeel van een algemeen persoonlijkheidsrecht gedefinieerd.²⁶³ Ook het kind dat ten gevolge van een verkrachting is geboren, kan zijn moeder in rechte aanspreken om achter de identiteit van de verwekker te komen. In het geval van een verkrachting onderscheidt Vlaardingebroek²⁶⁴ de volgende twee mogelijkheden:

1. de moeder kent de naam van de verwekker, maar wil deze informatie niet prijsgeven. Het verweer van de moeder om niet de naam te noemen, wordt soms geaccepteerd, indien de verkrachter niets wist van de gevolgen van deze

263 HR 15 april 1994, *NJ* 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*).

264 Vlaardingebroek 2011, p. 264.

- verkrachting en de vrouw vreest dat de verkrachter het gebeurde zou ontkennen of de moeder zou benaderen;²⁶⁵
2. de moeder kan de naam niet geven, omdat zij deze zogenaamd niet kent. In het geval van de onbekende verkrachter heeft de Hoge Raad al eens het verweer van de moeder afgewezen.²⁶⁶

In dit arrest wordt weliswaar over de biologische vader gesproken, maar uit alles blijkt dat het hier een verwekking ten gevolge van een verkrachting betreft. De Hoge Raad bevestigt de eerdere vonnissen van de Rechtbank te 's-Gravenhage en bekrachtigt het eindarrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage, dat de moeder zoveel mogelijk informatie over de natuurlijke vader moet geven op straffe van een dwangsom van f 250,- per dag. In deze casus rust de bewijslast dat de geboorte van het kind het gevolg is van een verkrachting door een onbekende, op de moeder. De laatste drie volzinnen in punt 8 van de noot van annotator De Boer vatten kernachtig de essentie van dit arrest samen: 'Zodra het kind op de wereld is, heeft het recht op een optimale kans in het leven, ook al hebben zijn ouders die niet gehad. Dit moet m.i. het leidend beginsel zijn. Het ongeluk van de moeder (*de verkrachting, PK*) moet het kind zo min mogelijk door de rechter in rekening worden gebracht'. De Hoge Raad erkent dus dat, 'voor zover mogelijk', het kind het recht heeft zijn verwekker, in het arrest de biologische vader genoemd, te kennen. Ook in de nieuwe visie is deze verwekker één van de twee personen die in art. 7 IVRK 'ouders' worden genoemd. De verkrachter is verantwoordelijk voor het ontstaan van dit kind en is in dit geval dus de juridische vader.

12.6 Partneradoptie: 'onbekende' juridische vader wordt bekende juridische stiefouder

Het kind heeft altijd een juridische vader en een juridische moeder. Indien de moeder geen aangifte van de verkrachting doet of wel doet, maar echt de naam van de juridische vader niet weet, heeft het kind in het geldend recht geen vader en in de voorstellen een onbekende juridische vader. Indien de moeder in het laatste geval een partner vindt met wie zij het juridisch ouderschap over dit kind wil delen, is dat onmogelijk op grond van art. 1:204 lid 1, onder e, BW. Er zijn namelijk al twee ouders. De partner kan het kind niet erkennen. De partner kan echter, indien aan de voorwaarden van art. 1:227 leden 1-3 jo. art. 1:228 BW is voldaan, wel een verzoek tot adoptie indienen. In art. 1:227 lid 3 BW staat dat het verzoek alleen kan worden toegewezen, indien de adoptie in het kennelijk belang van het kind is, op het tijdstip van het verzoek tot adoptie vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder heeft te verwachten, en aan de voorwaarden,

²⁶⁵ Hof Arnhem 8 maart en 10 mei 1994, *NJ* 1996/467.

²⁶⁶ HR 3 januari 1997, *NJ* 1997/451, m.nt. J. de Boer (*dochter op zoek naar identiteit biologische vader*). De Hoge Raad bevestigt de eerdere vonnissen van de Rechtbank te 's-Gravenhage van 17 mei en 15 november 1994 en bekrachtigt het eindarrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 28 juli 1995.

genoemd in art. 1:228 BW, wordt voldaan. In laatstgenoemd artikel is het eerste lid, onder d, belangrijk, omdat theoretisch de onbekende, maar ook de bekende juridische vader, de verkrachter, het verzoek kan tegenspreken, ware het niet dat het tweede lid, aanhef en onder a, vermeldt dat aan de tegenspraak van een ouder als bedoeld in het eerste lid, onder d, kan worden voorbijgegaan, indien het kind en de ouder niet of nauwelijks in gezinsverband hebben samengeleefd. Bij rechterlijke uitspraak wordt de juridische band van de verkrachter met het kind verbroken en wordt door partneradoptie een nieuwe band gevestigd (art. 1:229 leden 1 en 2 BW). Voor het kind betekent dit dat eventueel ook het ‘onbekende’ juridische vaderschap naadloos overgaat in het ‘bekende’ juridische adoptiefouderschap.

12.7 Bestaande familierechtelijke band tussen de verkrachter en het kind

Indien tussen de verkrachter en de verkrachte vrouw al een familierechtelijke band bestaat, verhindert dit evenmin het juridische vaderschap van de verkrachter ten opzichte van het ontstane kind. In dit geval kan de verkrachter zowel de grootvader als de juridische vader van het kind zijn, zoals ook bij een altruïstisch draagmoederschap in het huidige recht de moeder die bereid is een zwangerschap voor haar dochter te ondergaan, zowel de grootmoeder als de juridische moeder van het kind is. Ook hier gaat het juridisch moederschap via een adoptieprocedure over op de dochter.

Gezien het bovenstaande is het rationeel te verdedigen dat ook de verkrachter, als verantwoordelijke voor de geboorte van zijn kind, juridisch vader wordt en dat dit juridisch vaderschap hem alleen plichten en geen rechten oplevert. Natuurlijk moet men begrip opbrengen voor de emotionele reactie die dit juridisch vaderschap van de verkrachter oproept, maar het kind heeft nu eenmaal recht op een juridische vader. De partner van de juridische moeder kan via een partneradoptie het juridisch vaderschap van de verkrachter op hem of haar (de partner) laten overgaan. Als in dit proefschrift verzet wordt aangetekend tegen een groot aantal ficties in het huidige afstammingsrecht, is het niet te verdedigen dat men zich overgeeft aan de fictie dat de verwekker of de biologische (genetische) vader niet ook de juridische vader mag zijn op grond van emotionele argumenten. Zijn juridisch vaderschap is dan ook een feit, geen fictie.

12.8 Samenvatting

Dit hoofdstuk probeerde door de verontwaardiging van iedereen, de auteur inbegrepen, heen op een koel klinische manier te beredeneren waarom de verkrachter de juridische vader moet zijn. Het is al erg genoeg dat de vrouw het slachtoffer is van een verkrachting, maar laat iedereen zich er dan wel maximaal voor inzetten dat niet ook het kind wordt gestraft door hem een vader

te onthouden. En de beslissing om deze vader alsnog te leren kennen, ligt uitsluitend bij het kind. Ook het kind dat ontstaan is door een verkrachting, kan aanspraak maken op de rechten uit het IVRK.

De eindconclusie in deze moet zijn:

1. iedere verkrachting veroorzaakt een gigantische golf van verontwaardiging in de samenleving;
2. iedere verkrachting maakt een slachtoffer diep ongelukkig;
3. iedere verkrachting is een groot maatschappelijk probleem;
4. iedere verkrachting is een strafrechtelijk probleem; maar
5. het consequent volgen van de nieuwe visie voorkomt dat het ook een familierechtelijk probleem wordt en geeft het kind het hem toekomend recht.

Dit proefschrift is een poging geweest om duidelijk te maken dat bij aanname van de stelling dat het menselijk leven niet begint met de geboorte, maar met de geslaagde bevruchting en innesteling in de baarmoeder (eigenlijk accepteert de wetgever dit al in art. 1:2 BW), een aantal problemen niet wordt opgelost, maar wordt voorkomen, zoals in de Verantwoording al werd aangegeven.

Daarnaast werd analoog aan het schenken van door het lichaam afgescheiden stoffen dan wel uit het lichaam verwijderde stoffen of organen, het schenken van gameten aan wensouders besproken. Bloed, haren, nieren en gameten zijn na afscheiding van het lichaam weliswaar zaken in de zin van art. 3:2 BW, maar deze worden in de Nederlandse samenleving op grond van hun afkomst tot het niet meer bestaande genus 'res extra commercium' gerekend. Persoonlijk opteert de auteur meer voor de eveneens niet meer bestaande term 'res sui generis', omdat aan de in art. 3:2 BW vermelde 'menselijke beheersing' duidelijke beperkingen worden gesteld. De mens kan over de genoemde zaken beschikken, hij kan deze gebruiken, vernietigen, maar ook aan een ander schenken. Iemand kan alleen iets weggeven als het eerst aan hem toebehoort. Bij het schenken krijgt de ontvanger/begiftigde het recht om de geschonken zaken op dezelfde wijze te gebruiken als voorheen de schenker. Puur theoretisch kan de ontvanger deze zaken bewaren (en dus nog niet gebruiken), gebruiken of vernietigen.

In de juridische literatuur woedt een levendige discussie over het antwoord op de vraag of het schenken van deze 'res sui generis' een schenking is in de zin van art. 7:175 BW. Hierbij wordt dan vooral gewezen op lid 1: 'Schenking is de overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt'. Het probleem van dit lid is dat de wetgever in financiële termen denkt. In de Nederlandse samenleving zijn de genoemde zaken niet in de handel en vertegenwoordigen derhalve geen waarde in geld. Zowel Van der Steur²⁶⁷ als Børgers en Frister²⁶⁸ zijn het erover eens dat gameten zaken zijn die door de eigenaar aan een ander kunnen worden geschonken.

267 Van der Steur 2003, p. 221.

268 Børgers & Frister 2010, p. 1-20.

Indien de wetgever bereid zou zijn om dit ‘eigen vermogen’ ook te betrekken op het immaterieel vermogen van de schenker om het leven te leiden dat hij leidt, wordt de voorwaarde ‘ten koste van eigen vermogen’ ineens wel begrijpelijk en acceptabel. De nierdonor schenkt één van zijn nieren aan een ander. Met deze schenking neemt hij bewust een risico: hij vermindert zijn vermogen om in de toekomst te overleven (bijvoorbeeld na een ongeluk met deze ene nier). De gametendonor schenkt een gedeelte van zijn vermogen tot procreatie aan een ander. Dat dit vermogen weer wordt aangevuld, doet hier niet ter zake. Hetzelfde geldt voor de bloeddonor. Om te kunnen leven heeft een mens bloed nodig. Ook dit bloed wordt weer aangevuld. Het karakteristieke van deze ‘res sui generis’ is juist dat zij, en met opzet wordt dit hier herhaald, in de Nederlandse samenleving voor de schenker en de begiftigde een immateriële waarde hebben.

Van de genoemde zaken ‘sui generis’ onderscheiden de gameten zich duidelijk van de andere zaken. Indien deze gameten door de nieuwe eigenaren gebruikt worden voor het doel waarvoor de gameten worden geproduceerd, ontstaat nieuw leven met de daarbij behorende familierechtelijke betrekkingen. Om eventuele toekomstige onduidelijkheden in verantwoordelijkheden te voorkomen, heeft de schrijver gepleit voor de vormgebonden schenkingen van gameten, en wel via een notariële akte. Deze donaties worden al in een register bijgehouden. Slechts een geringe uitbreiding van het huidige register op grond van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting zou voldoende zijn.

Een eventuele registratie bij de burgerlijke stand vanwege het rechtsgevolg (te weten het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen) lijkt niet noodzakelijk.

Er zijn namelijk twee mogelijkheden.

1. De donor schenkt door middel van de notariële akte zijn gameten aan de gametenbank. De gametenbank is de nieuwe tijdelijke eigenaar. Deze notariële akte wordt ingeschreven. Na het tot stand komen van een zwangerschap met aansluitende geboorte vindt ook bij de burgerlijke stand registratie van deze notariële akte plaats. Deze actie moet door de gametenbank worden ondernomen. Van deze mogelijkheid is de auteur geen voorstander, lees: een duidelijke tegenstander. Deze constructie maakt dat de nieuwe eigenaar, te weten de gametenbank, opnieuw een ‘schenking’ doet aan de ‘acceptor’. Theoretisch moet opnieuw een akte worden opgesteld. Bovendien verzet de Embryowet zich tegen deze constructie. De donor en niet de gametenbank blijft, zolang de gameten van de donor niet gebruikt zijn, daarover het beschikkingsrecht behouden. Ook over de niet gebruikte embryo’s mag de donor in bepaalde gevallen meespreken.
2. De donor schenkt door middel van de notariële akte aan een toekomstige ‘acceptor’. De gametenbank is slechts tijdelijk intermediair. Wellicht kan men de gametenbank beschouwen als ‘houder’, dus met slechts feitelijke macht, voor de acceptor als eigenaar. Op een gestandaardiseerde akte wordt de donor vermeld. Bij het gebruik van de betreffende gameet voor KID, IVF of ICSI wordt de naam van de ‘acceptor’ ingevuld. De ontvanger is dan voorwaardelijk begunstigde in de akte. De nieuwe eigenaar kan met deze gameten een daad laten verrichten met het doel een nakomeling te krijgen. Zijn intentie en de juridische eigendom van de gameten maken dat deze persoon bij een geslaagde bevruchting de

juridische ouder wordt. Na de geslaagde conceptie en innidatie is aan de voorwaarde van de schenking voldaan. Zonder de notariële akte kan de vader of moeder bij de burgerlijke stand zijn of haar kind als zijn of haar kind laten inschrijven. De notariële akte is niet in het belang van de acceptor om zijn eigendom en het daaruit voortvloeiende juridisch vaderschap te bewijzen, maar in het belang van de donor om zijn 'niet-vaderschap' te bewijzen.

Tijdens het schrijven van dit proefschrift ontstond natuurlijk het 'keuze probleem' om de begunstigde van de gametendonatie eigenaar of 'eigenaar' te noemen. De vraag is immers of inderdaad de art. 5:1 e.v. BW hier zonder meer van toepassing zijn. Nadat de donor zijn gameten aan de acceptor heeft geschonken, zoals hierboven vermeld, dient de notariële akte slechts als vrijwaring voor de donor en heeft deze acceptor ex art. 5:1 lid 1 BW hetzelfde 'meest omvattende' recht op deze gameten met de beperkingen van lid 2. Dat wat hij met deze 'zaken' mag doen, kan hij doen. Volgens de schrijver is dit de eigendom van art. 5:1 lid 1 BW. Op geleide van het proefschrift van Van der Steur heeft hij derhalve voor de vorm zonder aanhalingstekens gekozen. Mocht al ooit iemand de aberrante gedachte hebben gehad dat hij of zij de eigenaar of eigenaresse van een kind is, dan is, naast vele andere argumenten, de tekst van art. 5:1 lid 3 BW duidelijk: een kind is geen zaak en in dit kader: het is geen afgescheiden vrucht.

Nog steeds zullen de meeste juridische ouders dezelfde ouders zijn zoals zij nu worden gedefinieerd op grond van de art. 1:198 en 199 BW. Alleen wordt daarbij het moment van juridisch ouderschap van het moment van de geboorte naar het moment van de bevruchting en daarop gevolgde succesvolle innesteling in een baarmoeder gelegd. Dit is nu ook al het geval bij art. 1:2 BW, als dit in het belang van het ongeboren kind is. Overigens wordt hier duidelijk alleen het positieve belang bedoeld. Dit artikel heeft geen gelding indien bijvoorbeeld de nalatenschap van zijn vader en/of moeder, namelijk als de gehuwde of geregistreerde meemoeder tijdens de zwangerschap van de moeder overlijdt, sterk negatief is. Al eerder werd vermeld dat dit artikel vooral, maar niet alleen, van belang is voor het erfrecht. Een kind heeft familierechtelijke betrekkingen met zijn tijdens de zwangerschap overleden ouder (moeder ex art. 1:198 lid 1, onder b, BW of vader ex art. 1:199, onder b, BW) op grond van art. 4:9 jo. art. 4:10 lid 3 jo. art. 1:2 BW.²⁶⁹ Deze artikelen gelden natuurlijk ook in de gelukkig extreem zeldzame situaties dat de zwangere vrouw tijdens haar zwangerschap overlijdt, bijvoorbeeld ten gevolge van een ongeluk, maar de 'vrucht uit haar schoot', het nog ongeboren kind, in leven kan worden gehouden.

Naast deze zeer grote groep zullen er echter ook potentiële juridische ouders zijn, die weliswaar eigenaar zijn van eigen erfelijk materiaal dan wel aan hen gedoneerde geslachtscellen en ook de intentie hebben gehad om met het verrichten van een daad een kind te krijgen, maar niet beschikken over een baarmoeder om hierin hun toekomstig kind te laten groeien. Tot deze groep behoort een aantal kinderloze heteroseksuele paren met kinderwens en alle

269 Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 12 en 188.

mannelijke homoparen met kindervens. Bij lesbische paren zal het probleem beperkter kunnen zijn, indien één van de twee vrouwen wel een eigen genetisch kind kan baren. Indien deze in de eerste volzin van deze alinea genoemde toekomstige juridische ouderparen, voordat zij overgaan tot het laten verrichten van een daad om tot een bevruchting te geraken, een vrouw kunnen vinden, die bereid is tegen een redelijke beloning en vergoeding van alle bijkomende kosten hun kind negen maanden te dragen en te baren, kunnen deze twee partijen dit, zoals beargumenteerd in dit proefschrift, in een rechtsgeldige overeenkomst regelen.

De nietigheid die de huidige draagmoederschapsovereenkomst bedreigt, waardoor nakoming van het allerbelangrijkste, afgifte en acceptatie van het kind na de geboorte, niet met succes kan worden afgedwongen, verdwijnt. Niet langer is het kind zelf voorwerp van de overeenkomst, maar het negen maanden dragen en baren van het kind. Deze periode dient door beide partijen goed geregeld te worden. Gezien de complexiteit is vóór en tijdens (en mogelijk ook na) het draagmoederschap voor alle deelnemers professionele hulp zeker gewenst. Na de geboorte, als laatste daad in het contract, geeft de vrouw het kind terug aan de rechtmatige ouders. Deze juridische ouders kunnen, evenmin als alle andere ouders, dit kind/hun kind niet weigeren. Bij niet-nakoming van de laatste twee verplichtingen kan thans de rechter wel worden ingeschakeld.

Overigens lijkt de verwachting gerechtvaardigd (en dit is een belangrijke herhaling), o.a. blijkens ervaringen met een groot aantal draagmoederschappen in de Verenigde Staten, dat het aantal conflictgevallen beperkt zal zijn, omdat beide partijen van het begin af weten wat hun verplichtingen zijn. De professionele hulp bij het tot stand komen van deze contracten moet zoveel mogelijk labiele partijen uitsluiten.

Het onderscheid tussen een toerekenbare en niet-toerekenbare niet-nakoming, dus tussen wanprestatie en overmacht, wordt door de rechter gemaakt. Het moge duidelijk zijn dat de kans op het honoreren van het beroep op overmacht zeer klein tot zelfs nihil is. Na de geboorte van het kind, voor de wensouders: hun kind, ontstaat voor deze ouders exact dezelfde situatie als die, welke voor twee 'normale' ouders geldt. Ook deze kunnen hun kind niet weigeren met een beroep op overmacht. Ook het beroep op overmacht door de draagmoeder lijkt bij een professionele screening vóór en begeleiding tijdens de zwangerschap niet kansvol.

Niet problematischer, maar wel dramatischer is de situatie waarbij de wensouders vóór de geboorte van hun kind komen te overlijden. Vanaf de door de wensouders gewenste conceptie en de tussen wensouders en draagmoeder tot stand gekomen draagmoederschapsovereenkomst is duidelijk wie de juridische ouders van dit kind zijn. Het overlijden van beide wensouders vóór de geboorte verandert in theoretische zin niets aan de juridische status. Bij de geboorte wordt dit kind als volle wees geboren. Het kind wordt overgedragen aan de raad voor de kindbescherming. Tussen de draagmoeder en de volle wees bestaat geen enkele familierechtelijke betrekking (natuurlijk uitgezonderd de gevallen waarbij een moeder of zuster als draagmoeder optreedt). De acceptatieverplichting is een vanzelfsprekend en daarom geëxpliciteerd onderdeel van de overeenkomst tussen draagmoeder en wensouders met een hoogstpersoonlijk karakter. Er is

geen sprake van vererving van deze acceptatieverplichting op de erfgenamen van de overleden wensouders, zoals ook bij de geboorte van een volle wees – er is bijvoorbeeld geen (bekende) vader en moeder overlijdt direct na de geboorte – de erfgenamen geen plicht hebben om het kind te ‘accepteren’. Art. 4:182 BW geldt hier niet.

Het verdwijnen van de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst leidt ertoe dat wensouders, heteroseksuele of homoseksuele paren of alleenstaanden, niet langer oneigenlijk gebruik behoeven te maken van een kostbare, veel tijd vergende en belastende adoptieprocedure. Na de geslaagde innidatie van hun embryo weten zij dat zij na de geboorte direct effectief juridisch ouder zijn, omdat zij dat ook al intra-uterien waren. Het kind heeft direct vanaf de geboorte twee tastbare ouders.

Het accepteren van de op de nieuwe visie gebaseerde voorstellen leidt niet tot het volledig verwerpen van de oude adagia ‘mater semper certa est’ en ‘pater est quem nuptiae demonstrant’, maar deze worden wel geconditioneerd. Vermoedens gelden totdat een persoon, man of vrouw, bewijst dat hij of zij de juridische ouder is. Het is redelijk om aan te nemen dat deze betwisting het gevolg is van directe betrokkenheid van de betwistende partij, zodat slechts een korte termijn noodzakelijk is waarbinnen deze betwisting kan plaatsvinden. Dit is in het belang van alle partijen, inclusief het kind.

Indien om wat voor reden ook één van de ouders niet of niet langer als ouder aangemerkt kan worden (onbekende vader, geslaagde ontkenning van het vaderschap, echtscheiding of overlijden), blijft de mogelijkheid van erkenning over.

Erkenning is geen handeling die de erkennende partner of de toestemmende ouder gelukkig moet maken. De ratio achter de erkenning is, dat de wetgever voor het kind een zo optimaal mogelijke omgeving met twee ouders wil creëren. Daarom eist de wetgever ook de toestemming van de juridische moeder. Immers, tegen de zin van de moeder in zouden met de erkennende partner problemen in de gezinssituatie voorgeprogrammeerd zijn. Dit is niet in het belang van het kind. In de huidige wetgeving kan de vrouw toestemming tot erkenning door een persoon, man of vrouw, weigeren. Met de Wet lesbisch ouderschap zijn in art. 1:204 BW de nieuwe leden 3 en 4 geïntroduceerd (het nieuwe lid 4 is het amendement Hennis-Plasschaert), die de vervangende toestemming ook voor de biologische vader met ‘family life’ en voor de instemmende levensgezel, zij het met verschillende criteria, mogelijk maken. De gerechtigden op grond van art. 1:204 leden 3 en 4 BW kunnen de rechtbank om vervangende toestemming verzoeken. Deze zal dan moeten afwegen of erkenning in het belang van het kind is. Ondanks het feit dat de redactie van het derde lid een geringe inconsistentie verraadt door te beginnen met de belangen van de moeder (‘tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt’) te plaatsen naast de belangen van het kind, zal door de rechter zeker het belang van het kind op de eerste plaats gesteld worden. In het voorliggende voorstel verdwijnt het hier geschetste probleem eveneens.

In dit proefschrift wordt de term ‘verwekker’ opnieuw gedefinieerd. Onder de verwekker wordt verstaan de persoon die met zijn eigen erfelijk materiaal een daad heeft verricht (de oude betekenis van verwekker als ‘geslachtsdader’) of die met zijn eigen erfelijk materiaal (KIE of KIP) dan wel met aan hem geschonken erfelijk materiaal een daad heeft laten verrichten (KID) met de bedoeling om een kind te krijgen.

Deze persoon, man of vrouw, wordt na geleverd bewijs de juridische ouder en kan met dit bewijs een eventueel eerder gevestigd ouderschap van rechtswege op grond van het vermoeden (aanneme) ontkrachten. Deze persoon wordt dan niet, zoals bij de erkenning, ouder vanaf het moment van de erkenning, maar juridische ouder vanaf de geboorte (dus eigenlijk vanaf de bevruchting). Deze nieuwe gerechtelijke vaststelling van het ouderschap op verzoek van de ‘nieuwe’ ouder is derhalve een combinatie van de ontkenning van het ‘oorspronkelijke’ ouderschap en het vaststellen van het ‘nieuwe’ ouderschap. De man of vrouw die kan aantonen dat hij of zij feitelijk de juridische ouder is, is dit vanaf het moment van de geboorte (eigenlijk vanaf de conceptie). Op grond van art. 1:204 lid 1, onder e, BW zou alsnog een erkenning vernietigd moeten kunnen worden. Gezien het belang van alle participanten, vooral van het kind, moet de betwisting of de opeising van het juridisch ouderschap op een zo kort mogelijke termijn na de geboorte plaatsvinden.

Door de gelijkstelling van man en vrouw voor de wet, dus ook in familierechtelijke aangelegenheden, geldt bovenstaand betoog natuurlijk ook voor homoseksuele partners. Indien deze partner kan bewijzen dat hij of zij de juridische ouder is, behoeft hij of zij niet te erkennen.

Door de geslaagde betwisting met de gerechtelijke vaststelling van het juridisch ouderschap wordt ook de belemmerende voorwaarde van art. 1:204 lid 1, onder e, BW en eigenlijk ook die van art. 1:207 lid 2, onder a, BW ontgaan. De rechterlijke uitspraak heeft tot gevolg dat de aanvankelijke partner geacht wordt nooit ouder te zijn geweest en dat de in het gelijk gestelde partner vanaf de geboorte, eigenlijk vanaf de bevruchting, de juridische ouder is. Er zijn dan altijd twee en niet meer dan twee ouders. Er is hier geen sprake van erkenning. Aan de niet veranderde juridische ouder wordt in deze omstandigheden niet om toestemming gevraagd.

Indien, om wat voor reden ook, de ouder die medeverantwoordelijk was voor de bevruchting, onbekend blijft, kan met toestemming van de juridische moeder door een ander persoon, man of vrouw, het kind worden erkend. Administratief betekent dit dat op het moment van de erkenning de in dit proefschrift genoemde ‘onbekende’ ouder verandert in een bekende mede-ouder.

Het grootste deel van dit proefschrift gaat over het van rechtswege ontstaan van het juridisch ouderschap op het moment van het eerste menselijk leven, los van de samenlevingsvorm of het geslacht. Daarbij is art. 1 GW leidend: ‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie

wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan'. Dit artikel is niet mis te verstaan: gelijke gevallen hebben recht op een gelijke behandeling. Ook belangrijk is dat de discriminatie wegens geslacht (man of vrouw) of op welke grond dan ook (heteroseksueel of homoseksueel) niet is toegestaan. A contrario zou dit kunnen betekenen dat ongelijke gevallen wél ongelijk mogen worden behandeld, maar dan uiteraard slechts naar de mate van ongelijkheid. Zowel de ongelijkheid van die gevallen als de mate van ongelijkheid moeten dan door de rechter worden beoordeeld. Overigens moet hier nog een keer ten overvloede worden herhaald dat een man en een vrouw niet gelijk, maar wel gelijkwaardig zijn, zeker in hun noodzakelijke bijdrage bij het tot stand komen van een kind. Een discriminatie in het familierecht is derhalve niet te rechtvaardigen.

14 | Hoe nu verder? Een proeve van aangepaste
regelgeving: voorstel tot wijziging van de
titels 1.1, 1.11, 1.17, 3.1, 7.3 en 7.7 BW,
alsmede art. 151b Sr

De in dit proefschrift geponeerde en onderbouwde nieuwe visie op het afstammingsrecht moet leiden tot de aanpassing van het Burgerlijk Wetboek en de betreffende artikelen in enkele andere wetten. Vanaf 1 april 2014 is wat het afstammingsrecht betreft de status van de partner in het geregistreerd heteropartnerschap en in het geregistreerd lesbisch partnerschap volledig gelijkgesteld met die van de echtgenoot in het heterohuwelijk en in het lesbisch huwelijk (met andere woorden: het huwelijk en het geregistreerd partnerschap van twee mannen hebben ook vanaf 1 april 2014 nog steeds geen afstammingsrechtelijke gevolgen). Het (beperkte) rechtsvermoeden, nog gehanteerd in de *nieuwe art. 1:198 en 199 BW*, geldt nu voor de partner in iedere geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm.

Hieronder volgen de artikelen met begeleidende toelichtende argumentatie, waarbij ter voorkoming van misverstanden bij het lezen in de toelichting bij verwijzing naar de *nieuwe artikelen* deze ook gecursiveerd zijn weergegeven. Daar waar het de auteur nuttig leek, heeft hij in de toelichting bij een *artikel* de betreffende argumenten uit het proefschrift herhaald.

Burgerlijk Wetboek. Boek 1. Personen- en familierecht

Titel 1. Algemene bepalingen

Art. 1:2 BW

Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.

Nieuw art. 1:2 BW

Het ongeboren kind heeft vanaf de innesteling in de baarmoeder van een vrouw dezelfde rechten als een geboren kind, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.

Toelichting

Dit artikel maakt duidelijk dat het juridische leven begint bij het eerste begin van de zwangerschap, te weten: de innesteling van het embryo in de baarmoeder (nidatie of innidatie). Terwijl het oude artikel vooral belangrijk was voor bepaalde situaties in het erfrecht, wil dit *nieuwe artikel* de nog ongeboren vrucht alle

bescherming geven als ware het kind al geboren. Iedere zwangere vrouw, de echte ‘moeder’ of draagmoeder, is verantwoordelijk voor de vrucht die zij draagt. Bewust is gekozen voor de verandering van de zinsnede ‘Het kind waarvan een vrouw zwanger is (...)’ in ‘Het ongeboren kind heeft vanaf de innesteling in de baarmoeder van een vrouw dezelfde rechten als een geboren kind (...)’. Innesteling buiten de baarmoeder leidt eveneens tot een zwangerschap, de buitenbaarmoederlijke zwangerschap of extra-uterine graviditeit. Voor de vrouw is dit een zeer gevaarlijke situatie die zelfs levensbedreigend kan zijn. Het belang van de vrouw prevaleert boven het belang van de kansloze vrucht.²⁷⁰ Op grond van *dit artikel* kan de overheid bij een duidelijke verwaarlozing van deze verantwoordelijkheid in een vroeg stadium ingrijpen door middel van ondertoezichtstelling. In de literatuur wordt vaak gesproken over de ‘fictie’ dat het kind al rechten heeft alsof het bestaat. In de in dit proefschrift verdedigde visie bestaat het kind al. Het kind is ‘in statu nascendi’, het moet alleen nog geboren worden (‘nasciturus’). Voor het erfrecht betekent dit dat het ongeboren kind erfgenaam wordt, maar dat dit erfgenaamschap pas gelding krijgt op het moment van de geboorte, zoals het versterferfrecht pas gelding krijgt op het moment van overlijden van de erflater.

Titel 11. Afstamming

Afdeling 1. Algemeen

Eerder is uitgebreid geschreven over de inconsistentie van het woordgebruik in de betreffende wetgeving. Een correcte definitie en een consistent gebruik van de woorden ‘biologische vader’, ‘genetische vader’, ‘verwekker’ en ‘donor’ ontbreken. (In afdeling 1.11.1 BW bestaat de ruimte om naast ‘vader’ en ‘moeder’ ook laatstgenoemde woorden te definiëren.)

Nieuw art. 1:198a BW

In deze titel wordt, voor zover van belang, bedoeld met:

- a. biologische moeder: de vrouw die voor zichzelf een kind heeft gebaard met gebruikmaking van een eigen of haar gedoneerde eicel;*
- b. genetische moeder: de vrouw die voor het tot stand komen van de door haar gewenste geboorte van een kind haar eigen geslachtscel heeft gebruikt of heeft laten gebruiken;*
- c. juridische moeder: de vrouw als bedoeld in artikel 198;*
- d. eiceldonor: de vrouw die haar eicel ter beschikking stelt aan een ander, opdat deze met deze eicel tot de geboorte van een door hem of haar gewenst kind kan geraken.*

²⁷⁰ Er is sprake van een buitenbaarmoederlijke zwangerschap wanneer het bevruchte eitje zich op een andere plaats innestelt dan in de baarmoeder. De plaats van innesteling kan zowel de eierstok als de vrije buikholte zijn. Een buitenbaarmoederlijke zwangerschap is een bijzonder gevaarlijke aandoening en kan, wanneer deze niet tijdig ontdekt wordt, ernstige gevolgen hebben. Er is geen enkele kans dat zo'n zwangerschap tot het einde toe uitgedragen zal kunnen worden of zo lang totdat de foetus een goede kans heeft te overleven. Embryo's van buitenbaarmoederlijke zwangerschappen groeien zelden langer dan drie maanden. De behandeling is onmiddellijk opereren! Bron: www.medischwebboek.nl/buitenbaarmoederlijke-zwangerschap/ (onderwerp uit hoofdstuk 1.6 inzake de jongvolwassene).

Nieuw art. 1:199a BW

In deze titel wordt, voor zover van belang, bedoeld met:

- a. biologische vader: de man die door het uitvoeren van de geslachtsdaad de geboorte van een kind mogelijk heeft gemaakt;*
- b. genetische vader: de man die voor het tot stand komen van de door hem gewenste geboorte van een kind zijn eigen geslachtscel heeft gebruikt of heeft laten gebruiken;*
- c. juridische vader: de man als bedoeld in artikel 199;*
- d. verwekker: de man die direct, overeenkomstig onderdeel a, of indirect verantwoordelijk is voor de geboorte van een kind; indirect verantwoordelijken zijn zowel de personen, genoemd in onderdeel b, als de personen die ingestemd hebben met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad;*
- e. spermadonor: de man die zijn geslachtscellen laat gebruiken om tot de geboorte van een kind te komen, in welk geval drie typen donoren zijn te onderscheiden:
 - 1. de anonieme donor die zijn geslachtscellen schenkt volgens het regime van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting; deze man heeft geen vaderschapswens en wordt dus geen vader;*
 - 2. de bekende donor die zijn geslachtscellen doneert met vaderschapswens om tot de geboorte van een kind te komen; deze donor is identiek met de genetische vader als bedoeld in onderdeel b, en de indirecte verwekker als bedoeld in onderdeel d;*
 - 3. de bekende donor die zijn geslachtscellen doneert zonder vaderschapswens; blijkt uit een notariële akte dat deze vaderschapswens afwezig is, dan wordt deze donor in geen enkele zin vader.**

Toelichting

Evenals de voorgestelde *nieuwe art. 1:198 en 199 BW* zijn ook de *nieuwe art. 1:198a en 199a BW* nog niet gendervrij geformuleerd. De onderdelen die de geslachtsdaad door de man en de baring door de vrouw betreffen, zullen uit de aard van de zaak nooit gendervrij geformuleerd kunnen worden. De essentie van *beide artikelen* is dat er geen enkel misverstand kan ontstaan wie wel of niet vader of moeder (ouder) is. Ook de in de ogen van de auteur aanwezige ongerijmdheid van de verwekking zonder verwekker heeft hij weggenomen door het introduceren van het begrip ‘verantwoordelijk voor’. Met de op 1 april 2014 in werking getreden Wet lesbisch ouderschap en Wet in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, is ook in titel 1.11 BW een aantal artikelen meer of minder ingrijpend veranderd. Daar het lesbisch ouderschap en het geregistreerd partnerschap in de voorgestelde *nieuwe artikelen* geen rol van betekenis spelen, zijn deze artikelen slechts marginaal aangepast, met name waar naast het ‘huwelijk’ toch nog het ‘geregistreerd partnerschap’ in plaats van de neutrale term ‘geïstitutionaliseerde samenlevingsvorm’ moest worden

ingevoegd. De toelichtingen adresseren de op het moment van schrijven vigerende artikelen.

Art. 1:198 BW

1. 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 gehuwd of door een geregistreerd partnerschap is verbonden met de vrouw uit wie het kind is geboren, indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, sub 1, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en een door de stichting, bedoeld in die wet, ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is, tenzij de laatste zin van dit onderdeel of de eerste zin van artikel 199, onder b, geldt. 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 of geregistreerd partnerschap na de kunstmatige donorbevruchting en voor de geboorte van het kind is ontbonden door de dood van de echtgenote of geregistreerde partner van de vrouw uit wie het kind is geboren, is de overleden echtgenote of geregistreerde partner eveneens moeder van het kind als de voornoemde verklaring wordt overgelegd bij de aangifte van de geboorte van het kind, zelfs indien de vrouw uit wie het kind is geboren was hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren;
 - c. die het kind heeft erkend;
 - d. wier ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
 - e. die het kind heeft geadopteerd.
2. De vrouw uit wie het kind is geboren kan, indien zij op het tijdstip van de kunstmatige donorbevruchting was gescheiden van tafel en bed of zij en haar echtgenote of geregistreerde partner 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 echtgenote of geregistreerde partner niet de moeder is van het kind, bedoeld in het eerste lid, onder b, van welke verklaring een akte wordt opgemaakt; was de vrouw uit wie het kind is geboren op het tijdstip van de geboorte hertrouwd of had zij een nieuw partnerschap laten registreren dan is in dat geval de huidige echtgenoot of geregistreerde partner de ouder van het kind.

Nieuw art. 1:198 BW

Moeder van een kind is de vrouw:

1. *uit wie het kind is geboren, tenzij een ander op grond van lid 2 een beter recht op dit moederschap heeft;*

2. a. die de daad heeft verricht dan wel heeft laten verrichten met het doel om zelf nakomelingschap te verkrijgen; dit moederschap begint bij de geslaagde innesteling van de vrucht in de daartoe bestemde baarmoeder;
b. van wie het moederschap gerechtelijk is vastgesteld;
3. die het kind heeft erkend;
4. die het kind heeft geadopteerd.

Toelichting

Het juridisch moederschap is niet langer een passieve gebeurtenis die pas tot stand komt bij/met de geboorte. Dit artikel maakt duidelijk dat deze vrouw ook de bedoeling heeft gehad om moeder te worden. De onderdelen 2, 3 en 4 van dit artikel expliciteren dat de vrouw een actieve rol heeft moeten spelen om het predicaat ‘moeder’ te krijgen. Het eerste deel van de volzin in onderdeel 1 impliceert dat deze vrouw haar recht ontleent aan het in onderdeel 2, onder a, gestelde vereiste.

In het kader van dit proefschrift is natuurlijk onderdeel 2, onder a, het belangrijkste. Hierin staat niet wie de leverancier van de eicel is of wier baarmoeder bij deze innesteling wordt gebruikt. Ook wordt in dit nieuwe artikel niets over een verplichte samenlevingsvorm geschreven. Wel staat hier dat dit moederschap met de innesteling begint. Het oude adagium ‘mater semper certa est’ wordt als absoluut criterium definitief verlaten. In deze tijd van de moderne voortplantingstechnieken is alleen het rechtsvermoeden van moederschap niet meer op zijn plaats.

In het nieuwe artikel komt het eerder in het proefschrift genoemde redactionele probleem niet voor: ‘was de vrouw uit wie het kind is geboren op het tijdstip van de geboorte hertrouwd of had zij een nieuw partnerschap laten registreren dan is in dat geval de huidige echtgenoot of geregistreerde partner de ouder van het kind’. Het lijkt namelijk voor de hand te liggen dat een lesbische vrouw opnieuw een lesbisch huwelijk sluit of geregistreerd lesbisch partnerschap aangaat. In de huidige tekst had beter in plaats van de ‘echtgenoot’ de ‘huwelijkspartner’ kunnen staan.

De onderdelen 2, onder b, 3 en 4 zijn analoog aan de onderdelen c, d en e in het huidige art. 1:198 lid 1 BW. Het streven om het familierecht sekseneutraal te maken zou ook in de art. 1:198 en 199 BW moeten worden doorgevoerd, ware het niet dat de passage ‘uit wie het kind is geboren’ nooit sekseneutraal geformuleerd kan worden. (De kans dat een kind uit een man geboren wordt, acht de schrijver nihil, ondanks de medisch-technische mogelijkheid van baarmoedertransplantatie in het lichaam van een man.) Omdat echter onderdeel 1 van dit artikel een alternatief biedt voor de passage ‘uit wie het kind is geboren’ in de bijzin, beginnend met ‘tenzij’, zouden de art. 1:198 en 199 BW kunnen worden samengevoegd. Door deze nieuwe redactie kan een man of een vrouw met gebruikmaking van een draagmoeder in plaats van de draagmoeder ouder worden. In dat geval zou het nieuwe art. 1:199 BW kunnen vervallen. In art. 1:198 BW dient dan overall ‘moederschap’ door ‘ouderschap’, ‘moeder’ door ‘ouder’ en ‘vrouw’ door ‘persoon’ te worden vervangen. Op de erkenning door de moeder wordt hieronder nog ingegaan Bij gendervrij maken van de wettekst zou dan ook het nieuwe artikel als volgt kunnen luiden.

Art. 1:198 BW

Ouder van een kind is de *persoon*:

1. uit wie het kind is geboren, tenzij een ander op grond van lid 2 een beter recht op dit **ouderschap** heeft;
2. a. die de daad heeft verricht dan wel heeft laten verrichten met het doel om zelf nakomelingschap te verkrijgen; dit **ouderschap** begint bij de geslaagde innesteling van de vrucht in de daartoe bestemde baarmoeder;
b. van wie het **ouderschap** gerechtelijk is vastgesteld;
3. die het kind heeft erkend;
4. die het kind heeft geadopteerd.

Dit betekent dan dat *art. 1:199 BW* zou kunnen komen te vervallen.

Bij handhaving van de tweedeling in een mogelijk barende en absoluut niet barende ouder geldt de volgende verandering.

Art. 1:199 BW

Vader van een kind is de man:

- a. die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan, tenzij onderdeel b of de slotzin van artikel 198, eerste lid, onder b, geldt;
- b. wiens huwelijk of geregistreerd partnerschap met de vrouw uit wie het kind is geboren, binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden, zelfs indien de moeder was hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren; indien echter de vrouw sedert de 306de dag voor de geboorte van het kind was gescheiden van tafel en bed of zij en haar echtgenoot of geregistreerde partner sedert dat tijdstip gescheiden hebben geleefd, kan de vrouw binnen een jaar na de geboorte van het kind ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat haar overleden echtgenoot of geregistreerde partner niet de vader is van het kind, van welke verklaring een akte wordt opgemaakt; was de moeder op het tijdstip van de geboorte hertrouwd of had zij een nieuw partnerschap laten registreren dan is in dat geval de huidige echtgenoot of geregistreerde partner de vader of, in het geval, genoemd in artikel 198, eerste lid, onder b, de huidige echtgenote of geregistreerde partner de moeder van het kind;
- c. die het kind heeft erkend;
- d. wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- e. die het kind heeft geadopteerd.

Nieuw art. 1:199 BW

De vader van een kind is de persoon:

1. *die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, in een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm leeft, tenzij een ander op grond van lid 2 een beter recht op dit ouderschap heeft;*
2. *a. die de daad heeft verricht dan wel heeft laten verrichten met het doel om zelf nakomelingschap te verkrijgen; dit ouderschap begint bij de geslaagde innesteling van de vrucht in de daartoe bestemde baarmoeder;*
b. van wie het ouderschap gerechtelijk is vastgesteld;
3. *die het kind heeft erkend;*
4. *die het kind heeft geadopteerd.*

Toelichting

Dezelfde argumenten als die bij het *nieuwe art. 1:198 BW* gelden ook hier. Het is niet belangrijk wie de geslachtscel, in dit geval het spermatozoön, ‘geleverd’ heeft of welke samenlevingsvorm aanwezig is, indien het betere recht aan *onderdeel 2, onder a*, wordt ontleend. Het handhaven van een abject rechtsvermoeden van vaderschap op de loutere grond van het huwelijk of geregistreerd partnerschap, gebaseerd op het eveneens oude adagium ‘pater est quem nuptiae demonstrant’, lijkt op grond van de huidige gegevens uit DNA-onderzoek voor wat betreft het genetische vaderschap van echtgenoten of geregistreerde partners niet langer redelijk. In het *nieuwe art. 1:199 BW* of het theoretisch *gendervrije art. 1:198 BW* kan onderdeel b uit het oude art. 1:199 BW ontbreken door het loslaten van het huwelijk of geregistreerd partnerschap als mogelijke ‘oorzaak’ voor het vaderschap. Het is simpel: de persoon die de handeling als bedoeld in *onderdeel 2, onder a, van het nieuwe art. 1:199 BW* heeft verricht of heeft laten verrichten, is vanaf de innesteling van de vrucht de juridische vader, levend of dood. De man die met deze vrouw, uit wie later het kind geboren wordt, huwt of een geregistreerd partnerschap aangaat, verkrijgt door dit huwelijk of door deze registratie niet van rechtswege het juridisch vaderschap.

In de beide *nieuwe artikelen* zijn niet langer alleen vermoedens de basis voor juridisch ouderschap, maar vaker controleerbare feiten.

Het ligt in de rede om aan te nemen dat in de praktijk de beide *nieuwe artikelen* in het algemeen geen problemen zullen opleveren. Voor het grote aantal kinderen dat geboren wordt in het huwelijk of geregistreerd partnerschap, kan 70% er zeker van zijn dat hun ouders juridisch ouder zijn op grond van lid 1 van de beide nieuwe artikelen. Deze 70% hoeft niet bang te zijn dat een andere persoon het ouderschap opeist op grond van *onderdeel 2*.

Belangrijker is dat deze *beide artikelen* ook het ouderschap van rechtswege mogelijk maken voor alleenstaande of samenlevende hetero- en homoseksuele medemensen. Met name het weglaten van de benoeming van de vrouw in wier baarmoeder het embryo ingenesteld is in *onderdeel 2, onder a, van de beide*

artikelen, maakt het ouderschap ook mogelijk via draagmoederschap. Vanaf nu hebben homoseksuele mannen dezelfde rechten als lesbische vrouwen en heteroseksuele personen, ongeacht de samenlevingsvorm, om een gezin te stichten.

In de beide *nieuwe artikelen* zijn voorlopig ook de mogelijkheden van erkenning en de gerechtelijke vaststelling opgenomen. Niet alleen theoretisch, maar ook praktisch is voor iedere conceptie een samensmelting van een mannelijke en een vrouwelijke geslachtscel noodzakelijk. De wijze waarop dit gebeurt, is in deze niet belangrijk. Wel belangrijk is de wetenschap dat voor deze samensmelting twee mensen een daad hebben verricht of hebben laten verrichten. Kortom, er zijn altijd twee juridische ouders. De wetgever kan wel regels veranderen, maar niet de realiteit. Die realiteit is dat van een aantal kinderen de vader niet 'bekend' is. In de huidige terminologie heeft het kind geen vader. In het belang van het kind moet dan een andere persoon dan de 'echte' vader met het kind een familierechtelijke betrekking kunnen krijgen. Wat voor de man geldt, geldt echter niet in alle gevallen voor de vrouw. Tijdens de geboorte heeft men onmiskenbaar te maken met een vrouw en een kind. Ook het *nieuwe art. 1:198 BW* zegt dat de persoon uit wie het kind is geboren, de juridische ouder is, tenzij een ander een beter recht kan aantonen. Er ontstaat bij dit ouderschap geen leemte. Of de een is ouder of de ander. Zelfs bij een later te bespreken verzoek tot ontkenning van dit ouderschap kan dit door de rechter slechts worden gehonoreerd indien de geboortemoeder aannemelijk maakt dat een andere persoon wél de juridische ouder is. Deze andere persoon kan in een homoseksuele relatie ook een man zijn. Met name de draagmoederschapsovereenkomst speelt hierbij een belangrijke rol. Bij de stringente toepassing van de beide *nieuwe artikelen* zou de mogelijkheid van erkenning door een ander om juridisch ouder te worden in plaats van de geboortemoeder komen te vervallen. De erkenning kan door een vrouw wel gebruikt worden om juridisch ouder te worden, indien de juridische vader van het kind, geboren uit de partner van de eerder genoemde vrouw, niet bekend is. Dit is dus een analogon van de mogelijkheid van de man. Bij het gendervrij maken van het afstammingsrecht wordt dan niet langer over het 'juridisch moederschap', maar over het 'juridisch ouderschap' gesproken.

Soms is het zinvol om in de wet een mogelijke probleemsituatie van twee kanten te benaderen. De *nieuwe art. 1:198 en 199 jo. nieuw art. 1:2 BW* maken duidelijk wie de juridische ouders zijn.

In een toegevoegd *nieuw art. 1:199b BW* wordt nog duidelijker dan in de *nieuwe art. 1:198a en 199a BW* beschreven wie niet de ouders zijn. In dit artikel kan dan ook voor de eerste keer in het Burgerlijk Wetboek iets over de positie van de draagmoeder en de gametendonor worden gezegd.

Nieuw art. 1:199b BW

1. Een persoon die geen daad heeft verricht dan wel heeft laten verrichten met het doel om zelf nakomelingschap te verkrijgen, wordt van rechtswege geen ouder.

Dit heeft ten gevolge dat:

- a. *een persoon die een geslachtscel doneert aan een andere persoon met geen andere intentie dan dat deze laatste persoon met deze geslachtscel een daad kan laten verrichten die tot een bedoelde conceptie leidt; of*
 - b. *een vrouw die zwanger is geworden met het duidelijke voornemen een kind te baren ten behoeve van een andere persoon, van rechtswege geen ouder wordt vanwege het ontbreken van de initiële intentie tot ouderschap.*
2. *De personen, genoemd in lid 1, onder a en b, moeten door middel van een notariële akte kunnen aantonen dat voor de conceptie bij hen geen voornemen aanwezig was om ouder te worden.*
 3. *De personen, begrepen onder 'andere persoon' in de zin van lid 1, onder a en b, moeten eveneens door middel van dezelfde akte of anderszins kunnen aantonen dat zij met het laten verrichten van een daad om zelf nakomeling-schap te verkrijgen ervan mochten uitgaan dat de personen, genoemd in lid 2, het ouderschap van de aldus geconcipieerde vrucht ook niet wilden.*

Toelichting

Ook dit *nieuwe artikel* raakt aan de essentie van dit proefschrift. Zonder intentie tot ouderschap wordt de gametendonor geen ouder. Dit betekent dat de donoren die hun gameten doneren onder het regime van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, nooit juridisch vader kunnen worden van deze kinderen, die wel genetisch met deze donor verwant zijn. Er is voorgesteld deze donatie door middel van een notariële akte te laten plaatsvinden. Voor de 'bekende' donor geldt dat hij onweerlegbaar moet kunnen aantonen dat hij met het doneren van zijn gameten aan een ander heeft afgezien van het juridisch ouderschap van het met hem genetisch verwante kind. Hoewel ook in dit geval de voorkeur uitgaat naar een notariële akte, kan de schrijver zich voorstellen dat juist in deze 'informele' relatie ook nog gebruik wordt gemaakt van andere bewijsmiddelen, een door beiden ondertekende overeenkomst en/of getuigen. Niet de donor zonder intentie, maar de acceptor met intentie wordt de juridische ouder bij de conceptie.

Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de vrouw die haar baarmoeder beschikbaar stelt (of correcter geformuleerd: die haar vermogen om een kind te dragen en te baren aan een ander schenkt). Juridisch irrelevant is hierbij of zij haar eigen eikel ten behoeve van een ander heeft laten bevruchten (in het algemeen laagtechnologisch draagmoederschap) dan wel dat zij de bevruchte eikel van een andere vrouw, de wensmoeder of eiceldonor, naar haar baarmoeder heeft laten transfereren (hoogtechnologisch draagmoederschap). Vóór de conceptie is tussen de aanstaande draagmoeder en de belanghebbenden bij dit draagmoederschap een overeenkomst opgesteld, waarin de rechten en de plichten van alle partijen zijn vastgelegd. Deze overeenkomst krijgt pas geldigheid op het tijdstip waarop de innidatie in de baarmoeder van de geconcipieerde vrucht succesvol is. Pas op dit moment begint het echte draagmoederschap en geldt de inhoud van de draagmoederschapsovereenkomst voor wat betreft de rechten en plichten van beide partijen tijdens de zwangerschap en bij de geboorte. Tijdens de zwangerschap

blijven de voor deze conceptie verantwoordelijken de juridische ouders. Door de zwangerschap ontstaat geen recht tot ouderschap voor de dragende vrouw. Ook door de geboorte vindt geen overdracht van rechten plaats. Bij de geboorte van hun intussen voldragen vrucht zijn nog steeds de oorspronkelijke ouders de juridische ouders. De hieronder te bespreken draagmoederschapsovereenkomst is niet langer nietig.

Nieuwe afdeling 1a. Draagmoederschap en draagmoederschapsovereenkomst

Nieuw art. 1:199c BW

1. *Draagmoederschap is toegestaan onder door Onze Minister van Veiligheid en Justitie en Onze Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport nader te stellen voorwaarden.*
2. *Van draagmoederschap is sprake als een vrouw, de draagmoeder, een dwingende afspraak maakt met één of ten hoogste twee personen om voor deze persoon dan wel personen een door hen dan wel voor hen geconcipeerde vrucht te dragen en te baren.*
3. *Van de draagmoeder wordt verwacht dat zij zich tijdens dit draagmoederschap en de afsluitende geboorte ten opzichte van de in haar levende vrucht gedraagt als ware het haar eigen kind.*
4. *Het draagmoederschap begint met:*
 - a. *de geslaagde innesteling van het embryo in de baarmoeder van de draagmoeder in het geval van hoogtechnologisch draagmoederschap, waarvan sprake is als de bevruchting buiten de draagmoeder plaatsvindt;*
 - b. *het eerste bewijs van zwanger zijn van de draagmoeder in het geval van laagtechnologisch draagmoederschap, waarvan sprake is als de bevruchting in de draagmoeder plaatsvindt.*
5. *Het draagmoederschap eindigt met de geboorte van het kind of zoveel eerder als sprake is van een eerdere geboorte van de vrucht.*
6. *De voor de conceptie verantwoordelijke personen zijn vanaf de innesteling in de baarmoeder van de draagmoeder de ouders van deze vrucht. Zij zijn dit tijdens de zwangerschap en bij de geboorte.*

Toelichting

Dit artikel introduceert en definieert het begrip draagmoederschap. Lid 1 laat aan de minister de mogelijkheid om met aanvullende regelgeving de grenzen van het ideële en commerciële draagmoederschap aan te geven. In deze regelgeving (een algemene maatregel van bestuur) worden dan ook de voorwaarden waaronder een draagmoederschap wordt toegestaan, c.q. de criteria waaraan met name de participanten in het proces van een hoogtechnologisch draagmoederschap moeten voldoen, opgenomen. De criteria voor het hoogtechnologisch draagmoederschap zijn tot nu toe in een protocol opgesteld door de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie. Het huidige ontmoedigingsbeleid van de overheid vindt ook zijn weerslag in het begrenzende karakter van de criteria. De eis van genetische verwantschap van

minstens één van de wensouders verhindert draagmoederschappen waarbij gebruik moet worden gemaakt van zowel een eicel- als een zaadceldonor. Ook embryodonatie is op grond van deze strenge eisen eigenlijk niet mogelijk. Daarnaast bestaat ook kritiek op de leeftijdsgrenzen, die duidelijk lager liggen dan in de landen waar draagmoederschap al is geaccepteerd en gereguleerd. Om maar niet te spreken over de discriminatie in samenlevingsvorm of geaardheid. Natuurlijk moeten de medische (en psychologische) criteria worden opgesteld door de beroepsgroep die daarvan de meeste kennis heeft. Alle andere voorwaarden dienen zo te worden geformuleerd dat een zo groot mogelijke groep mensen met een kinderwens van deze moderne voortplantingstechnologie kan profiteren. Hoe eng of ruim de grenzen tussen altruïstisch en commercieel draagmoederschap in de toekomst ook mogen worden, het aantal vrouwen dat zich beschikbaar zal stellen om als draagmoeder mee te werken aan de kinderwens van anderen, zal altijd beperkt blijven en dus vele malen achterblijven bij de vraag. Misschien kan met een goede regelgeving het maximale aantal mogelijke draagmoeders worden bereikt. Bij deze regelgeving moet dan ook het verbod op niet-commerciële bemiddeling worden opgeheven. Waarom mag in dit land wel iedereen worden opgeroepen om een orgaan te doneren, terwijl het oproepen om draagmoeder te worden strafrechtelijk wordt vervolgd? Nog een speciale opmerking over *lid 4, onder b*. Hoewel bij de introductie van de termen, gebruikt voor de twee verschillende voortplantingstechnieken, in de eerste plaats gedacht werd aan KI (kunstmatige inseminatie) als laagtechnologische ingreep en IVF (in-vitrofertilisatie) met aansluitende embryotransfer als hoogtechnologische ingreep, moet in de strikte zin van de term ook de zelfinseminatie als een (zeer) laagtechnologische ingreep worden gezien. Het essentiële verschil tussen deze twee laagtechnologische voortplantingstechnieken is de regelgeving: de laagtechnologische techniek, die gebruikt wordt in KI-instituten, wordt beheerst door de regels van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.²⁷¹ De zelfinseminatie onttrekt zich aan deze regels. Overigens hebben voor de hoogtechnologische techniek nog twee andere wetten gelding: de Embryowet²⁷² en het op art. 5 Wet op bijzondere medische ingrepen gebaseerde en sinds 2004 gewijzigde Planningsbesluit in-vitrofertilisatie.²⁷³

Nieuw art. 1:199d BW

- 1. Vóór de conceptie worden in een draagmoederschapsovereenkomst tussen de vrouw die het voornemen heeft een kind voor een ander te dragen en te baren (draagmoeder), en de persoon dan wel personen die een daad laat dan wel laten verrichten om zelf nakomelingschap te verkrijgen (wensouders), de*

271 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, 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.

272 Embryowet, Wet van 20 juni 2002, *Stb.* 2002, 338, in werking getreden op 1 september 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's, gewijzigd bij de Wet van 10 juli 2013, *Stb.* 2013, 306, in werking getreden op 27 september 2013, tot wijziging van de Embryowet in verband met evaluatie van deze wet.

273 Wijziging Planningsbesluit in-vitrofertilisatie van 10 februari 2004, *Stcrt.* 2004, 34, in werking getreden op 21 februari 2004.

- rechten en plichten die tijdens dit draagmoederschap gelden, in een notariële akte vastgelegd.*
- 2. De draagmoederschapsovereenkomst geldt vanaf het tijdstip waarop de aanstaande draagmoeder daadwerkelijk wordt betrokken bij de aanstaande zwangerschap.*
 - 3. De draagmoederschapsovereenkomst eindigt zodra aan de verplichtingen van deze overeenkomst is voldaan.*

Toelichting

In *dit artikel* zijn de volgende belangrijke elementen voor de draagmoederschapsovereenkomst opgenomen.

1. De overeenkomst wordt afgesloten vóór de conceptie. Hierdoor wordt het voor alle participanten in deze overeenkomst duidelijk wat hun toekomstige relatie tot de geconcipieerde vrucht wordt: de draagmoeder wil geen eigen kind. Zij wil het kind van de wensouders, die na de geslaagde innesteling ook de juridische ouders zijn, gedurende negen maanden dragen en aansluitend ter wereld brengen. In strikte zin begint het draagmoederschap pas op het moment van de innidatie in de baarmoeder. Het moge duidelijk zijn dat zowel bij het laagtechnologische als bij het hoogtechnologische draagmoederschap voor deze innidatie al talrijke zaken goed moeten zijn geregeld. Als voorbeeld voor beide draagmoederschappen geldt dat moet worden voorkomen dat de tot stand gekomen zwangerschap niet het gevolg is van de door de wensouders gewilde actie, in goed Nederlands: de draagmoeder wordt zonder betrokkenheid van de wensouders zwanger. De complexe medische ingreep van het hoogtechnologisch draagmoederschap vereist o.a. het receptief maken van de baarmoeder van de aanstaande draagmoeder door middel van medicijnen. Het medisch en psychologisch onderzoek, noodzakelijk voordat tot een hoogtechnologisch draagmoederschap wordt overgegaan, is geen onderdeel van de overeenkomst. Zonder positieve uitkomsten van de twee genoemde onderzoeken wordt geen medische assistentie verleend en komt geen draagmoederschap tot stand. Partijen kunnen en zullen natuurlijk afspreken dat ook de kosten van de inleidende onderzoeken voor rekening van de meest gerede partij, de wensouders, zijn.
2. Vanzelfsprekend is de belangrijkste verplichting van de draagmoeder in de overeenkomst het teruggeven van het geboren kind aan de rechtmatige ouders en de belangrijkste verplichting van deze ouders het accepteren van het kind. Pas nadat de andere partij in de overeenkomst (de wensouders) haar verplichtingen, in dit geval de overeengekomen beloning voor de geleverde prestatie, is nagekomen, eindigt de draagmoederschapsovereenkomst.

Wetstechnisch behoort *dit artikel* niet hier, maar bij de bijzondere overeenkomsten (Boek 7 BW). Dat het hier toch is opgenomen, moet een ondersteuning zijn van de gedachtegang van de auteur in deze. In een *ander artikel*, dus niet in het personen- en familierecht, zal een poging worden ondernomen om de globale inhoud van een draagmoederschapsovereenkomst te beschrijven. De noodzaak dat

het draagmoederschap (en de mogelijke draagmoederschapsovereenkomst) in titel 1.11 BW ('Afstamming') wordt opgenomen, volgt uit het feit dat het draagmoederschap geen rechtsgevolgen heeft voor wat betreft de afstamming, indien het juridisch ouderschap, voortvloeiend uit de *nieuwe art. 1:198 en 199 BW* (of het nieuwe gendervrije verzamelartikel), wordt geaccepteerd.

Afdeling 2. Ontkenning van het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane vaderschap

Art. 1:200 BW

1. Het in artikel 199, onder a en b, bedoelde vaderschap kan, op de grond dat de man niet de biologische vader van het kind is, worden ontkend:
 - a. door de vader of de moeder van het kind;
 - b. door het kind zelf.
2. De vader of moeder kan het in artikel 199, onder a en b, bedoelde vaderschap niet ontkennen, indien de vader vóór het huwelijk of geregistreerd partnerschap heeft kennis gedragen van de zwangerschap.
3. De vader of moeder kan het in artikel 199, onder a en b, bedoelde vaderschap evenmin ontkennen, indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.
4. Het tweede en derde lid zijn niet van toepassing ten aanzien van de vader, indien de moeder hem heeft bedrogen omtrent de verwekker.
5. Het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning wordt door de moeder bij de rechtbank ingediend binnen één jaar na de geboorte van het kind. Een zodanig verzoek wordt door de vader ingediend binnen één jaar nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind.
6. Het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning wordt door het kind bij de rechtbank ingediend binnen drie jaren nadat het kind bekend is geworden met het feit dat de man vermoedelijk niet zijn biologische vader is. Indien het kind evenwel gedurende zijn minderjarigheid bekend is geworden met dit feit, kan het verzoek tot uiterlijk drie jaren nadat het kind meerderjarig is geworden, worden ingediend.

Nieuwe afdeling 2. Ontkenning van het van rechtswege ontstane ouderschap

Nieuw art. 1:200 BW

1. *Het in de artikelen 198 en 199, onderdeel 2, onder a, bedoelde ouderschap kan op de grond dat de betrokken persoon niet degene is die is bedoeld in onderdeel 2, onder a, van deze artikelen, worden ontkend:*
 - a. *door de ouder van het kind;*
 - b. *door het kind zelf.*

2. *Het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het in artikel 198 onderdeel 2, onder a, bedoelde ouderschap kan slechts worden toegewezen doordat tegelijkertijd van een andere persoon dit ouderschap op grond van onderdeel 2, onder b, van dit artikel gerechtelijk is vastgesteld.*
3. *De betrokken persoon kan het in artikel 199, onderdeel 2, onder a, bedoelde ouderschap niet ontkennen, indien deze persoon vóór het huwelijk of het aangaan van het geregistreerd partnerschap heeft kennis gedragen van de zwangerschap.*
4. *Het derde lid is niet van toepassing ten aanzien van de in artikel 199 genoemde persoon, indien de in artikel 198, onderdeel 1, genoemde persoon hem heeft bedrogen omtrent de wijze van ontstaan van dit kind.*
5. *Het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning wordt door de in artikel 198 genoemde ouder bij de rechtbank ingediend binnen één maand na de geboorte van het kind, nadat is voldaan aan het vereiste van lid 2. Een zodanig verzoek wordt door de andere ouder ingediend binnen één maand nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de persoon is als bedoeld in artikel 199, onderdeel 2, onder a.*
6. *Het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap van een ouder wordt door het kind bij de rechtbank ingediend nadat het kind bekend is geworden met het feit dat deze persoon vermoedelijk niet degene is die verantwoordelijk is voor zijn ontstaan. Indien het kind evenwel gedurende zijn minderjarigheid bekend is geworden met dit feit, kan het verzoek worden ingediend nadat het kind meerderjarig is geworden. Het indienen van dit verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning is niet aan een termijn gebonden.*

Toelichting

In tegenstelling tot de oude regels kunnen thans beide ouders hun ouderschap ontkennen. Door het verschil in waarde van de twee rechtsvermoedens, verwoord in *onderdeel 1 van de nieuwe art. 1:198 en 199 BW* (of het gendervrije artikel na samenvoeging van beide laatstgenoemde artikelen) ontstaat ook een verschil in de verdere behandeling van het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap. Niet langer geldt als enige bewijs voor het moederschap het oude rechtsvermoeden, voortvloeiend uit de geboorte, herkenbaar door de fysieke gebeurtenis van de baring. De vrouw die het kind voor zichzelf of voor een ander gedragen heeft, en het geboren kind zijn tastbaar als twee-eenheid aanwezig op het moment van de baring. Zij kan dus haar moederschap slechts ontkennen als zij kan aantonen dat zij nooit de intentie heeft gehad om zelf moeder te worden en dat een andere persoon een beter recht heeft, zich dus beroepend op *onderdeel 2 van art. 1:198 BW*. Dit betekent dus dat *dit artikel* zowel de ontkenkende als de bekende ouder bedient:

- a. de draagmoeder ontkent, omdat zij weet en kan aantonen dat een ander een beter recht (eigenlijk alleen een recht) heeft op dit ouderschap;
- b. de wensouder ontnemt de draagmoeder het recht op het ouderschap, omdat deze ouder kan aantonen dat alleen hem dit recht toekomt.

De tekst maakt duidelijk dat ook een man als rechthebbende op dit ouderschap kan worden aangewezen. Aan de onderliggende gedachte van het oude adagium ‘mater semper certa est’ dat een kind altijd een moeder heeft, wordt feitelijk dus nu ook voldaan, met de kanttekening dat deze moeder wel eens van het mannelijke geslacht kan zijn.

Leden 3 en 4 spreken voor zich en verschillen ook niet met de oude leden 2 en 4. In *lid 3* zijn de twee bekende geïnstitutionaliseerde samenlevingsverbanden genoemd. De persoon die een zwangere huwt of met deze een geregistreerd partnerschap aangaat, weet dat hij van rechtswege ex *nieuw art. 1:199 BW* ouder wordt. Of hij weet dat hij verantwoordelijk is voor deze zwangerschap, of hij accepteert dat hij niet verantwoordelijk is. Dit laatste heeft de aanstaande partner hem verteld. Hij wordt vanwege het *nieuwe art. 1:199 BW* van rechtswege ouder. Er is geen grond tot ontkenning. Deze ontstaat pas op het tijdstip waarop deze ouder een vermoeden heeft dat zijn zwangere aanstaande vrouw of geregistreerde partner tegen hem gelogen heeft omtrent het ontstaan van de zwangerschap. Het bewijzen van dit bedrog zal op dezelfde wijze geschieden als onder de oude regels. Het *nieuwe art. 1:199 BW* kan nog wel een probleem opleveren. De persoon die een zwangere vrouw huwt of met deze een geregistreerd partnerschap aangaat in de wetenschap dat hij niet verantwoordelijk was voor deze zwangerschap, weet dat er nog een persoon is die op grond van *art. 1:199, onderdeel 2, onder a, BW* een beter recht kan laten gelden op het ouderschap. Zolang deze persoon zich niet meldt, is de gehuwde persoon of de persoon die verbonden is in een geregistreerd partnerschap, de juridische ouder.

Het oude lid 3 kan vervallen. De persoon die instemt met een daad die het ontstaan van een kind tot gevolg kan hebben, is verantwoordelijk voor deze mogelijke conceptie en dus juridisch ouder op grond van *art. 1:199, onderdeel 2, onder a, BW*. Er wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen het instemmen met een daad en het laten verrichten van een daad door middel van KI of een andere persoon.

In *lid 5* zijn de termijnen verkort. In dit proefschrift is een pleidooi gehouden om zoveel mogelijk onduidelijkheden en problemen te voorkomen en, als deze zich onverhoopt toch zouden voordoen, deze zo snel mogelijk op te lossen, primair in het belang van het kind, secundair in het belang van de andere betrokkenen. Voor de ontkennende moeder is de termijn van één maand lang genoeg. Na de periode van ontzwangering kan de procedure tot ontkenning worden gestart. De ontkennende moeder kent de reden van haar ontkenning eigenlijk al vanaf de conceptie. Op grond van het aanwezige bewijs en de daarmee verband houdende aanwijzing van de betere rechthebbende, zal in het algemeen dit verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning snel door de rechtbank kunnen worden afgehandeld.

Ook voor de andere ouder geldt dat het in het belang van alle partijen is, en vooral van het kind, dat zo snel mogelijk duidelijkheid wordt geschapen. Indien er een vermoeden bestaat, moet niet eerst nog bijna een jaar kunnen worden gewacht met de indiening van dit verzoek. Bij de verkorting tot één maand heeft de schrijver zich de kwetsbare relatie tussen het jonge kind en de vermoedende

(wantrouwende) ouder proberen voor te stellen. Terwijl de ontkenning door de moeder in de eerste maand na de bevalling kan plaatsvinden, zal de ontkenning door de andere ouder pas beginnen nadat een vermoeden is ontstaan. Dit betekent in concreto dat de hier als ongewenst beschouwde periode van bijna één jaar kan vallen in iedere levensfase van het opgroeiende kind. Indien het verzoek wordt ingewilligd, heeft het kind ineens geen ‘vader’ meer (in het huidige recht heeft het nooit een vader gehad). De volgende opmerking klinkt zeker sarcastisch, maar na bijna een jaar problemen met de wantrouwende ouder moet de beschikking tot gegroundverklaring van de ontkenning bijna als een opluchting voor het kind voelen. In het belang van het kind moeten de termijnen voor indiening van het verzoek door de ouders zo kort mogelijk gemaakt worden. Ditzelfde belang maakt ook dat er geen termijn voor het kind gesteld moet worden. Het kind mag zelf uitmaken of en zo ja, wanneer het een verzoek tot gegroundverklaring van de ontkenning van het ouderschap wil indienen. Indien men de gerechtvaardigde ontkenning van het ouderschap gelijk zou willen stellen met misleiding (immers, één ouder heeft zich voorgedaan als ouder zonder dit te zijn, terwijl de andere ouder dit wist), lijkt het redelijk de gedupeerde van deze misleiding het recht te gunnen om te bepalen of en zo ja, wanneer hij zijn verzoek wil indienen. De auteur vindt het onjuist om nu ineens de belangen van de misleidende ouder mee te laten wegen in de termijnstelling. De verantwoordelijkheid voor de onzekerheid die bestaat gedurende de periode van het vermoeden van het kind en de eventuele indiening van het verzoek door het kind, voor de betrokken ouder, rust niet bij dit kind, maar bij de wetende ouder.

Art. 1:201 BW moet zo veranderd worden, dat in de eerste volzin van lid 1 de term ‘de vader of de moeder’ vervangen wordt door ‘één van de ouders’, de term ‘echtgenoot of geregistreerde partner’ door ‘ouder’ en de term ‘vaderschap’ door ‘ouderschap’. Ook in lid 2 wordt de term ‘vaderschap’ door ‘ouderschap’ vervangen.

Nieuw art. 1:201 BW

- 1. Overlijdt één van de ouders voor de afloop van de in artikel 200, vijfde lid, gestelde termijn, dan kan een afstammeling van deze ouder in de eerste graad, of bij gebreke van zodanige afstammeling, een ouder van deze ouder, de rechtbank verzoeken de ontkenning van het ouderschap geground te verklaren. Het verzoek wordt gedaan binnen één jaar na de dag van overlijden of nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen.*
- 2. Overlijdt het kind voordat het een verzoek heeft ingediend, dan kan een afstammeling in de eerste graad van het kind de rechtbank verzoeken de ontkenning van het ouderschap geground te verklaren. Indien het kind meerderjarig was ten tijde van het overlijden, wordt het verzoek gedaan binnen één jaar na de dag van overlijden of binnen één jaar nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen. Overleed het kind gedurende de minderjarigheid, dan dient het verzoek te worden gedaan binnen één jaar nadat het kind, in leven zijnde, zelfstandig het verzoek had kunnen doen, dan*

wel, indien het overlijden op een later tijdstip ter kennis is gekomen van de verzoeker, binnen één jaar na de kennisneming.

Toelichting

De vervanging van de termen is het logisch gevolg van het zoveel mogelijk gendervrij maken van de regelgeving. In dit proefschrift is op een andere plaats al het probleem van dit artikel aangeduid. De nieuwe verzoekers verkrijgen dit recht door het overlijden van de rechthebbende ouder of kind. In art. 1:200 BW wordt voor de ouders met uitzondering van de vrouw uit wie het kind geboren is, en het kind gesteld dat zij dit verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap pas kunnen indienen bij de rechtbank, nadat bij genoemde betrokkenen een vermoeden is ontstaan over de juistheid van het ouderschap. De nieuwe verzoekers moeten dus kunnen aantonen dat zij ervan op de hoogte gebracht zijn door de oorspronkelijke rechthebbende tot dit verzoek, dat:

1. deze rechthebbende een vermoeden had over de onjuistheid van het ouderschap;
2. deze rechthebbende het voornemen had het recht om te verzoeken, voortvloeiend uit art. 1:200 leden 5 en 6 BW, ook te gebruiken en
3. deze rechthebbende ook gewild heeft dat na zijn overlijden door de gerechtigden, in art. 1:201 BW genoemd, alsnog dit recht geëffectueerd wordt.

Dit artikel laat door zijn redactie toe dat de oorspronkelijke rechthebbende hetzij nooit een vermoeden heeft gehad, hetzij nooit het plan heeft gehad een verzoek in te dienen, maar dat de nieuwe gerechtigden ofwel een (sterk) vermoeden hebben, ofwel uit persoonlijke overwegingen (bijvoorbeeld erfrechtelijke consequenties) een verzoek indienen. De gegrondverklaring van de ontkenning heeft voor alle betrokkenen afstammingsrechtelijke gevolgen. De ontkenkende ouder verbreekt bovendien voor zichzelf en zijn afstammelingen de erfrechtelijke band met het kind.

Het ontkenkende kind verliest niet slechts zijn ouder, maar ook zijn erfrecht van deze ouder. Deze constatering rechtvaardigt de gedachte dat vooral de gerechtigden, genoemd in *lid 1 van dit artikel*, gebruik zullen maken van hun bij het overlijden verworven nieuwe recht. Zeer waarschijnlijk zullen de verzoekers na het overlijden van het kind vooral de band met een belast ouderschap verbreken dan wel de verantwoordelijkheid van een mogelijke schuld afwentelen. Het overleden kind en de verzoekers worden er in het algemeen niet 'beter' van.

In tegenstelling tot het *vorige artikel* zijn de termijnen ongewijzigd. De argumenten die bij *lid 5 van het vorige artikel* zijn gebruikt, gelden hier natuurlijk ook voor de in *lid 1 van dit artikel* genoemde nieuwe verzoekers. Ook nu is het in het belang van het kind dat een eventueel verzoek zo snel mogelijk wordt ingediend. Het overlijden van één van de ouders met daarbij behorende emoties rechtvaardigt echter een ruimere termijnstelling. De argumenten om de termijnstelling voor het kind in art. 1:200 lid 6 BW te verlaten, zijn hier niet valide. De termijnen van één jaar in *art. 1:201 lid 2 BW* blijven onveranderd.

Art. 1:202 BW

In dit artikel wordt telkens slechts de term ‘door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstaan vaderschap’ vervangen door ‘van rechtswege ontstaan ouderschap’.

Nieuw art. 1:202 BW

1. *Nadat de beschikking houdende gegrondverklaring van een ontkenning van het van rechtswege ontstane ouderschap in kracht van gewijsde is gegaan, wordt het van rechtswege ontstane ouderschap geacht nimmer gevolgd te hebben gehad.*
2. *Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor nochtans niet geschaad.*
3. *Door de gegrondverklaring van de ontkenning ontstaat geen vordering tot teruggave van kosten van verzorging en opvoeding of van kosten van levensonderhoud en studie noch tot teruggave van het krachtens vruchtgenot genotene. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van genoten vermogensrechtelijke voordelen, voor zover degene die hen heeft genoten ten tijde van het doen van het verzoek daardoor niet was gebaat.*

Toelichting

De veranderingen zijn het gevolg van de *nieuwe art. 1:198 en 199 BW*, gecombineerd met het sekseneutraal formuleren. In het huidige positieve recht wordt ervan uitgegaan dat door de gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap het kind geacht wordt nooit een vader te hebben gehad. Dat kan natuurlijk niet. Dit is de zoveelste fictie in het familierecht. Dit proefschrift heeft gepoogd duidelijk te maken dat ieder kind pas kan ontstaan doordat twee personen dit ontstaan ‘gewild’ hebben. Deze twee personen zijn vanaf de conceptie en de daarop volgende innidatie de juridische ouders. Eén ouder is altijd bekend: op grond van het *nieuwe art. 1:198 jo. art. 1:200 lid 2 BW* is namelijk altijd de moeder of de ouder die deze rol opeist, bekend. De persoon die op grond van voornoemde artikelen de juridische ouder is, weet ook, althans zou behoren te weten, wie de andere persoon is die verantwoordelijk is voor de bevruchting. In de meeste gevallen kent de in *art. 1:198 leden 1 en 2 BW* genoemde persoon deze andere persoon, maar wil dat om hem (meestal haar) moverende redenen niet bekendmaken. Omdat de andere ouder in deze gevallen onbekend blijft, heeft het kind geen tweede juridische ouder. Schrijver dezes vindt dat het kind wel een tweede juridische ouder heeft, maar dat deze (voorlopig) nog onbekend is. In de geboorteakte en andere administratieve bestanden (zoals de basisregistratie personen) zou dan ook in plaats van ‘vader: **geen**’ moeten worden ingevuld ‘vader: **onbekend**’, misschien nog beter ‘**tweede juridische ouder: onbekend**’.

Ook na de inwerkingtreding op 1 april 2014 van de Wet lesbisch ouderschap zijn nog steeds talrijke artikelen, anders dan in het hier voorliggende voorstel, niet gendervrij. Daardoor was in tegenstelling tot de nieuw geformuleerde artikelen de introductie van een nieuwe afdeling met nieuwe artikelen nodig.

Afdeling 2a. Ontkenning van het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane moederschap

Art. 1:202a BW

1. Het in artikel 198, eerste lid, onder b, bedoelde moederschap kan, op de grond dat de moeder niet de biologische moeder van het kind is, worden ontkend:
 - a. door de moeder, bedoeld in artikel 198, eerste lid, onder a;
 - b. door de moeder, bedoeld in artikel 198, eerste lid, onder b;
 - c. door het kind zelf.
2. De moeder, bedoeld in artikel 198, eerste lid, onder a of onder b, kan het in artikel 198, eerste lid, onder b, bedoelde moederschap niet ontkennen, indien de moeder, bedoeld in het eerste lid, onder b, vóór het huwelijk of geregistreerd partnerschap heeft kennis gedragen van de zwangerschap of heeft ingestemd met de kunstmatige donorbevruchting, bedoeld in artikel 198, eerste lid, onder b.
3. Het verzoek tot gegroundverklaring van de ontkenning wordt door de moeder, bedoeld in artikel 198, eerste lid, onder a of onder b, bij de rechtbank ingediend binnen een jaar na de geboorte van het kind.
4. Het verzoek tot gegroundverklaring van de ontkenning wordt door het kind bij de rechtbank ingediend uiterlijk binnen drie jaren nadat het kind meerderjarig is geworden.

Art. 1:202b BW

1. Overlijdt de moeder, bedoeld in artikel 198, eerste lid, onder a of onder b, voor de afloop van de in artikel 202a, derde lid, gestelde termijn, dan kan een afstammeling van deze moeder in de eerste graad of, bij gebreke van zodanige afstammeling, een ouder van deze moeder, de rechtbank verzoeken de ontkenning van het moederschap geground te verklaren. Het verzoek wordt gedaan binnen een jaar na de dag van overlijden of nadat het overlijden ter kennis van verzoeker is gekomen.
2. Op de ontkenning van het moederschap zijn de artikelen 201, tweede lid, en 202 van overeenkomstige toepassing.

Afdeling 3. Erkenning

Art. 1:203 BW

1. Erkenning kan geschieden:
 - a. bij een akte van erkenning, opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand;
 - b. bij notariële akte.
2. De erkenning heeft gevolg vanaf het tijdstip waarop zij is gedaan.

Nieuw art. 1:203 BW (onveranderd)

1. *Erkenning kan geschieden:*
 - a. *bij een akte van erkenning, opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand;*
 - b. *bij notariële akte.*
2. *De erkenning heeft gevolg vanaf het tijdstip waarop zij is gedaan.*

Toelichting

Het oude artikel blijft onveranderd, omdat dit al sekseneutraal is. (De verwachting is overigens wel dat de erkenning bij notariële akte binnen afzienbare tijd zal verdwijnen uit de wet, omdat zij in de praktijk zelden voorkomt.) Het tweede lid van dit artikel heeft wel consequenties voor de *onbekende* ouder. Deze *onbekende* ouder verliest op het moment van de erkenning zijn 'ouderrecht'. De verdere voorwaarden voor de erkenning worden in het *nieuwe art. 1:204 BW* beschreven. De erkenning maakt dat het kind tot de erkenning een *onbekende* en vanaf de erkenning een bekende tweede ouder heeft.

Art. 1:204 BW

1. Een erkenning is nietig, indien zij is gedaan:
 - a. door een persoon die krachtens artikel 41 geen huwelijk met de moeder mag sluiten of krachtens artikel 80a, zesde lid, geen geregistreerd partnerschap met de moeder mag aangaan;
 - b. door een minderjarige die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt;
 - c. indien het kind de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de moeder of de vader;
 - d. zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het kind van twaalf jaren of ouder;
 - e. terwijl er twee ouders zijn.
2. De in het vorige lid onder c en d vereiste toestemming kan ook geschieden ter gelegenheid van het opmaken van de akte van erkenning.
3. De toestemming van de moeder wier kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, dan wel de toestemming van het kind van twaalf jaren of ouder, kan op verzoek van de persoon die het kind wil erkennen, door de toestemming van de rechtbank worden vervangen, tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt, mits deze persoon:
 - a. de verwekker van het kind is; of
 - b. de biologische vader van het kind, die niet de verwekker is en in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind.

4. De toestemming van de moeder wier kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, dan wel de toestemming van het kind van twaalf jaren of ouder, kan op verzoek van de persoon die als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, door de toestemming van de rechtbank worden vervangen als dit in het belang is van het kind.
5. Een persoon die wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele staat, mag slechts erkennen nadat daartoe toestemming is verkregen van de kantonrechter.

Nieuw art. 1:204 BW

1. *Een erkenning is nietig, indien zij is gedaan:*
 - a. *door een persoon die krachtens artikel 41 geen huwelijk mag sluiten of krachtens artikel 80a, zesde lid, geen geregistreerd partnerschap mag aangaan met de persoon, genoemd in artikel 198, eerste en tweede onderdeel;*
 - b. *door een minderjarige die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt;*
 - c. *indien het kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de persoon, genoemd in artikel 198, eerste en tweede onderdeel, of 199, eerste en tweede onderdeel;*
 - d. *zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het kind van twaalf jaren of ouder;*
 - e. *terwijl er twee bekende ouders zijn, zonder dat een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap is ingediend. De nietigheid van de erkenning vervalt op het tijdstip waarop de beschikking houdende gegrondverklaring van de ontkenning van het door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane ouderschap in kracht van gewijsde is gegaan.*
2. *De in het vorige lid onder c en d vereiste toestemming kan ook geschieden ter gelegenheid van het opmaken van de akte van erkenning.*
3. *De toestemming van de ouder, genoemd in artikel 198, eerste en tweede onderdeel, wiens kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, dan wel de toestemming van het kind van twaalf jaren of ouder, kan op verzoek van de persoon die het kind wil erkennen, door de toestemming van de rechtbank worden vervangen, indien de erkenning de belangen van het kind of de belangen van de eerder genoemde ouder bij een ongestoorde verhouding met het kind niet zou schaden, en de erkennende persoon degene is, die wordt bedoeld in artikel 199, tweede onderdeel, onder a.*
4. *Een persoon die wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele staat, mag slechts erkennen nadat daartoe toestemming is verkregen van de kantonrechter.*

Toelichting

Dit nieuwe artikel probeert de discriminatie tussen enerzijds gehuwde en ongehuwde personen en anderzijds hetero- en homoseksuele personen op te heffen. Immers, de in *onderdeel 2, onder a, van zowel art. 1:198 als art. 1:199 BW* genoemde personen hebben geen verplichte samenlevingsvorm en geen verplicht geslacht. Als logisch gevolg van hetgeen al bij de *nieuwe art. 1:201 en 202 BW* gesteld is, moet in dit artikel in *lid 1, onder e*, het adjectief ‘bekende’ staan. Vanaf de erkenning wordt de ‘*onbekende*’ ouder een ‘bekende’ ouder. Evenals in het oude artikel bestaat er ook nu geen verplichting dat deze persoon op enige wijze betrokken is bij de totstandkoming van het door hem erkende kind. De *onderdelen c en d in het nieuwe artikel* betreffen dezelfde personen als die uit het huidige artikel. *Onderdeel c* betreft de voorafgaande schriftelijke toestemming van de ouders van de minderjarige, jonger dan zestien jaren, die vereist is voor de erkenning van deze minderjarige. *Onderdeel d* daarentegen geeft het kind van twaalf jaren en ouder het recht om wel of niet in te stemmen met de erkenning; wel instemmen met de erkenning betekent dat het kind hiertoe voorafgaand schriftelijk toestemming moet verlenen.

In *lid 3* is naast het sekseneutraal maken van dit lid de term ‘verwekker’ verdwenen. Eenieder die kan aantonen dat hij verantwoordelijk is voor de totstandkoming van dit kind, moet in dit voorstel gelijkgesteld worden met de oude ‘verwekker’. Bovendien is, omdat de erkenning in de eerste plaats in het belang van het kind is (het krijgt een bekende tweede ouder), in ditzelfde lid de volgorde van de belangen veranderd overeenkomstig art. 2 IVRK: ‘Bij alle maatregelen betreffende kinderen (...) vormen de belangen van het kind de eerste overweging’. Overigens is in het *eerste lid, onder a en e*, ook voor de duidelijkheid gekozen voor de term ‘huwelijk’ of ‘geregistreerd partnerschap’ in plaats van de neutrale term ‘geïstitutionaliseerde samenlevingsvorm’. Uit taalkundige overwegingen is verder voor de eenvormigheid in *lid 1, onder c*, het woord ‘jaar’ vervangen door ‘jaren’.

Art. 1:205 BW

1. Een verzoek tot vernietiging van de erkenning kan, op de grond dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is, bij de rechtbank worden ingediend:
 - a. door het kind zelf, tenzij de erkenning tijdens zijn meerderjarigheid heeft plaatsgevonden;
 - b. door de erkenner, indien hij door bedreiging, bedrog of, tijdens zijn minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden daartoe is bewogen;
 - c. door de moeder, indien zij door bedreiging, dwaling, bedrog, of tijdens haar minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden bewogen is toestemming tot de erkenning te geven.
2. Het openbaar ministerie kan wegens strijd met de Nederlandse openbare orde, indien de erkenner niet de biologische vader van het kind is, vernietiging van de erkenning verzoeken.

3. In geval van bedreiging of misbruik van omstandigheden, wordt het verzoek door de erkenner of door de moeder niet later ingediend dan één jaar nadat deze invloed heeft opgehouden te werken en, in geval van bedrog of dwaling, binnen één jaar nadat de verzoeker het bedrog of de dwaling heeft ontdekt.
4. Het verzoek wordt door het kind ingediend binnen drie jaren nadat het kind bekend is geworden met het feit dat de man vermoedelijk niet zijn biologische vader is. Indien het kind evenwel gedurende zijn minderjarigheid bekend is geworden met dit feit kan het verzoek tot uiterlijk drie jaren nadat het kind meerderjarig is geworden, worden ingediend.
5. Voor het geval de erkenner of de moeder overlijdt voor de afloop van de in het derde lid gestelde termijn, is artikel 201, eerste lid, van overeenkomstige toepassing. Voor het geval het kind overlijdt voor de afloop van de in het vierde lid gestelde termijn, is artikel 201, tweede lid, van overeenkomstige toepassing.

Nieuw art. 1:205 BW

1. *Een verzoek tot vernietiging van de erkenning kan, op de grond dat de erkend hebbende persoon niet de persoon is, genoemd in artikel 199, tweede onderdeel, onder a, bij de rechtbank worden ingediend:*
 - a. *door het kind zelf, tenzij de erkenning tijdens zijn meerderjarigheid heeft plaatsgevonden;*
 - b. *door de erkend hebbende persoon, indien hij door bedreiging, bedrog of, tijdens zijn minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden daartoe is bewogen;*
 - c. *door de ouder, genoemd in artikel 198, eerste onderdeel en tweede onderdeel, onder a, indien deze ouder door bedreiging, dwaling, bedrog of, tijdens zijn minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden bewogen is toestemming tot de erkenning te geven.*
2. *Het openbaar ministerie kan wegens strijd met de Nederlandse openbare orde, indien de erkend hebbende persoon niet de persoon is, genoemd in artikel 199, tweede onderdeel, onder a, vernietiging van de erkenning verzoeken.*
3. *In geval van bedreiging of misbruik van omstandigheden, wordt het verzoek door de erkend hebbende persoon of door de ouder, genoemd in artikel 198, eerste onderdeel en tweede onderdeel, onder a, niet later ingediend dan één jaar nadat deze invloed heeft opgehouden te werken en, in geval van bedrog of dwaling, binnen één jaar nadat de verzoekende persoon het bedrog of de dwaling heeft ontdekt.*
4. *Het verzoek wordt door het kind ingediend binnen drie jaren nadat het kind bekend is geworden met het feit dat de ouder vermoedelijk niet de persoon is, genoemd in artikel 199, tweede onderdeel, onder a. Indien het kind evenwel gedurende zijn minderjarigheid bekend is geworden met dit feit, kan het verzoek tot uiterlijk drie jaren nadat het kind meerderjarig is geworden, worden ingediend.*

5. Voor het geval de erkend hebbende persoon of de ouder, genoemd in artikel 198, eerste onderdeel en tweede onderdeel, onder a, overlijdt voor de afloop van de in het derde lid gestelde termijn, is artikel 201, eerste lid, van overeenkomstige toepassing. Voor het geval het kind overlijdt voor de afloop van de in het vierde lid gestelde termijn, is artikel 201, tweede lid, van overeenkomstige toepassing.

Toelichting

De nieuwe visie noodzaakt op twee vlakken tot aanpassing.

1. In het oude artikel wordt ondanks de seksneutraliteit van art. 1:203 BW steeds uitgegaan van een erkenner. In verband met het gendervrij maken van het familierecht in het algemeen en het afstammingsrecht in het bijzonder, is overal de term ‘erkenner’ door ‘erkend hebbende persoon’ vervangen. Ook de ‘verzoeker’ wordt de ‘verzoekende persoon’.
2. Ook het begrip ‘biologische vader’ moet op grond van de nieuwe visie worden aangepast in de zin van de *nieuwe art. 1:198 en 199 BW*.

In tegenstelling tot het oude art. 1:200 lid 6 BW zijn de termijnen voor het kind, in lid 4, wel redelijk. De persoon die het kind heeft erkend, heeft dit op de eerste plaats in het belang van het kind gedaan. Daarnaast kunnen het verlangen en de mogelijkheid om op deze manier ‘ouder’ te worden ook nog een rol spelen. Op grond van dit feit krijgt deze persoon wel het recht om binnen een bepaalde termijn uit zijn onzekerheid over het al dan niet indienen van een verzoek door het kind te worden verlost.

Het *nieuwe art. 1:205 BW* is gendervrij.

De Wet lesbisch ouderschap maakte een nieuw art. 1:205a BW noodzakelijk, dat als volgt luidt.

Art. 1:205a BW

1. Een verzoek tot vernietiging van de door de moeder gedane erkenning kan, op de grond dat de moeder niet de biologische moeder van het kind is, bij de rechtbank worden ingediend:
 - a. door het kind zelf, tenzij de erkenning tijdens zijn meerderjarigheid heeft plaatsgevonden;
 - b. door de erkenner, indien zij door bedreiging, dwaling, bedrog of, tijdens haar minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden daartoe is bewogen;
 - c. door de andere moeder, indien zij door bedreiging, dwaling, bedrog of, tijdens haar minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden bewogen is toestemming tot de erkenning te geven.
2. Op de vernietiging van de erkenning is artikel 205, tweede tot en met vijfde lid, van overeenkomstige toepassing.

Art. 1:206 BW

1. Nadat de beschikking houdende vernietiging van de erkenning in kracht van gewijsde is gegaan, wordt de erkenning geacht nimmer gevolg te hebben gehad.
2. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor nochtans niet geschaad.
3. Door de vernietiging ontstaat geen vordering tot teruggave van de kosten van verzorging en opvoeding of van levensonderhoud en studie noch tot teruggave van het krachtens vruchtgenot genotene. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van genoten vermogensrechtelijke voordelen die uit de erkenning zijn voortgevloeid, voor zover degene die hen heeft genoten ten tijde van het instellen van het verzoek daardoor niet was gebaat.

Nieuw art. 1:206 BW (onveranderd, maar zie toelichting)

1. Nadat de beschikking houdende vernietiging van de erkenning in kracht van gewijsde is gegaan, wordt de erkenning geacht nimmer gevolg te hebben gehad.
2. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor nochtans niet geschaad.
3. Door de vernietiging ontstaat geen vordering tot teruggave van de kosten van verzorging en opvoeding of van levensonderhoud en studie noch tot teruggave van het krachtens vruchtgenot genotene. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van genoten vermogensrechtelijke voordelen die uit de erkenning zijn voortgevloeid, voor zover degene die hen heeft genoten ten tijde van het instellen van het verzoek daardoor niet was gebaat.

Toelichting

Dit artikel is onveranderd gebleven. De consequentie van lid 1 is dat de bekende ouder met terugwerkende kracht voor *het 'nieuwe' recht* weer de *'onbekende'* ouder wordt. De auteur begrijpt dat dit artikel is ingevoerd om te voorkomen dat de verzoekende persoon alleen afziet van zijn verzoek tot vernietiging vanwege de daaruit voortvloeiende financiële gevolgen. Terwijl de bescherming voor de verzoekende persoon maximaal is, straft de wetgever de erkend hebbende persoon ook nog eens extra door de termijnstelling van drie jaar in het vorige artikel. Het kind kan namelijk met de wetenschap dat zijn erkend hebbende ouder niet degene is die bedoeld wordt in de oude, maar ook in de *nieuwe art. 1:198 en 199, beide onderdeel 2, onder a, BW* tot zijn eenentwintigste jaar aanspraak maken op de kosten van levensonderhoud en studie op grond van het oude en *nieuwe art. 1:394 BW*, door zijn verzoek tot vernietiging van de erkenning tot het laatste moment uit te stellen. Deze ongerijmdheid klemt des te meer door het feit dat de erkennende persoon voor zijn erkenning niet de persoon hoeft te zijn die in de *nieuwe art. 1:198 en 199 BW* wordt benoemd. Sterker nog: deze persoon weet dat hij niet aan de genoemde criteria voldoet. Op grond van de *art. 1:205 lid 4 en 206 BW* weet hij dat op enig moment het door hem erkend kind ('onder dankzegging voor de

gedane moeite') een verzoek tot vernietiging van de erkenning en dus van zijn ouderschap kan indienen. Niet de sociale, maar de juridische kwaliteit van het ouderschap wordt misbruikt als rechtvaardiging voor deze ingreep, tenzij natuurlijk het verzoek tot vernietiging van de erkenning juist wordt verklaard door de slechte kwaliteit van het ouderschap.

Afdeling 4. Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap

Art. 1:207 BW

1. Het ouderschap van een persoon kan, ook indien deze is overleden, op de grond dat deze de verwekker is van het kind of op de grond dat deze als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, door de rechtbank worden vastgesteld op verzoek van:
 - a. de moeder, tenzij het kind de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt;
 - b. het kind.
2. Vaststelling van het ouderschap kan niet geschieden, indien:
 - a. het kind twee ouders heeft;
 - b. tussen de in de aanhef van het eerste lid bedoelde persoon en de moeder van het kind krachtens artikel 41 geen huwelijk zou mogen worden gesloten of krachtens artikel 80a, zesde lid, geen partnerschap zou mogen worden geregistreerd; of
 - c. de in de aanhef van het eerste lid bedoelde persoon een minderjarige is die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, tenzij hij voordat hij deze leeftijd heeft bereikt is overleden.
3. Het verzoek wordt door de moeder ingediend binnen vijf jaren na de geboorte van het kind of, in geval van onbekendheid met de identiteit van de vermoedelijke verwekker dan wel van onbekendheid met zijn verblijfplaats, binnen vijf jaren na de dag waarop de identiteit en de verblijfplaats aan de moeder bekend zijn geworden.
4. Overlijdt het kind voordat vaststelling van het ouderschap heeft kunnen plaatsvinden, dan kan een afstammeling van het kind in de eerste graad de vaststelling van het ouderschap aan de rechtbank verzoeken, mits de in de aanhef van het eerste lid bedoelde persoon, nog in leven is. Het verzoek wordt gedaan binnen één jaar nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen.
5. De vaststelling van het ouderschap, mits de beschikking daartoe in kracht van gewijsde is gegaan, werkt terug tot het moment van de geboorte van het kind. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor nochtans niet geschaad. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van vermogensrechtelijke voordelen, voor zover degene die hen heeft genoten ten tijde van het doen van het verzoek daardoor niet was gebaat.

Nieuw art. 1:207 BW

1. *Het ouderschap van een persoon kan, ook indien deze is overleden, op de grond dat deze persoon degene is die genoemd wordt in de artikelen 198 en 199, beide tweede onderdeel, onder a, door de rechtbank worden vastgesteld op verzoek van:*
 - a. *de ouder, tenzij het kind de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt;*
 - b. *het kind;*
 - c. *de persoon genoemd in de artikelen 198 en 199, beide tweede onderdeel, onder a.*
2. *Vaststelling van het ouderschap kan niet geschieden, indien:*
 - a. *het kind twee ouders heeft, die hun ouderschap niet ontlenen aan de artikelen 198 en 199, beide eerste onderdeel;*
 - b. *tussen deze persoon en de ouder van het kind krachtens artikel 41 geen huwelijk zou mogen worden gesloten of krachtens artikel 80a, zesde lid, geen partnerschap zou mogen worden geregistreerd; of*
 - c. *de in de aanhef van het eerste lid bedoelde persoon een minderjarige is die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, tenzij hij voordat hij deze leeftijd heeft bereikt is overleden.*
3. *Het verzoek wordt door de ouder ingediend binnen vijf jaren na de geboorte van het kind of, in geval van onbekendheid met de identiteit van de vermoedelijke persoon, genoemd in de artikelen 198 en 199, beide tweede onderdeel, onder a, dan wel in geval van onbekendheid met zijn verblijfplaats, binnen vijf jaren na de dag waarop de identiteit en de verblijfplaats aan de ouder bekend zijn geworden.*
4. *Overlijdt het kind voordat vaststelling van het ouderschap heeft kunnen plaatsvinden, dan kan een afstammeling van het kind in de eerste graad de vaststelling van het ouderschap aan de rechtbank verzoeken, mits de persoon bedoeld in het eerste lid, nog in leven is. Het verzoek wordt gedaan binnen één jaar nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen.*
5. *De vaststelling van het ouderschap, mits de beschikking daartoe in kracht van gewijsde is gegaan, werkt terug tot het moment van de geboorte van het kind. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor nochtans niet geschaad. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van vermogensrechtelijke voordelen, voor zover degene die hen heeft genoten ten tijde van het doen van het verzoek daardoor niet was gebaat.*

Toelichting

Samen met de *nieuwe art. 1:198 en 199 BW* is dit artikel de kern van de nieuwe visie. Iedere persoon die kan aantonen dat hij een beter recht heeft op het ouderschap dan de persoon, genoemd in de *nieuwe art. 1:198 en 199, beide onderdeel 1, BW*, kan de rechtbank verzoeken dit ouderschap vast te stellen. Dit betekent dat de persoon zowel zijn eigen ouderschap als dat van de andere persoon gerechtelijk kan laten vaststellen. Zowel het opheffen van mogelijke

discriminaties in de waarde van de desbetreffende ouder als de aanname dat het echte ouderschap niet bij de geboorte, maar bij de gewilde conceptie en innidatie begint, maken deze veranderingen noodzakelijk.

Bij de toelichting op het *nieuwe art. 1:200 BW* is al gesteld dat het oude lid 3 kan vervallen. De persoon die instemt met een daad die het ontstaan van een kind tot gevolg kan hebben, is verantwoordelijk voor deze mogelijke conceptie en dus juridisch ouder op grond van art. 1:199, onderdeel 2, onder a, *BW*. Er wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen het instemmen met een daad en het laten verrichten van een daad met KI of door een andere persoon.

De bijzin in het eerste lid van het oude artikel, die betrekking heeft op de instemmende levensgezel, 'of op de grond dat deze persoon als levensgezel van de ouder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad', kan op grond van hetzelfde argument verdwijnen. Deze persoon behoeft namelijk niet de bedoeling te hebben gehad om voor zichzelf nakomelingschap te krijgen door een ander een daad te laten verrichten, maar hij is wel verantwoordelijk voor het risico dat hij met de instemming heeft genomen. Eerder stelde de schrijver al dat de verkrachter (buiten het huwelijk of geregistreerd partnerschap) niet de bedoeling, maar wel de wetenschap heeft gehad dat hij het risico liep dat deze daad tot een zwangerschap zou kunnen leiden.

In het *eerste lid, onder a*, is 'jaar' in 'jaren' veranderd.

Ook een verandering van het oude lid 2, onder a, was noodzakelijk. Immers, alle personen die op grond van *lid 1 van dit artikel* een verzoek indienen, doen dat, omdat zij kunnen aantonen dat zij op grond van het in de *nieuwe art. 1:198 en 199, onderdeel 2, onder a, BW* gestelde een beter recht hebben dan de personen die hun recht ontleen aan het rechtsvermoeden in de *nieuwe art. 1:198 en 199, beide onderdeel 1, BW*. Bij het indienen van het verzoek zijn deze twee personen nog de twee juridische ouders, 'tenzij (...)'. *Dit artikel* beschermt wel de erkenners en adoptiefouders. Indien enerzijds aan de voorwaarden van de erkenning is voldaan en er geen gronden voor vernietiging van de erkenning zijn, anderzijds de adoptieprocedure is afgesloten, kan geen van de in *lid 1* genoemde personen nog een verzoek indienen. Alleen de theoretische mogelijkheid van *lid 2* van het oude, maar ook *nieuwe art. 1:205 BW* blijft over: het openbaar ministerie kan wegens strijd met de Nederlandse openbare orde de vernietiging van de erkenning verzoeken. 'Nadat de beschikking houdende vernietiging van de erkenning in kracht van gewijsde is gegaan' (oud en *nieuw art. 1:206 lid 1 BW*), is er in dat geval nog maar één ouder (in de hier geponeerde visie: *één bekende en één onbekende ouder*). Pas dan zou nog een verzoek op grond van het *nieuwe art. 1:207 BW* kunnen worden ingediend.

In *dit artikel* is de 'ouder' altijd iemand die een onbetwistbaar recht op het ouderschap heeft; de 'persoon' daarentegen kan zowel het onderwerp als het lijdend voorwerp van het indienen van het verzoek tot gerechtelijke vaststelling zijn. Ook in *dit artikel* is in het *tweede lid, onder b*, opnieuw voor de duidelijkheid gekozen: de term 'huwelijk' of 'geregistreerd partnerschap' in plaats van de neutrale term 'geïstitutionaliseerde samenlevingsvorm'.

Art. 1:208 BW

Bij de uitspraak waarbij het ouderschap wordt vastgesteld, kan de rechter op een daartoe strekkend verzoek ten behoeve van het kind een bijdrage toekennen in de kosten van verzorging en opvoeding als bedoeld in artikel 404 of in de kosten van levensonderhoud en studie als bedoeld in artikel 395a.

Nieuw art. 1:208 BW

Bij de uitspraak waarbij het ouderschap wordt vastgesteld, kan de rechter op een daartoe strekkend verzoek ten behoeve van het kind een bijdrage toekennen in de kosten van verzorging en opvoeding als bedoeld in artikel 404 lid 1 of in de kosten van levensonderhoud en studie als bedoeld in artikel 395a lid 1.

Toelichting

Alleen de verwijzing naar de art. 1:404 en 395a BW is beperkt tot het eerste lid van beide artikelen.

Titel 17. Levensonderhoud*Afdeling 1. Algemene bepalingen**Art. 1:394 BW*

De verwekker van een kind dat alleen een moeder heeft, alsmede de persoon die als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, is als ware hij ouder verplicht tot het voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind dan wel, na het bereiken van de meerderjarigheid van het kind, tot het voorzien in de kosten van levensonderhoud en studie overeenkomstig de artikelen 395a en 395b. Nadien bestaat deze verplichting slechts in geval van behoefte van het kind.

Nieuw art. 1:394 BW

De persoon die verantwoordelijk is voor het ontstaan van een kind dat slechts één bekende ouder heeft, is verplicht tot het voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind dan wel, na het bereiken van de meerderjarigheid van het kind, tot het voorzien in de kosten van levensonderhoud en studie overeenkomstig de artikelen 395a en 395b. Nadien bestaat deze verplichting slechts in geval van behoefte van het kind. Op de persoon die als levensgezel van deze ouder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van een kind tot gevolg kan hebben gehad, rust als ware hij ouder dezelfde verplichting.

Toelichting

Ook in dit artikel moet de term ‘verwekker’ vervangen worden door de algemene omschrijving van ‘de persoon die verantwoordelijk is voor het ontstaan van het kind’ (zoals bij herhaling voorgesteld). Iedere persoon, man of vrouw, die een daad heeft verricht dan wel een daad heeft laten verrichten hetzij met de bedoeling om voor zichzelf nakomelingschap te verwerven, hetzij met de wetenschap dat

deze daad tot nakomelingschap zou kunnen leiden, is volgens *onderdeel 2, onder a, van de nieuwe art. 1:198 en 199 BW* ouder. Na het vaststellen van dit ‘ouderschap’ gelden de art. 1:395a en 395b BW.

Voor de laatste volzin in dit *nieuwe artikel* geldt hetzelfde als bij de toelichting op het *nieuwe art. 1:207 lid 1 BW*. Deze volzin zou derhalve ook achterwege kunnen blijven. In het nieuwe afstammingsrecht heeft de samenlevingsvorm van twee personen geen speciale betekenis meer. Zoals eerder geschreven, heeft deze instemmende levensgezel zeer waarschijnlijk niet de bedoeling gehad om voor zichzelf nakomelingschap te verkrijgen door een ander een daad te laten verrichten, maar is hij wel verantwoordelijk voor het risico dat hij met de instemming heeft genomen. Men zou de eerste groep personen de direct verantwoordelijken kunnen noemen en de instemmende levensgezellen de indirect verantwoordelijken.

Bovenstaande wijzigingen in de *verschillende artikelen* zijn gebaseerd op de nieuwe visie op de afstamming. In *deze artikelen* is ook gepoogd op grond van het verbod op discriminatie deze regelgeving zoveel mogelijk gendervrij te maken. Het moge voor eenieder duidelijk zijn dat het seksneutraal maken van alle wetten in formele en in materiële zin, algemene maatregelen van bestuur, Koninklijke Besluiten, ministeriële beschikkingen enz. een bijna onmogelijke opgave is. De volgende getallen zijn ontleend aan de databank van **Maxius** (voorheen **Lexius**). De term ‘vaderschap’ wordt in 120 regelingen gebruikt. Iets minder vaak komt de term ‘moederschap’ voor: in 112 regelingen. Pas echt uitzichtloos wordt het met het vervangen van de termen ‘vader’ en ‘moeder’. In 336 regelingen wordt over de ‘vader’ geschreven, in 453 regelingen over de ‘moeder’.

Besluit DNA-onderzoek vaderschap²⁷⁴

Een belangrijk besluit in het kader van dit proefschrift is natuurlijk het Besluit DNA-onderzoek vaderschap. In dit besluit wordt in art. 1 lid 1 op grond van de Rijkswet op het Nederlandschap geëist dat een Nederlander die een minderjarige vreemdeling erkent of heeft erkend, door middel van DNA-onderzoek aantoonde dat hij de biologische vader is.²⁷⁵ Blijkens art. 1 lid 2 kan ook een vreemdeling door middel van DNA-onderzoek aantonen dat de erkenner zijn biologische vader is. Dit artikel grijpt terug op de oude adagia: de moeder is altijd bekend, de vader moet zijn vaderschap maar aantonen, tenzij hij gehuwd is of een geregistreerd partnerschap is aangegaan. De Rijkswet op het Nederlandschap is terminologisch aangepast aan de door de Wet lesbisch ouderschap geïntroduceerde veranderingen.²⁷⁶ Opvallend is dat de wetgever in art. 1 lid 1, onder c en d,

274 Besluit DNA-onderzoek vaderschap, Besluit van 20 oktober 2008, *Stb.* 2008, 417, in werking getreden op 1 maart 2009.

275 Rijkswet op het Nederlandschap, Rijkswet van 19 december 1984, *Stb.* 1984, 628, in werking getreden op 1 januari 1985, houdende vaststelling van nieuwe, algemene bepalingen omtrent het Nederlandschap ter vervanging van de Wet van 12 december 1892, *Stb.* 1892, 268, op het Nederlandschap en ingezetenschap.

276 Rijkswet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 481, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap in verband met de wijziging van Boek 1 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek betreffende het ontstaan van het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie.

Rijkswet op het Nederlandschap kiest voor een identieke definitie voor de moeder en de vader, te weten:

- c. moeder: de vrouw tot wie het kind, anders dan door adoptie, in de eerste graad in opgaande lijn in familierechtelijke betrekking staat;
- d. vader: de man tot wie het kind, anders dan door adoptie, in de eerste graad in opgaande lijn in familierechtelijke betrekking staat.

Na verlettering was hier waarschijnlijk de gendervrije formulering duidelijker geweest:

ouder: de persoon tot wie het kind, anders dan door adoptie, in de eerste graad in opgaande lijn in familierechtelijke betrekking staat;

Door deze nieuwe definitie zou ook meteen duidelijk zijn wie met de term 'ouder' in art. 4 lid 1 Rijkswet op het Nederlandschap wordt bedoeld. Dit geldt natuurlijk ook voor art. 4 leden 1 en 4, art. 6 lid 1, onder n, en art. 16 lid 1, onder a, Rijkswet op het Nederlandschap, waarin de term 'vaderschap' is vervangen door 'ouderschap'. In art. 1 leden 1 en 2 Besluit DNA-onderzoek vaderschap moet derhalve onder de term 'biologisch vaderschap' ook het biologisch ouderschap, bedoeld in art. 4 lid 4 Rijkswet op het Nederlandschap, worden begrepen.

Met DNA-onderzoek moet de genetische verwantschap met één van de ouders worden aangetoond. Overigens is dit al in overeenstemming met de aanbevelingen van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie²⁷⁷ om kinderen die in het buitenland door middel van draagmoederschap geboren zijn, slechts in Nederland toe te laten als het kind met ten minste één van de ouders genetisch verwant is. Ook in het huidige protocol van de NVOG geldt helaas dezelfde eis van genetische verwantschap met ten minste één van de ouders.

Het voorliggende voorstel is echter dat zowel voor de in Nederland als voor de in het buitenland met behulp van medische voortplantingstechnieken geboren kinderen in de toekomst slechts zou moeten gelden dat de wensouders kunnen aantonen dat zij vanaf de conceptie en innidatie de juridische ouders zijn. Het DNA-onderzoek zou in deze gevallen overbodig worden.

Burgerlijk Wetboek Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen
Titel 1. Algemene bepalingen

Art. 3:2 BW

Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.

Nieuw art. 3:2 BW

1. *Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.*

²⁷⁷ Brief van 16 december 2011 over draagmoederschap, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 VI, nr. 69.

2. *Zaken met een beperkte menselijke beheersbaarheid zijn ook door het lichaam af te scheiden dan wel afgescheiden stoffelijke objecten, zoals organen, geslachtscellen, bloed en andere. De mate van beheersbaarheid wordt bepaald door regels die voortvloeien uit de Nederlandse openbare orde en de goede zeden.*

Toelichting

Op het moment van afscheiding worden de bovengenoemde stoffelijke objecten zelfstandige zaken, waarover de eigenaar vrijelijk binnen de beperkingen, ingegeven door de openbare orde en de goede zeden, kan beschikken. De personen geven iets weg waarover zij als eigenaar²⁷⁸ vrijelijk kunnen beschikken: zij zijn echte donoren.

Binnen de grenzen van de Nederlandse openbare orde en overeenkomstig de goede zeden worden bovengenoemde zaken om niet aan een ander ter beschikking gesteld.

Bij de opmerkingen over de Embryowet is al een vergelijking tussen deze terbeschikkingstelling om niet en de schenking gemaakt. Dit betekent dat ook in het Burgerlijk Wetboek, Boek 7, 'Bijzondere overeenkomsten', de artikelen die betrekking kunnen hebben op het type schenking zoals voorgesteld, enige aanpassing behoeven.

Burgerlijk Wetboek Boek 7. Bijzondere overeenkomsten

Titel 3. Schenking

Art. 7:175 BW

1. Schenking is een overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt.
2. Het tot een bepaalde persoon gericht schenkingsaanbod geldt als aangenomen, wanneer deze na er van kennis te hebben genomen het niet onverwijld heeft afgewezen.

Nieuw art. 7:175 BW

1. *Schenking is een overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt.*
2. *Ook de overeenkomst waarbij de ene partij, de schenker, geslachtscellen als bedoeld in artikel 2 lid 2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek om niet aan een andere partij, de ontvanger, ter beschikking stelt, is een schenking. Deze schenking vindt bij notariële akte plaats.*

278 Van der Steur 2003, p. 221.

3. *Het tot een bepaalde persoon gericht schenkingsaanbod geldt als aangenomen, wanneer deze na ervan te hebben kennisgenomen het niet onverwijld heeft afgewezen.*
4. *Voor de in lid 2 genoemde schenking geldt dat de ontvanger het aanbod pas aanvaardt op het tijdstip waarop hij daadwerkelijk deze geslachtsellen gebruikt. Eerst op dat tijdstip wordt in de notariële akte ook de naam van de ontvanger opgenomen en komt de schenking tot stand.*

Toelichting

Een juridisch discours over de uitgebreide of beperkte uitleg van de termen ‘zaak’ en ‘schenking’ is in het kader van dit proefschrift onvermijdelijk. Eerder stelde de schrijver al dat, als een persoon iets ter beschikking van een ander kan stellen, dit alleen maar kan als deze persoon over dit ‘iets’ het beschikkingsrecht heeft. Kortom: deze persoon kan met de beperkingen van dit ‘iets’ dingen doen als ware hij de eigenaar. Indien deze persoon van dit beschikkingsrecht gebruik maakt door dit ‘iets’ om niet aan een ander ter beschikking te stellen, kan dit worden gelijkgesteld met een schenking. De beperkingen van het ‘iets’ vinden hun neerslag in de voorwaarden van de overeenkomst. Bij een strikte uitleg van het eerste lid van het oude en nieuwe artikel worden de termen ‘eigen vermogen’ en ‘verrijkt’ naar zijn idee te eng uitgelegd. Het woord ‘vermogen’ betekent niet alleen een in geld uit te drukken object, maar ook de mogelijkheid om iets te doen. Mogelijk ten overvloede wordt hier herhaald:

- de orgaandonor schenkt willens en wetens zijn orgaan aan een ander; daarmee vermindert hij zijn vermogen om in probleemsituaties (bijvoorbeeld sport- of verkeersongelukken waarbij de enige nog aanwezige nier wordt beschadigd) te overleven;
- ook de gametendonor schenkt een deel van zijn vermogen tot procreatie aan een ander. Door deze schenkingen nemen de ‘vermogens’ van de ontvangers om te overleven of om nageslacht te verkrijgen toe. De facto vindt er een immateriële verrijking plaats, immaterieel omdat het geschonkene in de Nederlandse samenleving geen financiële waarde (vergelijk het ‘stoffelijk voordeel’ in de zin van art. 3:6 BW) vertegenwoordigt. De leden 2 en 4 van het nieuwe art. 7:175 BW maken duidelijk dat er een vormvoorschrift voor deze overeenkomst geldt. In deze leden is bewust voor de term ‘ontvanger’ in plaats van ‘begiftigde’ gekozen tegenover de schenker, die de schenking doet. Bij de enge uitleg van de termen ‘eigen vermogen’ en ‘verrijkt’ wordt bij de term ‘begiftigde’ ook meteen het beeld opgeroepen van iemand die er direct of indirect financieel beter van wordt. Ook de term ‘begunstigde’ zou hier misplaatst zijn. Immers, de schenker schenkt geen gunst, maar een substantieel iets.

De schenking van de gameten moet op straffe van nietigheid worden gedaan bij een notariële akte. Indien de geschonken gameten tot een bevruchting en aansluitende zwangerschap en geboorte hebben geleid, heeft dit o.a. voor het familierecht en het erfrecht grote betekenis. In de voordracht tot verandering

treedt de ontvanger in de rechten van de schenker. Er is dus een overgang van deze rechten en niet alleen maar een ‘gift van hand tot hand’ van een roerende zaak: de gameten. Dit vereist een vormvoorschrift voor deze schenking, zowel ter bescherming van de nieuwe rechten van de ontvanger als voor het niet meer hebben van deze rechten van de schenker. In de notariële akte, verplicht voor de geldigheid van de overeenkomst van schenking, wordt opgenomen dat de schenker zijn geslachtscellen om niet aan een ander ter beschikking stelt met slechts één doel: het krijgen van nakomeling(en) voor de ontvanger mogelijk te maken.

In de overeenkomst moet expliciet worden opgenomen dat hij met het schenken van zijn gameten bewust afziet van het ouderschap van het kind dat met behulp van de door hem ter beschikking gestelde gameten ontstaat. Deze notariële overeenkomst is noodzakelijk om tegenbewijs te leveren in een procedure vanwege een mogelijke onderhoudsplicht, zoals dit geëist wordt door de Hoge Raad.²⁷⁹ Deze overeenkomsten zijn zowel voor de bekende donoren zonder ambitie tot het ouderschap als voor de donoren die onder het regime van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting vallen, een absolute noodzaak. In het register waarin de donorgegevens zijn opgenomen, kan ook de bewaarplaats van de notariële akte worden vermeld. Zowel de donor als de acceptor kunnen als belanghebbenden ex art. 49 lid 1, onder a, Wet op het notarisambt²⁸⁰ een gewaarmerkt afschrift krijgen. Het zou voor de hand liggen om de instantie die de aanvankelijk anonieme donoradministratie bijhoudt, ook te vragen een register aan te leggen van alle overeenkomsten. De functie van dit register is echter meer dan een ‘bewaardoos’ voor een eventueel op te vragen bewijs van nooit bedoeld ouderschap. Met de notariële akte kan bij twijfel de geboorte aangevende ouder bewijzen dat hij van rechtswege de werkelijke ouder is. Dit zou pleiten voor het aanleggen van een register bij de burgerlijke stand. Dit heeft wel tot consequentie dat nu de gegevens van de donoren die hun gameten doneren onder de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, ineens in twee registers voorkomen. Bij het eventueel aanhouden van twee registers dient wel te worden opgemerkt dat in het donorregister alle data van de donor zijn opgenomen, terwijl in het register van de burgerlijke stand (en/of de basisregistratie personen) alleen de zogenaamde NAW-gegevens van de donor en de acceptor zijn opgenomen. De in de Wdkb gegarandeerde rechten van het kind om op een bepaalde leeftijd de NAW-gegevens van de gametendonor te mogen opvragen, zouden dan gefrustreerd kunnen worden, omdat deze gegevens nog in een tweede register voorkomen waarvoor nog geen regels gelden. Kortom: de auteur is voorstander van één register dat in beheer wordt gegeven bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. Omdat de notariële akte in de persoonlijke sfeer alleen de afstand door de donor en de acceptatie door de ontvanger beschrijft, kan deze akte

279 HR 26 juni 2009, NJ 2009/388, m.nt. S.F.M. Wortmann; AA 2009, p. 561-565, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*biologisch vader of verwekker?*).

280 Wet van 3 april 1999, Stb. 1999, 190, in werking getreden op 1 oktober 1999, houdende wettelijke regeling van het notarisambt, mede ter vervanging van de Wet van 9 juli 1842, Stb. 1842, 20, op het Notarisambt en de Wet van 31 maart 1847, Stb. 1847, 12, houdende vaststelling van het tarief betreffende het honorarium der notarissen en verschotten (Wet op het notarisambt).

sekseneutraal gehouden worden. De wijze waarop deze donatie plaatsvindt, behoeft niet in deze akte te worden opgenomen.

Een overeenkomst die per definitie niet sekseneutraal kan zijn, is de op de nieuwe visie gebaseerde nieuwe draagmoederschapsovereenkomst. In het hoofdstuk over de draagmoederschapsovereenkomst is al uiteengezet waarom deze niet meer bedreigd wordt met nietigheid. In de overeenkomst worden de rechten en plichten van beide partijen vastgelegd, waarbij de ene partij bestaat uit één of twee juridische ouders (als gevolg van de nieuwe visie) en de andere partij de vrouw is die bereid is voor deze ouders gedurende negen maanden hun kind te dragen en daarna te baren. Deze vrouw spreekt met deze ouders af dat zij een bepaalde (en dus **niet betaalde**) dienst voor deze ouders zal verrichten.

Het lijkt of de wetgever in de toekomst heeft kunnen kijken door in het Burgerlijk Wetboek, Boek 7, 'Bijzondere overeenkomsten', in titel 7, 'Opdracht', voldoende ruimte te laten voor de invoering van een nieuwe afdeling 6, 'Draagmoederschapsovereenkomst'. Deze afdeling zou er als volgt uit moeten zien.

Burgerlijk Wetboek Boek 7. Bijzondere overeenkomsten

Titel 7. Opdracht

Nieuwe afdeling 6. Draagmoederschapsovereenkomst

Nieuw art. 7:469 BW

De draagmoederschapsovereenkomst is de overeenkomst tussen enerzijds één of twee personen die de ouders van een geconcipieerde vrucht zijn als bedoeld in artikel 198, onderdeel 2, onder a, en artikel 199, onderdeel 2, onder a, van Boek 1, en anderzijds een draagmoeder, zijnde de in artikel 199c lid 2 van Boek 1 bedoelde vrouw die bereid is gedurende negen maanden deze vrucht in haar baarmoeder te dragen en vervolgens te baren.

Nieuw art. 7:470 BW

De ouders zijn verplicht alle kosten die voortvloeien uit deze overeenkomst inclusief de kosten van het opmaken van deze overeenkomst, te dragen.

Nieuw art. 7:471 BW

De draagmoeder is verplicht om zich tijdens de zwangerschap en bij de geboorte van het kind te gedragen als ware zij zelf de moeder van het kind.

Nieuw art. 7:472 BW

Onderdeel van de draagmoederschapsovereenkomst is een kostenstaat. Hierin worden alle kosten opgenomen, zowel wat het doel betreft als wat de hoogte

betreft, voor zover deze kosten door Onze Minister van Veiligheid en Justitie en Onze Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport als redelijk zijn aangemerkt.

Nieuw art. 7:473 BW

De draagmoederschapsovereenkomst wordt bij notariële akte aangegaan. De intenties van beide partijen worden hierin vastgelegd. Vanaf de eerste noodzakelijke handeling die de vrouw in het kader van haar aanstaande draagmoederschap verricht, krijgt de overeenkomst gelding. De draagmoederschapsovereenkomst is een overeenkomst onder opschortende voorwaarde in de zin van artikel 38 van Boek 3. Na de geboorte of zoveel eerder als voortijdig aan de zwangerschap een einde komt, eindigt de overeenkomst voor de vrouw nadat de andere partij aan al haar verplichtingen heeft voldaan.

Nieuw art. 7:474 BW

De draagmoeder blijft gerechtigd haar onafhankelijke afweging te maken van risico's die zich tijdens deze zwangerschap kunnen voordoen. Indien zich tijdens de draagmoederschapsovereenkomst een medische indicatie voordoet om de zwangerschap te beëindigen, heeft de draagmoeder daartoe het recht. Het risico en de aanvullende kosten van deze beëindiging liggen bij de andere partij. Nadat de kosten tot en met die van de beëindiging van de zwangerschap zijn voldaan, eindigt de overeenkomst.

Nieuw art. 7:475 BW

De draagmoeder is verplicht om de adviezen van deskundigen tijdens haar zwangerschap op te volgen. Indien zij deze adviezen negeert of indien zij andere regels in het belang van het kind overtreedt, geeft dit de andere partij het recht om de overeenkomst te beëindigen. Een verzoek hiertoe moet bij de rechter worden ingediend. Indien dit verzoek wordt toegewezen, eindigt de verplichting om de kosten te voldoen op het tijdstip waarop de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Een eventuele beëindiging van de overeenkomst laat het in artikel 477 bepaalde onverlet.

Nieuw art. 7:476 BW

De draagmoederschapsovereenkomst schept een inspanningsverplichting voor de draagmoeder en geen verplichting tot een gewenst resultaat. Na de zwangerschap en de geboorte van het kind eindigt voor de draagmoeder de overeenkomst na overdracht van het kind aan de ouders. Haar uit deze overeenkomst voortvloeiende rechten eindigen na de finale kwijting van de verplichtingen van de wederpartij.

Nieuw art. 7:477 BW

Na de geboorte van het kind geeft de vrouw het kind terug aan de rechtmatige ouders. De vrouw heeft geen recht dit kind te behouden en de andere partij heeft geen recht dit kind te weigeren.

Nieuw art. 7:478 BW

In de draagmoederschapsovereenkomst leggen partijen vast welke rechten de draagmoeder heeft, in het bijzonder wat het recht van omgang met het kind betreft. Het dragen en het baren van het kind leiden wel tot een nauwe fysieke betrekking, maar op zichzelf niet tot een nauwe persoonlijke betrekking met dit kind.

Nieuw art. 7:479 BW

Ingeval de enige ouder komt te overlijden of beide ouders komen te overlijden vóór de geboorte van het kind, wordt het kind overgedragen aan de raad voor de kindbescherming, die een verzoek tot de rechter richt voor een voorlopige voogdij over het pasgeboren kind. Tussen het geboren kind en de draagmoeder bestaan en ontstaan geen familierechtelijke betrekkingen op grond van de draagmoederschapsovereenkomst.

Toelichting

Met de draagmoederschapsovereenkomst krijgt de draagmoeder een aantal rechten jegens de andere partij (in het kader van dit proefschrift: de juridische ouders), maar niet jegens het kind. Ten opzichte van het kind verplicht zij zich om zich te gedragen als ware zij zelf de moeder van het zich in haar ontwikkelend kind. De juridische ouders bedingen in de zin van de art. 6:253-256 BW bij de draagmoeder dat zij alles zal doen ten gunste van het in haar groeiende kind en alles zal laten wat dit kind kan schaden.

Met de baring en het teruggeven van het kind aan de juridische ouders eindigen haar verplichtingen uit hoofde van de draagmoederschapsovereenkomst.

In twee artikelen worden de mogelijk conflicterende belangen behandeld.

In *art. 7:474 BW* staat dat de gezondheid van de draagmoeder de hoogste prioriteit heeft. De medische beslissing om in het belang van de draagmoeder de zwangerschap te beëindigen, dient door de andere partij te worden gerespecteerd. Met de beëindiging van de zwangerschap door de draagmoeder eindigt de overeenkomst pas voor beide partijen, nadat de andere partij aan haar verplichtingen tot en met het moment van de zwangerschapsonderbreking heeft voldaan. Het risico voor een eventuele vroegtijdige beëindiging van de door deze partij gewenste zwangerschap ligt uitsluitend bij deze partij.

In *art. 7:475 BW* worden de rechten van de juridische ouders beschreven indien de draagmoeder zich niet aan de medische adviezen houdt, die duidelijk in het primaire belang van het kind en het secundaire belang van de aanstaande ouders zijn gegeven. In extremis betreft dit het medisch advies om vanwege ernstige afwijkingen van het kind de zwangerschap te beëindigen.

De beslissing om al dan niet voortijdig de zwangerschap af te breken, behoort alleen de draagmoeder toe. Indien zij dit advies negeert, accepteert zij willens en wetens de geboorte van een gebrekkig kind. Het niet nakomen van de verplichting op grond van de overeenkomst om alles te doen en te laten in het belang van het

kind kan leiden tot een juridische actie wegens wanprestatie. In dit geval kan het belang van het kind zelfs een voortijdige beëindiging van de zwangerschap rechtvaardigen. Om te voorkomen dat de draagmoeder te lichtvaardig een advies afwijst of te gemakkelijk een advies opvolgt, dient het verzoek tot ontbinding op grond van de art. 6:265 e.v. BW wegens niet-nakoming van een in de overeenkomst opgenomen verplichting bij de rechter te worden ingediend.

Dit artikel raakt aan de essentie van de nieuwe visie. Het niet opvolgen van de medische adviezen om de zwangerschap in het belang van het kind te beëindigen verandert namelijk niets aan de juridische status van de wensouders. Zij blijven de juridische ouders op grond van de *nieuwe art. 1:198 en 199, beide onderdeel 2, onder a, BW* en dienen derhalve na de geboorte hun kind te accepteren ex *art. 7:477 BW*. Het is evident dat de draagmoeder wanprestatie levert. Dit rechtvaardigt enerzijds de ontbinding van de overeenkomst en de daaraan gekoppelde betalingsverplichting, anderzijds mogelijk een claim wegens ‘wrongful birth’, de vordering tot schadevergoeding van de wensouders op de draagmoeder wegens een niet (meer) gewenst kind. In het door de draagmoeder niet opvolgen van het dwingende medische advies om de zwangerschap te beëindigen moet dan wel een analogon gezien worden met bijvoorbeeld de medische hulpverlener die tekortgeschoten is (ongewenste zwangerschap na sterilisatie). Ook een latere claim door het kind wegens ‘wrongful life’ is mogelijk. In de draagmoederschapsovereenkomst wordt het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder niet aangetast. Zij en zij alleen kan besluiten om al dan niet een abortus te laten uitvoeren. Zij moet zich echter wel realiseren dat het niet gehoor geven aan een dwingend medisch advies voor haar tot ernstige financiële consequenties kan leiden.

Art. 7:478 BW maakt duidelijk dat er vanaf de conceptie slechts twee ouders zijn. Deze twee ouders bepalen vooraf of er in hun relatie met hun kind nog plaats is voor een derde persoon. Overigens zij hier terloops opgemerkt dat deze hier geponeerde stellingname ook geldt voor de bekende gametendonor. Voordat de draagmoeder en de bekende gametendonor in de verschillende stadia meewerken aan het tot stand komen van een kind van de twee nieuwe ouders, is vastgelegd in een overeenkomst (notariële draagmoederschapsovereenkomst of notariële schenkingsakte) welke plaats deze personen na de geboorte nog mogen innemen. Indien beide partijen overeenkomen dat er geen omgang met het kind zal plaatsvinden, sluiten zij daarmee een actie ex *art. 1:377a BW* uit. Deze afspraak laat onverlet het in *art. 1:377g BW* gestelde voor het minderjarige kind van twaalf jaren of ouder. Dit kind kan na kennisneming van zijn ontstaanswijze aan de rechter laten blijken dat hij omgang wenst met de draagmoeder of de bekende gametendonor. Overigens geldt deze mogelijkheid ook voor een jonger kind dat de consequenties van een dergelijke omgang kan overzien (*art. 1:377g, tweede volzin, BW*).

Art. 7:479 BW beschrijft de dramatische situatie dat het kind reeds vóór zijn geboorte volledig wees is. Na de geboorte wordt dit kind dan ook als een normale wees behandeld. Het ontbreken van een familierechtelijke betrekking tussen dit kind en de gewezen draagmoeder maakt dat de raad voor de kindbescherming

de gewone regels volgt en dat deze draagmoeder in het algemeen niet in aanmerking komt om de voorlopige voogdij toegewezen te krijgen. In het algemeen, omdat de kans dat bij het nog echte altruïstische draagmoederschap de draagmoeder in een familierechtelijke betrekking tot één van de overleden ouders staat, zeker niet te verwaarlozen is (moeder, zuster, nicht).

De niet-afdwingbare component van de draagmoederschapsovereenkomst oude stijl, namelijk het niet verplicht kunnen worden het kind af te staan door de draagmoeder en het accepteren door de wensouders, ontbreekt. Persoonlijke omstandigheden van de wensouders, zoals scheiding of financiële problemen, doen niet langer ter zake. Vanaf de door hen gewilde en tot stand gebrachte conceptie zijn zij ook, nog steeds, de ouders van het kind na de geboorte.

Dit artikel maakt tezamen met art. 1:2 BW (oud en *nieuw*) dat het nog ongeborn kind voor o.a. de toepassing van het versterferfrecht (art. 4:9 BW) al bestaat en dus erfgenaam wordt bij het overlijden van zijn ouders.

In het testamentair erfrecht kan dit ongeborn kind bij het overlijden van de erflater, zijn juridische vader, in verband met het bestaansvereiste van art. 4:56 lid 1, eerste volzin, BW niet erven. Als uitzonderingen op dit bestaansvereiste kan het kind alsnog voordelen van zijn overleden vader genieten op grond van de voorwaardelijke makingen en tweetrapsmakingen van art. 4:56 leden 2-4 jis. art. 4:138 en 141 BW. In tegenstelling tot de mogelijkheden in het versterferfrecht en het testamentair erfrecht kan een ongeborn kind op grond van de fictie van art. 1:2 BW niet een schenking aanvaarden ondanks het feit dat het aanbod tot schenking door de dood van de aanbieder niet vervalt (art. 7:181 lid 1 BW; zie ook de drie uitzonderingen hierop in lid 2).²⁸¹

De voorlopig laatste aanpassing als gevolg van de nieuwe visie betreft vanzelfsprekend de strafrechtelijke bepalingen die betrekking hebben op het draagmoederschap.

Wetboek van Strafrecht

Tweede Boek. Misdrijven

Titel V. Misdrijven tegen de openbare orde

Art. 151b Sr

1. Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt ten einde het voornemen, bedoeld in het derde lid, uit te

281 Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 12 en 188.

- voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
 - a. degene die in het openbaar diensten aanbiedt, bestaande uit het teweegbrengen of bevorderen van onderhandelingen of een afspraak als bedoeld in het eerste lid;
 - b. degene die openbaar maakt dat een vrouw draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, dan wel dat een vrouw die draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, wordt gezocht.
 3. Als draagmoeder wordt aangemerkt de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen.

Nieuw art. 151b Sr

1. *Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt ten einde het voornemen, bedoeld in het derde lid, uit te voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.*
2. *Met dezelfde straf wordt gestraft degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf:*
 - a. *in het openbaar diensten aanbiedt, bestaande uit het teweegbrengen of bevorderen van onderhandelingen of een afspraak als bedoeld in het eerste lid;*
 - b. *openbaar maakt dat een vrouw draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, dan wel dat een vrouw die draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, wordt gezocht.*
3. *Degene die zichzelf rechtstreeks of middellijk aanbiedt als draagmoeder of degene die rechtstreeks of middellijk kenbaar maakt dat hij een draagmoeder zoekt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie, tenzij dit aanbod en deze vraag gericht zijn aan een door Onze Minister van Veiligheid en Justitie of van Volksgezondheid, Welzijn en Sport toegestane rechtspersoon.*
4. *Als draagmoeder wordt aangemerkt de in artikel 199c, tweede lid, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde persoon.*

Toelichting

De leden 1 en 2 maken duidelijk dat commercieel draagmoederschap verboden is en verboden blijft. De nieuwe visie leidt niet tot een legalisering van commercieel draagmoederschap. Lid 3 moet voorkomen dat via internet, marktplaats, advertenties enz. niet-controleerbare vormen van draagmoederschap ontstaan. Alle

andere vormen van hulpverlening, zowel voor de zoekende als voor de aanbiedende vrouwen, worden niet strafbaar gesteld. Op de wijze waarop eventuele verenigingen of stichtingen hun diensten aanbieden, moet natuurlijk wel toezicht worden gehouden. *Lid 4* verwijst naar het *nieuwe art. 1:199c BW* en vervangt het oude lid 3.

Art. 151c Sr (blijft onveranderd)

1. Degene die in de uitoefening van een bedrijf of beroep opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een vrouw rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt in verband met de wens van die vrouw de verzorging en opvoeding van haar kind duurzaam aan een ander over te laten, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.
2. Onverminderd het bepaalde in artikel 151b, eerste lid, is het eerste lid niet van toepassing
 - a. indien het in dat lid bedoelde teweegbrengen of bevorderen geschiedt door de raad voor de kindbescherming of een door de raad daartoe aangevozen rechtspersoon;
 - b. indien het in dat lid bedoelde teweegbrengen en bevorderen een verwijzing betreft naar een organisatie als bedoeld onder a.

Art. 151c Sr blijft onveranderd, omdat er door de wijziging van de definitie van de draagmoeder in art. 151b lid 3 Sr geen relatie meer is met draagmoederschap. De redactie van dit artikel richt zich tot iedere commerciële organisatie die als één van haar doelen heeft het duurzaam overlaten van de verzorging en opvoeding van het kind door de ene vrouw aan een ander. Dit artikel betreft dus iedere vrouw en niet specifiek de draagmoeder. Strafbaar wordt gesteld de niet door de in art. 151c lid 2 Sr genoemde uitzonderingen geregelde overdracht van het kind door de geboortemoeder aan een andere persoon.

Samenvatting

‘Een nieuwe visie op de afstamming’ streeft twee doelen na:

1. het aan ieder kind in een zo vroeg mogelijk stadium in principe twee bekende dan wel eventueel later te kennen ouders geven;
2. het iedereen, ongeacht de samenlevingsvorm, geslacht of geaardheid, in de gelegenheid stellen om een gezin te stichten.

De twee geformuleerde doelen moeten worden geduid als pogingen van de auteur om bepaalde rechten uit het IVRK en het EVRM te effectueren.

Het meest geëigende instrument om deze doelen te bereiken, leek hem een aan het IVRK en EVRM aangepast familierecht. Een ander zeker niet onbelangrijk instrument is de toegenomen kennis op het gebied van de menselijke voortplanting en het voortschrijdend inzicht dat alle mensen gelijk moeten worden behandeld.

De opbouw van dit proefschrift is als volgt.

1. Het juridisch ouderschap wordt opnieuw gedefinieerd. De personen die verantwoordelijk zijn voor de conceptie, zijn de juridische ouders. Virtueel krijgt dit ouderschap pas betekenis na de innidatie in de baarmoeder. Op dat moment begint de zwangerschap die in de geboorte van een kind kan eindigen. Gedurende deze periode heeft voor hem art. 1:2 BW gelding. Het effectieve ouderschap ontstaat bij de geboorte, maar is een continuering van het eerdere ouderschap. Belangrijk is verder dat hij, in navolging van Nederlandse, Engelse en Duitse rechtsgeleerde auteurs, heeft aangenomen dat geslachtscellen zaken zijn die van eigenaar kunnen wisselen (Embryowet en Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting). De eigenaar van deze geslachtscellen onderneemt de actie die uiteindelijk resulteert in een conceptie. Deze eigenaar kan, maar hoeft geen genetische band met deze gameten te hebben. Deze eigenaar kan, maar hoeft geen biologische activiteit te verrichten (zie de nieuwe definities). Waar overigens ‘eigenaar’ is geschreven, betreft dit zowel de mannelijke als de vrouwelijke persoon. Immers, iedereen kan aan iedereen zijn of haar geslachtscellen schenken. Een man kan dus eigenaar worden van eicellen en een vrouw eigenares van spermatozoa. Het onderscheid dat in het huidige recht bestaat en dat kennelijk niet voor iedereen even duidelijk is, tussen een genetische vader, een

- biologische vader en een verwekker, laat hij verdwijnen. Ook de fictie dat een kind wel kan worden verwekt, maar dat er geen verwekker is, verdwijnt in de nieuwe visie. Iedereen die direct of indirect verantwoordelijk is voor de bevruchting, is de verwekker. Deze verwekker wordt van rechtswege de juridische ouder. Dit ouderschap is dus alleen gebaseerd op de activiteit die beide personen met hun geslachtscellen hebben uitgevoerd of op de verantwoording die ze hebben genomen voor het feit dat een ander deze activiteit heeft uitgevoerd. In deze beschrijving van het ouderschap is geen plaats meer ingeruimd voor de vrouw die de geconcipieerde vrucht negen maanden draagt en uiteindelijk het kind baart. En dit leidt naar het volgende punt.
2. Het draagmoederschap wordt beschreven. Na de bevruchting gaat de zygote zich autonoom tot een embryo ontwikkelen. Voor deze ontwikkeling heeft dit embryo wel een goede voedingsbodem nodig. De beste voedingsbodem is de hormonaal voorbereide baarmoeder van een vrouw. Let wel: van *een* vrouw, niet van *de* vrouw. Onderzoek naar de voortplanting van de mens heeft aangetoond dat niet alleen bevruchtingen buiten het lichaam van de vrouw tot stand kunnen worden gebracht (IVF), maar dat de ontstane embryo's via een embryotransfer weer naar de hormonaal voorbereide baarmoeder van iedere vrouw kunnen worden gebracht. Deze kennis heeft geleid tot de mogelijkheid van het draagmoederschap: de zwangere vrouw draagt negen maanden een kind voor een ander. Na de geboorte draagt zij het kind over aan de juridische ouders. De dragende en barendende vrouw heeft geen 'verwekkende' actie ondernomen en is dus niet verantwoordelijk voor dit kind. Zij is niet de juridische moeder. Mogelijk overbodig is de mededeling dat ook de spermadonor van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en de bekende spermadonor zonder de door hem duidelijk gemaakte vaderschapswens nooit de juridische vader worden. Het draagmoederschap, gekoppeld aan de mogelijkheden van gametendonatie, maakt het theoretisch mogelijk dat iedereen in de gelegenheid wordt gesteld om een gezin te stichten, ware het niet dat tot nu toe in Nederland een beleid is ontwikkeld om het draagmoederschap te ontmoedigen. Dit proefschrift probeert de vooroordelen gemotiveerd te bestrijden. Daarnaast wordt een lans gebroken voor legaliseren, faciliteren en reguleren. Uit het rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat in veel landen het draagmoederschap een grotere mate van acceptatie kent dan in Nederland. Enkele landen hebben zelfs het min of meer commerciële draagmoederschap gelegaliseerd. Opvallend is dat ook in deze landen een meestal latent, maar soms ook manifest probleem bestaat. Of eigenlijk bestaan er twee verschillende problemen. Ten gevolge van het in het proefschrift beschreven draagmoederschapstoerisme naar die 'vrijere' landen, worden kinderen geboren die bij terugkeer in Nederland met enorme juridische problemen worden geconfronteerd. Dit kan zelfs resulteren in het niet toelaten. Deze problemen kunnen verdwijnen als ook in Nederland het draagmoederschap gelegaliseerd en dus geaccepteerd is. Het andere, veel grotere probleem ligt in de overeenkomst tussen de draagmoeder en de wensouders. En daar gaat punt 3 over.

3. In de draagmoederschapsovereenkomst worden tussen de draagmoeder en de wensouders allerlei zaken geregeld. Twee van de allerbelangrijkste zaken voor de draagmoeder en de wensouders kunnen op straffe van nietigheid van de overeenkomst niet worden overeengekomen: de afgifte van het kind door de draagmoeder en de acceptatie van het kind door de wensouders. Het kind kan niet voorwerp zijn van een overeenkomst. Zelfs als deze bepalingen in een overeenkomst zijn opgenomen (zie de overeenkomst van het VUmc), kunnen deze in rechte niet worden afgedwongen. Ook in de landen waar draagmoederschappen gelegaliseerd zijn, speelt ditzelfde probleem. Het feit dat in de Verenigde Staten de rechter in de sporadische procedures bijna altijd het kind toewijst aan de wensouders, maakt duidelijk dat ook daar geen absolute afdwingbaarheid bestaat. De rechter beoordeelt de intentie van de draagmoeder. Indien het voor hem absoluut duidelijk is dat voor de zwangerschap de draagmoeder niet de intentie had om ouder te worden, wijst hij het kind aan de wensouders toe. In dit proefschrift is ook de initiële intentie van de draagmoeder belangrijk, maar veel belangrijker is de intentie van de wensouders die het aanwezig zijn van deze intentie kunnen bewijzen door de activiteiten die tot de bevruchting hebben geleid. Pas nu wordt mogelijk duidelijk wat de consequenties zijn van de in de punten 1 en 2 voorgestelde veranderingen. Vanaf de conceptie bestaan er in principe twee personen die verantwoordelijk zijn voor deze bevruchting. Deze twee personen zijn de juridische ouders. Vanaf de innidatie bestaat er op grond van art. 1:2 BW zelfs al een juridische relatie tussen deze personen en het kind in wording. Tijdens de zwangerschap blijft de status van deze ouders ongewijzigd. Bij de geboorte gaat hun virtuele ouderschap over in een effectief ouderschap. Kortom: de juridische ouders waren dat vanaf de conceptie en zijn dat nog steeds bij de geboorte. De fictie in het afstammingsrecht dat voor de bepaling van het moederschap voldoende is dat de vrouw het kind negen maanden heeft gedragen en daarna heeft gebaard, moet worden verlaten. De draagmoeder had niet de intentie om moeder te worden. Het dragen en het baren van het kind geven haar niet het recht om deze intentie te wijzigen. De ultieme consequentie van het nog steeds juridisch ouder zijn van de wensouders op het moment van de geboorte ontnemt de draagmoederschapsovereenkomst de nietigheidsgrond. In tegenstelling tot de 'oude' overeenkomst is niet het kind het voorwerp van deze overeenkomst, maar zijn dat het dragen en het baren van het kind. Na de geboorte draagt de baarmoeder het kind over aan de juridische ouders. De draagmoeder kan het kind niet houden; de wensouders kunnen het kind niet weigeren.

In het laatste hoofdstuk heeft hij geprobeerd zijn ideeën uit het proefschrift te vertalen in nieuwe familierechtelijke regels. En zoals hij al eerder opmerkte voor de bestaande regelgeving, is ook deze voorgestelde regelgeving zeker niet perfect, maar doet deze wel een poging om een einde te maken aan een aantal ficties.

Summary

‘A new vision on parentage’ has two objectives:

1. to give each child, at the earliest possible time, two parents who are known or maybe known later;
2. to give everyone, irrespective of the form of cohabitation, gender or sexual orientation, an opportunity to establish a family.

The two formulated objectives should be regarded as the attempts of the author to give effect to certain rights as laid down in the UNRC and the ECHR.

A body of family law adjusted to the UNRC and the ECHR is, in his opinion, the most appropriate measure with which to achieve these objectives. Another valuable instrument is the increased understanding of human reproduction and the progressive insight that all humans should be treated equally.

This thesis is structured as follows.

1. Legal parenthood is redefined. The persons responsible for the conception are the legal parents. This parenthood first acquires significance after nidation in the uterus, which marks the start of the pregnancy leading to the birth of the child. In his perspective, Article 1:2 of the Dutch Civil Code applies to this period. Although parenthood effectively arises at birth, it is in fact the continuation of the earlier parenthood. It is important to note that he, following the position adopted by Dutch, English and German legal writers, has assumed that gametes are goods that can change ownership; see Dutch ‘Embryo Act’ (Embryowet) and Dutch ‘Donor Information (Artificial Insemination) Act’ (Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting). The owner of these gametes performs the action that ultimately leads to conception. This owner can, but need not be genetically related to these gametes. This owner can, but need not perform any biological activity (see the new definitions). Wherever he uses the word ‘owner’, this can refer to both the male and the female person. After all, everyone can denote his or her gametes to everyone else. Men can thus become the owner of ova and women the owner of spermatozoa. He removes the distinction that exists in current law, and which is apparently not equally clear to everyone, between a genetic father, a biological father and a begetter. Also the fiction that a child can be conceived, but that there is no begetter, is no longer possible in his new vision. Everyone

who is directly or indirectly responsible for fertilisation is the begetter, who by operation of law becomes the legal parent. This parenthood is thus based solely on the actions carried out by both persons with their gametes or for the responsibility that they have assumed for the fact that the other has performed such an action. In this description of parenthood, there is no longer any room for women who carry the conceived for nine months and ultimately give birth to the child. This leads to the following point.

2. A description is given of surrogacy. After fertilisation, the zygote autonomously develops into an embryo. For this, the embryo requires a good nutrient medium. The best medium is the hormonally prepared uterus of a woman. *Nota bene*: of *a* woman, not of *the* woman. Study into human reproduction shows not only that fertilisation can take place outside the female body (IVF), but also that the resulting embryos can be transferred to the hormonally prepared uterus of every woman. This knowledge gave rise to surrogacy: the pregnant woman carries a child during nine months for someone else. After birth, she hands over the child to the legal parents. A woman who has carried the child during pregnancy and undergone childbirth has not performed an ‘act of begetting’ and is thus not responsible for the child. She is not the legal mother. It is properly superfluous to note that both the unknown and the known sperm donor, without having expressed a clear wish of paternity, will also never become the legal father. Surrogacy linked to the possibility of gamete donation makes it theoretically possible for everyone to found a family, were it not that current policy in the Netherlands seeks to discourage surrogacy. This thesis strives to counter the prejudices with well-founded arguments, while at the same time pushing for legalisation, facilitation and regulation. Although a comparative law study shows that many countries show greater acceptance of surrogacy than the Netherlands – some have, in fact, more or less legalised commercial surrogacy – it is nevertheless clear that these countries too face a generally latent, sometimes manifest, problem. Actually, there are two different problems. Surrogacy tourism to the ‘freer’ countries, as described in this thesis, leads to the birth of children who, on returning to the Netherlands, become the subject of significant legal problems. This can even lead to a refusal to allow the child to enter the country. These problems disappear once surrogacy is legalised and thus accepted in the Netherlands. The other, much greater, problem lies in the agreement between the surrogate mother and the social parents. Point 3 deals with this matter.
3. Various matters are arranged in the surrogacy agreement between the surrogate mother and the social parents. Two of the main considerations for the surrogate mother and the social parents cannot, on pain of nullity of the agreement, be agreed, however: the handing over of the child by the surrogate mother and the acceptance of the child by the social parents. After all, the child cannot be the subject of an agreement. Even if these provisions are included in an agreement (see the VUmc agreement), they cannot be enforced in law. That same problem also plays a role in countries where surrogacy is legalised. The fact that US courts, in the sporadic cases that arise,

nearly always award the child to the social parents shows that no absolute enforceability exists and it is up to the court to decide upon the intention of the surrogate mother. If it is clear that the surrogate mother did not become pregnant with the intention of maternity, the court will award the child to the social parents. While the initial intention of the surrogate mother is important, this thesis gives far more weight to the intention of the social parents who can prove their intention by the actions that have led to fertilisation. Only now does it become apparent what the consequences are of the changes proposed in points 1 and 2. From the moment of conception there are, in principle, two persons who are responsible for the fertilisation, i.e. the legal parents. Indeed, pursuant to Article 1:2 of the Dutch Civil Code, a legal relationship exists between these persons and the future child from the moment of nidation. The status of these parents remains unchanged during the pregnancy. Once the child is born, their parenthood changes from virtual to actual. In short, the legal parents had that status from the time of conception, which they retain at the time of birth. For this, it is necessary to take leave of the fiction of parentage law that maternity is assumed if the woman has carried the child for nine months and then given birth to it. After all, the surrogate mother did not have the intention of maternity. Carrying the child and giving birth to the child do not entitle her to change this intention. The ultimate consequence of the fact that the social parents continue to be legal parents at the time of birth removes the grounds of nullity of the surrogacy agreement. Contrary to the 'old' agreement, the subject of this agreement is not the child, but instead the carrying of the child and giving birth to the child. The surrogate mother hands over the child to the legal parents after birth. The surrogate mother cannot keep the child; the social parents cannot refuse the child.

He has sought in the last chapter to translate his ideas into new rules of family law. While these proposed rules, like the existing regulations, are by no means perfect, they do represent an attempt to end a number of legal fictions.

Bijlagen

De bijlagen 1, 2 en 3 tonen in matrices de resultaten van de nieuwe visie voor het juridisch ouderschap met de vermelding van de criteria die in het huidige recht, met de implementatie van de Wet lesbisch ouderschap, gebruikt worden: de geslachtsdaad, de baring, de genetische verwantschap, de gametendonatie en het eerder genoemde ‘willen of weten dat (...)’.

In deze tabellen zijn niet de geïnstitutionaliseerde samenlevingsvormen (het huwelijk en het geregistreerd partnerschap) opgenomen.

Bijlage 4 toont de eenvoudige matrix. Dit geeft duidelijk weer wanneer personen in de ‘nieuwe visie op de afstamming’ juridisch ouder worden van een kind. Mannen en vrouwen kunnen ongeacht hun seksuele geaardheid of hun samenlevingsvorm ouder worden van een door hen beiden geconcipieerd kind. Ook de wijze waarop de conceptie heeft plaatsgevonden of uit welke vrouw het kind is geboren, is voor de beantwoording van de vraag wie de juridische ouders zijn van dit kind, niet meer belangrijk. De hier gebruikte kolom van ‘weten of willen dat (...)’ is derhalve vervangen door ‘verantwoordelijk voor (...)’.

Onder de matrix van bijlage 4 staat nog een voorstel tot een nieuwe conventie.

In principe hebben alle kinderen twee ouders.

Bij heteroseksuele paren blijft de vrouw de moeder en de man de vader.

In het proefschrift is een duidelijke voorkeur aangegeven om de termen van ‘meemoeder’ of ‘duomoeder’ (dus ook van ‘meevader’ of ‘duovader’) te vervangen door het neutrale ‘mee-ouder’ of ‘mede-ouder’ of nog liever de ‘tweede juridische ouder’. Het is natuurlijk wel noodzakelijk dat er dwingende afspraken worden gemaakt over de vraag wie van de twee partners in een homoseksuele relatie de mede-ouder of tweede juridische ouder wordt. Deze noodzaak ontstaat vooral als geen van de personen een genetische verwantschap met ‘hun’ uit een draagmoeder geboren kind heeft.

Bijlage 1. Paternale afstammingsmatrix

Deze matrix maakt duidelijk dat in de nieuwe visie het ‘willen of weten dat (...)’ het enige criterium is voor het ontstaan van juridisch vaderschap.

Overbodig is de opmerking dat dit ‘willen of weten dat (...)’ slechts kan resulteren in het ontstaan van een kind als men ook over een geslachtscel beschikt. De samenlevingsvorm van de man is irrelevant. Overigens is in het huidige recht de genetische verwantschap ook niet zonder meer bepalend voor het ontstaan van juridisch ouderschap. De anonieme donor in de zin van de Wdka is zeker genetisch verwant met het kind, maar is geen vader.

De bekende donor die door middel van een notariële akte kan bewijzen dat hij geen intentie tot het vaderschap heeft gehad, wordt ook geen vader.

Helaas staat ook in deze matrix weer de verkrachter. Het profiel van de twee directe verwekkers is identiek.

Het essentiële verschil ligt voor de verkrachter buiten deze matrix: het absoluut niet willen van de andere partij.

	geslachtsdaad	eigen geslachts- cel	niet-eigen geslachts- cel	willen of weten dat (...)	vaderschap ouderschap	
directe verwekkers	man	+	+	-	+	juridisch vaderschap
	verkrachter	+	+	-	+ weten dat (...)	juridisch vaderschap
indirecte verwekkers	man, subfertil	-	+	-	+	juridisch vaderschap
	man, infertil	-	-	+	+	juridisch vaderschap
	bekende donor met vaderschapswens	-	+	-	+	juridisch vaderschap
	instemmende levensgezel	-	-	+	+ weten dat (...)	juridisch vaderschap
	wensvader	-	+	-	+	juridisch vaderschap
	wensvader, infertil	-	-	+	+	juridisch vaderschap
geen verwekkers	bekende donor zonder vaderschapswens!	-	+	-	- !	geen vaderschap
	anonieme donor in de zin van de Wdtkb	-	+	-	- !	geen vaderschap

NB: bij de man betekent de term 'subfertil' dat hij wel over eigen zaadcellen beschikt. De oorzaak van het niet op een normale manier zwanger kunnen worden van zijn partner kan bij één van beiden of bij beiden gelegen zijn. De term 'infertil' betekent dat de man niet of niet meer over vitale geslachtscellen beschikt.

Bijlage 2. Maternale afstammingsmatrix

In deze matrix valt op dat in tegenstelling tot het huidige recht niet de kolom van de baring, maar alleen de kolom van ‘willen of weten dat (...)’ bepalend is voor het ontstaan van juridisch moederschap. Ook hier geldt natuurlijk dat ‘willen of weten dat (...)’ gekoppeld is aan de beschikbaarheid van een geslachtscel. De samenlevingsvorm van de vrouw is irrelevant.

	geslachtsdaad		baring		eigen geslachtsceel		niet-eigen geslachtsceel	willen of weten dat (...)	moederschap ouderschap
	biologische activiteit	geen	biologische activiteit	geen	genetische verwantschap	geen			
vrouw, fertiel	+		+		+		-	+	juridisch moederschap
vrouw, subfertil	geen	-	biologische activiteit		genetische verwantschap		-	+	juridisch moederschap
vrouw, infertil	geen	-	biologische activiteit		geen		+	+	juridisch moederschap
wensmoeder, subfertil	geen	-	geen		genetische verwantschap		-	+	juridisch moederschap
wensmoeder, infertil	geen	-	geen		geen		+	+	juridisch moederschap
draagmoeder, fertiel	geen	-	biologische activiteit		genetische verwantschap		-	-!	geen moederschap
draagmoeder, geen eiceldonor!	geen	-	biologische activiteit		geen		+	-!	geen moederschap
(donor met wens van moederschap)	geen	-	geen		genetische verwantschap		-	+	juridisch moederschap
donor zonder wens van moederschap	geen	-	geen		genetische verwantschap		-	-!	geen moederschap
'overspelige' levensgezellin	geen	-	geen		geen		+	+	juridisch meemoederschap

De laatste mogelijkheid moet in het rariteitenkabinet. Het betreft hier een vrouw die toestaat dat haar mannelijke partner een andere vrouw ‘zwanger’ maakt. Let wel: haar partner wil niet, maar de andere vrouw wil wel. Aangezien er bij de man een directe relatie bestaat tussen het niet ‘willen en weten dat (...)’ en de geslachtsdaad, moet hier dus gedacht worden aan het beschikbaar stellen van het sperma van haar partner voor een zelfinseminatie. Formeel-juridisch wordt deze vrouw in deze heteroseksuele relatie de mee-ouder van het kind dat uit de zwangere vrouw wordt geboren. Dat kind heeft twee ouders! Op grond van een uitspraak van de Hoge Raad heeft deze man nog wel een probleem (HR 26 juni 2009, *NJ* 2009/388). Deze andere vrouw kan een heteroseksuele of homoseksuele vriendin zijn, maar natuurlijk ook een vrouwelijk familielid. NB: in dit schema betekent ‘subfertiel’ het wel kunnen beschikken over eigen eicellen, maar het niet kunnen baren om wat voor reden dan ook. ‘Infertiel’ betekent dat de vrouw niet kan baren en geen eigen eicellen heeft.

Bijlage 3. Afstammingsmatrix bij
homoseksuele paren, eigenlijk
alleen lesbische paren

*(in cursief staan de mogelijkheden indien per 1 april 2014 de virtuele 'Wet
homoseksueel ouderschap' in werking zou zijn getreden)*

	geslachtsdaad		baring		eigen geslachtscel	niet-eigen geslachtscel	willen of weten dat (...)	benoeming van het ouderschap
	geen	-	biologische activiteit	+				
vrouw	geen	-	biologische activiteit	+	genetische verwantschap	-	+	juridisch ouderschap geboortemoeder
vrouw	geen	-	geen	-	genetische verwantschap	-	+	juridisch ouderschap mee- of duomoeder
vrouw, infertiel	geen	-	biologische activiteit	+	geen	gedoneerde eitel	+	juridisch ouderschap geboortemoeder
vrouw, infertiel	geen	-	geen	-	geen	gedoneerde spermatozoa	+	juridisch ouderschap mee- of duomoeder
instemmende levensgezellin	geen	-	geen	-	geen	'vreemde' spermatozoa	+	juridisch ouderschap mee- of duomoeder
(man, <i>fertiel</i>)	geen	-			<i>genetische verwantschap</i>	-	+	<i>juridisch ouderschap vader</i>
(man, <i>fertiel</i>)	geen	-			<i>geen</i>	<i>gedoneerde eitel</i>	+	<i>juridisch ouderschap mee- of duovader</i>

Voor de conceptie zijn mannelijke en vrouwelijke geslachtscellen noodzakelijk. In dit schema wordt ervan uitgegaan dat één van de twee lesbische partners een eikel levert voor de conceptie. Voor het voorzien in de ontbrekende spermatozoa bieden zich vier mogelijkheden aan.

1. Er wordt gebruik gemaakt van de ‘aanvankelijk’ anonieme donor van de Wdkb.
2. De bekende donor zonder vaderschapswens schenkt zijn sperma door middel van een notariële akte.

Deze schenkingen vinden natuurlijk plaats aan de partner die óf geen eigen eikel heeft óf van wie de eikel niet gebruikt wordt. Dit kan betekenen dat de geboortemoeder, die geen eigen eikel heeft, de begunstigde van de spermadonatie wordt. In de Wet lesbisch ouderschap wordt zij toch de juridische moeder, omdat de baring van dit genetisch niet met haar verwant kind het constituerend moment van het juridisch moederschap is. In feite is deze vrouw tegelijkertijd wensmoeder en draagmoeder. Overigens moet deze situatie niet verward worden met de in dit proefschrift geschilderde intra-uteriene adoptie zonder rechterlijke bemoeienis. Het juridisch ouderschap van deze vrouw is namelijk gelegitimeerd doordat zij de eigenares van de gedoneerde spermatozoa is geworden. De niet-barende partner wordt de meemoeder of duomoeder.

3. De bekende donor met vaderschapswens. Bij de geboorte hoeft nog niet duidelijk te zijn wie de tweede juridische ouder wordt.
4. De instemmende levensgezellin is verantwoordelijk voor de handelingen met haar partner die kunnen leiden tot een zwangerschap.

In het schema zijn dat de ‘vreemde’ spermatozoa. Er heeft namelijk geen donatie plaatsgevonden.

Bijlage 4. Nieuwe afstammingsmatrix

De vrouwen en mannen hebben geen verplichte samenlevingsvorm. Deze tabel geldt dus voor heteroseksuele en homoseksuele paren, maar ook voor alleenstaanden. In deze matrix komen de geslachtsdaad en de baring als voorwaarden voor het ouderschap niet meer voor.

Dit heeft wel een specifieke consequentie voor een lesbisch paar. In het huidige recht (Wet lesbisch ouderschap) wordt in geval van een lesbisch huwelijk of een geregistreerd lesbisch partnerschap de vrouwelijke partner van de geboortemoeder van rechtswege de juridische ouder, dus de meemoeder, ook als zij de eicel doneert. In dit schema komt de baring niet meer voor. De genetische verwantschap bepaalt in de eerste plaats het moederschap. De geboortemoeder wordt mede-ouder.

	eigen geslachtscel		niet-eigen geslachtscel	verantwoordelijk voor (...)	type ouderschap
vrouw	genetische verwantschap	+	–	+	ouderschap of moederschap
vrouw	geen	–	gedoneerde eicel	+	ouderschap of moederschap
vrouw	geen	–	gedoneerde spermatozoa	+	mede-ouderschap of meemoederschap
man	genetische verwantschap	+	–	+	ouderschap of vaderschap
man	geen	–	gedoneerde spermatozoa	+	ouderschap of vaderschap
man	geen	–	gedoneerde eicel	+	mede-ouderschap of meevaderschap

In deze matrix komt de instemmende levensgezel(lin) niet meer voor. De persoon die instemt met een handeling van een ander die zijn partner ouder maakt, moet worden gelijkgesteld met de man of vrouw die gebruik maakt van aan hem of haar gedoneerde geslachtscellen. De instemming maakt deze persoon ‘verantwoordelijk voor (...)’.

Statistisch gezien moeten er ook situaties voorkomen waarin beide vrouwelijke partners niet kunnen baren en één van hen of beiden infertiel is, respectievelijk zijn. In dat geval moeten zij evenals twee mannelijke partners van een draagmoeder gebruik maken.

In het voorgestelde systeem wordt de hiërarchie in ouderschap voor beide seksen opnieuw gedefinieerd. Het voorstel is dat de eigenaar van de geslachtscel van dezelfde sekse ouder wordt en de partner mede-ouder of tweede juridische ouder wordt. De volgende voorbeelden spreken voor zich.

Beide vrouwen kunnen niet baren.

- Eén of beide vrouwen heeft, respectievelijk hebben eicellen.
De vrouw wier eikel wordt gebruikt voor de conceptie, wordt ouder, de andere vrouw wordt mede-ouder of tweede juridische ouder.
- Beide vrouwen hebben geen eicellen.
De vrouw aan wie de eikel is geschonken die voor de conceptie wordt gebruikt, wordt ouder, de andere vrouw wordt mede-ouder of tweede juridische ouder.

Beide mannen kunnen per definitie niet baren.

- Eén of beide mannen heeft, respectievelijk hebben spermatozoa.
De man wiens spermatozoa worden gebruikt voor de conceptie, wordt ouder, de andere man wordt mede-ouder of tweede juridische ouder.
- Beide mannen hebben geen spermatozoa.
De man aan wie de spermatozoa zijn geschonken die voor de conceptie worden gebruikt, wordt ouder, de andere man wordt mede-ouder of tweede juridische ouder.

Geraadpleegde literatuur

Arduin 2008

P.O. Arduin, 'Les Partisans des Mères porteuses ne désarment pas', *Thema-dossiers* (april 2010) van het Europese Instituut voor Bio-Ethiek, p. 1-13 (oorspronkelijk artikel in het Frans, 28 november 2008). Bron: www.liberte-politique.com/Actualite/Decryptage/Les-partisans-des-meres-porteuses-ne-desarment-pas.

Asser 2004

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/De Boer 2010

J. de Boer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Baker & Ellis 1993

R. Baker & M. Ellis, 'DNA-onderzoek vaderschap in Liverpool (1989-1992)', *Sex and evolution of human nature*, The Red Queen, Matt Ridley 1993.

Van Beers 2009

B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Van den Berg & Buijssen 2004

M. van den Berg & C. Buijssen, 'De techniek staat voor niets, nu het recht nog', in: 'Hoogtechnologisch Draagmoederschap', *NJB* 2004, p. 724-728.

Van Berkel 1999

D. van Berkel, 'Torentje Zaaddonor X', *Ublad* online 14 (31), 25 november 1999, Capaciteitsgroep ontwikkelingspsychologie faculteit Sociale Wetenschappen, Universiteit Utrecht. Bron: www.ublad.uu.nl/WebObjects/UOL.woa/2/wa/Ublad/archief?id=1013860.

Boele-Woelki 2011

K. Boele-Woelki e.a., *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag: WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, UCERF-rapport 2011.

Börger & Frister 2010

N. Börger & H. Frister, 'Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Kryokonservierung von Keimzellen', *Humboldt Forum Recht* 1/2010, Die juristische Internet-Zeitschrift an der Humboldt-Universität zu Berlin, p. 1-20. Bron: www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/1-2010/index.html.

Bos & Van Gelderen 2010

H. Bos & L. van Gelderen (UvA), 'Homo- en lesbisch ouderschap in Nederland', in: 'Steeds gewoner, nooit gewoon', S. Keuzenkamp (red.), *Sociaal en Cultureel Planbureau*, Den Haag, juni 2010, p. 114-116.

Brazier, Campbell & Golombok 1998

M. Brazier, A. Campbell & S. Golombok, *Surrogacy: Review for health ministers of current arrangements for payments and regulation*, Report of the review team Cm 4068, October 1998.

Van den Brink 2006

M. van den Brink, *Moeders in de Mainstream: een genderanalyse van het werk van het VN-Kinderrechtencomité* (diss. Utrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Broekhuijsen-Molenaar 1992

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'De juridische status van het pre-embryo in vitro', in: E.H. Hondius e.a., *Quod licet. Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 33-44.

Broekhuijsen-Molenaar 1999

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Geoorloofdheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht', in: K. Boele-Woelki en M. Oderkerk, *De (on) geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999.

De Bruijn-Lückers 1994

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag. A whole code of juvenile law?* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

De Bruijn-Lückers 2012

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, in: *Tekst & Commentaar: Personen- en Familiericht*, M.J.C. Koens en A.P.M.J. Vonken (red.), Deventer: Kluwer 2012.

Van der Burg 1994

W. van der Burg, 'De juridische status van het embryo: een op drift geraakte fictie', *TvG* 1994, nr. 7, p. 386-409.

Callus 2004

T. Callus, 'Tempered Hope? A Qualified Right to Know One's Genetic Origin: Odièvre v France', *The Modern Law Review* 2004, Vol. 67, p. 658-669.

Curry-Sumner & Vonk 2013

I. Curry-Sumner & M. Vonk, 'Internationale afstamming en draagmoederschap', *Kwartaalbericht Estate Planning*, 2013/34.

Dermout 2001

S.M. Dermout, *De eerste logeerpartij. Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2001.

Dermout 2002

S.M. Dermout e.a., 'Update juni 2002, Hoogtechnologisch Draagmoederschap in Nederland'. Bron: www.google.nl; zoek: Samenvatting van het proefschrift 'De eerste logeerpartij (...)'.
(...)

Enders 2010

C. Enders, 'The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law', *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e teoria do Direito (RECHTD)*, janeiro-junho 2010, 2 (1), p. 1-8.

Ergas 2012

Y. Ergas, 'Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity and the Regulation of International Commercial Surrogacy'. Bron: www.works.bepress.com/yasmine_ergas/1/ (eveneens in *Emory International Law Review* 2013, vol. 27).

Forder 2009

C.J. Forder, 'Advies over lesbisch ouderschap'. Bron: www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2009/05/19/advies-mw-prof-c-j-forder-inzake-lesbisch-ouderschap.html/2009.

Geesink & Steegers 2011

I. Geesink & C. Steegers, *Nier te koop, baarmoeder te huur. Wereldwijde handel in lichaamsmateriaal*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2011.

Golombok 2004

S. Golombok e.a., 'Families created through surrogacy arrangements: parent – child relationships in the 1st year of life', *Developmental Psychology* 2004 (40), p. 400-411.

Golombok 2011

S. Golombok e.a., 'Children conceived by gamete donation: The impact of openness about donor conception on psychological adjustment and parent-child relationships at age 7', *Journal of Family Psychology*, april 2011, p. 230-239.

De Graaf 2005

A. de Graaf, 'Scheiden: motieven, verhuisgedrag en aard van de contacten', Den Haag: CBS, Bevolkingstrends, 4^e kwartaal 2005, p. 39-46.

Haveman & Wijers 2001

R. Haveman & M. Wijers, 'Sekswerk. De moraal van seks voor geld', *Nemesis* 2001, nr. 6, p. 190-202.

Heida & Van der Steur 2001

A. Heida & A. van der Steur, 'Aanhangige Zaken: Draagmoederschap tussen Strafrechtelijk Verbod en Wettelijke Regeling', *Nemesis* 2001, nr. 6, p. 209-214.

Heida & Ter Haar 2007

A. Heida & J.H.M. ter Haar, 'Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na overlijden en de boedelpraktijk', *WPNR* 2007/6706, p. 323-331.

Heim 2004

U. Heim, *Ektogenese – Der strafrechtliche Lebensschutz vor neuen Herausforderungen* (diss. Konstanz, BRD), Konstanz: Hartung-Gorre Verlag 2004.

Hilgendorf 1994

E. Hilgendorf, 'Ektogenese und Strafrecht', *MedRecht* 1994, p. 429-432.

Hoksbergen 2006

R.A.C. Hoksbergen, brief aan de Tweede Kamer, 22 januari 2006, 'Bijzondere nazorg voor adoptiegezinnen hard nodig'. Bron: www.research.fss.uu.nl/niet-gen/adoptie_art.htm#artikel9.

Hoksbergen 2008

R.A.C. Hoksbergen, 'Lesbisch Ouderschap', *Katholiek Nieuwsblad*, 29 augustus 2008.

Jadva 2009

V. Jadva e.a., 'The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: Comparisons by age of disclosure and family type', *Human Reproduction* 2009, p. 1909-1919.

Janssens 2005

P.M.W. Janssens e.a., 'Wet Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting: inhoud en gevolgen', *NTvG* 2005, 149, p. 1412-1416.

Kalsbeek 2007

Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (voorzitter: N.A. Kalsbeek), 'Rapport Lesbisch Ouderschap', 31 oktober 2007. Bron: www.aoo.nl/downloads/2007-10-31-MvJ.pdf.

Keuzenkamp 2010

S. Keuzenkamp (red.), 'Steeds gewoner nooit gewoon. Acceptatie van homoseksualiteit in Nederland', *Sociaal en Cultureel Planbureau*, Den Haag, juni 2010.

Kievits 2001

F. Kievits, 'Resultaten wet op draagmoederschap', *NTvG* 2001, p. 1171.

De Knijf 2007

P. de Knijf, 'DNA-onderzoek suggereert: Van één op de drie kinderen is de 'vader' niet de biologische vader'. Bron: www.gezondheid.blog.nl/kinderen2007/05/12/een-op-drie-kinderen-niet-biologische-vader (bron: De Telegraaf). P. de Knijf is geneticaspecialist aan het LUMC, personeelsblad *Cicero*.

Kottenhagen 2008

R.J.P. Kottenhagen, 'Botsende rechten van moeder en ongeboren kind. Kan een zwangere vrouw tegen haar wil gedwongen worden een medische ingreep te ondergaan ten behoeve van de nasciturus?', *TvGR* 2008, p. 492-503.

Kraaij 2009

V. Kraaij e.a., 'Omgaan met vruchtbaarheidsproblemen: onderzoeksresultaten', 2009, LUMC, afdeling Medische Psychologie en Gynaecologie, journalistiek verslag. Bron: www.levenmetkinderloosheid.files.wordpress.com; zoek: Kraaij 2009.

Leenen 1994

H.J.J. Leenen, *Handboek Gezondheidsrecht*, Deel 1, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Alphen aan den Rijn: Samson 1994.

Leenen & Gevers 1986

H.J.J. Leenen & J.K.M. Gevers (red.), 'De gezondheidsrechtelijke status van het embryo', in: 'Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid', Deventer: Kluwer 1986.

Leenen & Gevers 2007

H.J.J. Leenen & J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel 1, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007.

Van Maanen 2012

H. van Maanen, 'Eén op de tien psychologen vervalst onderzoeksdata. Meer dan de helft erkent statistisch gesjoemel', *Wetenschapskatern van de Volkskrant*, 22 februari 2012.

Montero 2010

E. Montero, Themadossiers van het Europees Instituut voor Bio-ethiek, 'Moet het draagmoederschap gelegaliseerd worden?', april 2010. Bron: www.ieb-eib.org/nl/document/moet-het-draagmoederschap-gelegaliseerd-woorden-204.html.

Van Mourik & Nuytinck 2012

M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2012.

Nesterowicz & Walachowska 2011

M. Nesterowicz & M. Walachowska, 'Contract on surrogate motherhood in Polish Law', 18th International Congress of Comparative Law, Washington D.C., 25-31 July 2010, p. 221-224, Parijs: Société de Législation Comparée 2011.

Nuytinck 2010

A.J.M. Nuytinck, 'Volledige seksneutraliteit in het personen- en familierecht: over erkennende vrouwen en barenden mannen', *AA* 2010, p. 8-10.

Nuytinck 2010

A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *WPNR* 2010/6841, p. 343-348.

Nuytinck & Grapperhaus 2008

A.J.M. Nuytinck & J.J.M. Grapperhaus, 'Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde 'personae miserabiles', in het familie(vermogens)recht, in het bijzonder het belang van het kind', *AA* 2008, p. 861-875.

Opolion 2012

D. Opolion, 'Brave new way to have a baby: Surrogacy law in Israël', 2012, p. 1-3. Bron: www.juf.org/news/default.aspx; zoek: Surrogacy law.

Van Raak-Kuiper 2007

J.A.E. van Raak-Kuiper, *Koekoekskinderen en het recht op afstammingsinformatie* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Saarloos 2010

K.J. Saarloos, *European private international law on legal parentage* (diss. Maastricht), Maastricht: Océ Business Services 2010.

Sandfort 1997

Th.G.M. Sandfort, 'Samen of apart. Wat homoseksuele mannen en lesbische vrouwen beweegt', Utrecht: Universiteit Utrecht/Homostudies 1997.

Schoots & Bouma 2011

M. Schoots & A. Bouma, 'Een draagmoeder uit het buitenland, kan dat?'. Bron: www.vbbw.nl/download/VBBW01052.pdf, *Freya Magazine* 2011-1, p. 6-7.

Slijper & Verhulst 1991

F.M.E. Slijper & F.C. Verhulst, 'Rapport betreffende de onderzoekbaarheid van psychische gevolgen voor KID-kinderen om geen toegang tot hun afstammingsgegevens te hebben', Rotterdam: Sophia Kinderziekenhuis 1991.

Smeenk & Kremer 2010

J. Smeenk & J. Kremer, Stichting LIR, 'Landelijke IVF-cijfers 1996-2009', december 2010. Bron: www.mijnzorgnet.nl/vruchtbaarheidsproblemen/m/cijfers/1570/download.aspx.

Spruijt & Kormos 2010

E. Spruijt & H. Kormos, 'Handboek scheiden en de kinderen. Voor de beroepskracht die met scheidingskinderen te maken heeft', Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2010.

Van der Staaij 2012

C.G. van der Staaij, Tweede Kamer, schriftelijke vraag, 23 februari 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, Vragen, kenmerk 2012Z03370.

Van der Steur 2003

J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Teman 2008

E. Teman, 'The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychological scholarship on surrogate motherhood', *Social Science & Medicine* 2008, p. 1104-1112.

Verhaak 2005

C.M. Verhaak e.a., 'A longitudinal, prospective study on emotional adjustment before, during and after consecutive fertility treatment studies', *Human Reproduction* 2005, 20 (8), p. 2253-2260.

Verhaak 2007

C.M. Verhaak e.a., 'Women's emotional adjustment to IVF: a systemic review of 25 years of research', *Human Reproduction Update* 2007, 13, p. 27-36.

Vlaardingerbroek 2011

P. Vlaardingerbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Vonk & Bos 2012

M. Vonk & H. Bos, 'Duo-moederschap in Nederland vanuit juridisch en ontwikkelingspsychologisch perspectief', *Familie & Recht* 2012, juli-september.

Vorzimer 2013

A. Vorzimer, 'New Guidelines: India Not A Viable Option For Gay Couples, Unmarried Couples Or Single Individuals', 2013. Bron: www.eggdonor.com/blog/2013/01/04/.

Waaldijk 1995

C. Waaldijk, 'Naar een gelijkgeslachtelijk huwelijk', *FJR* 1995, 10, p. 223-228.

Waaldijk 2000

C. Waaldijk, 'De familie geregeld. Partnerschapsregistratie en huwelijk: toenemende rechtsgelijkheid voor geslachtsgelijke partners en hun kinderen', preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2000, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000.

Waltzer 1982

H. Waltzer, 'Psychological and legal aspects of artificial insemination: an overview', *American journal of psychotherapy* 1982, p. 91-102.

Wolffhagen 1997

D. Wolffhagen, 'Wat niet weet, wat niet deert', *Nemesis* 1997, nr. 3, p. 98-103.

Zeegers 2001

N. Zeegers, 'De zeggenschap over het embryo; handelingen met embryo's wettelijk geregeld', *Nemesis* 2001, nr. 6, p. 203-208.

Elektronische bronnen zonder duidelijke auteur

Centre for Family Research, University of Cambridge 2010, *A response on the Consultation Paper of the Nuffield Council on Bioethics*. Bron: www.nuffield-bioethics.org, Centre for Family Research, University of Cambridge, pdf.

Draagmoederschap Oekraïne. Bron: www.en.surrogacy-ukraine.com.

Draagmoederschap Russische Federatie. Bron: www.surrogacy.ru/eng/FAQ.

Draagmoederschap Russische Federatie. Bron: www.surrogacy.ru/eng/legal.

Draagmoederschap Russische Federatie. Bron: www.surrogacy.ru/eng/news/news4.php.

Habeke J.W., Nieuwsblog nrc.next, 'Het homohuwelijk bestaat tien jaar'. Bron: www.nrcnext.nl/blog/2011/04/01/het-homohuwelijk-bestaat-tien-jaar/.

Identiteit

IDEE Therapie & Training, 'Identiteit en persoonlijkheid'. Bron: www.idealpmc.nl/zijn/identiteit_ontstaan.html.

Onvruchtbaarheid als 'ziekte'

Bron: www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/perspective/en/.

Problemen met in India geboren kinderen

Bron: www.diplomatie.belgium.be/nl; zoek: draagmoederschap.

Raad van Europa CJ-FA 2001

16 rev. Straatsburg, 15 januari 2002, nr. 9. Bron: www.elfri.be/print/1899.

Reformatorisch Dagblad 25 oktober 2012

Bron: www.refdag.nl/nieuws/binnenland/homohuwelijk_nog_verre_van_populair_1_542288.

Samuel Ghilain

Bron: www.gayworld.be/tag/laurent-ghilain/.

Zelfbeschikking bij het begin van het leven: Draagmoederschap

Bron: www.h-vv.be/hvw-dossiers/zelfbeschikking-bij-het-begin-van-het-leven-draagmoederschap.

Rapporten en brochures**Eindrapport ZonMw 2011**

‘Psychosociale uitkomsten van jongvolwassen binnenlands geadopteerden en hun adoptieouders’, Eindrapport ZonMw (Project 127000001), Universiteit Leiden, Faculteit Sociale Wetenschappen, Algemene en Gezinspedagogiek/ADOC, juni 2011.

VU medisch centrum 2010

VU medisch centrum (VUmc), Brochure ‘Hoog-technologisch draagmoederschap’, januari 2010.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel 2012

Nationaal Rapporteur Mensenhandel, ‘Mensenhandel met het oogmerk van orgaanverwijdering en gedwongen commercieel draagmoederschap’, 2012. Bron: www.nationaalrapporteur.nl/publicaties/orgaanverwijdering-draagmoederschap/index.aspx.

Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming 2010

Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, Antwoord op adviesaanvraag van E.M.H. Hirsch Ballin, minister van Justitie, 19 maart 2010. Bron: www.rsj.nl/advies/adviezen/2010/ (pdf-document ‘Brief Wetsvoorstel lesbisch ouderschap’).

Officiële stukken

Kamerstukken II 1995/96, 24 887, nr. 1, p. 1 (brief van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 16 september 1996, ‘Maatschappelijke positie en de functie van het gezin’).

Reactie van de Raad voor de rechtspraak op wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg, 14 juni 2010, bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 3.

Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (VI) voor het jaar 2012 (brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 16 december 2011, ‘Draagmoederschap’).

Kamerstukken II 2011/12, Vragen, kenmerk 2012Z03370, Schriftelijke vraag van C.G. van der Staaij, Tweede Kamer, 23 februari 2012.

Minister van Veiligheid en Justitie, mede namens de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, antwoord op 17 april 2012, kenmerk 235475.

Kamerstukken I 2012/13, 33 032, C, Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer op wetsvoorstel 33 032 (lesbisch ouderschap).

Internationale verdragen en publicaties

Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), Rome, 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154, in werking getreden op 31 augustus 1954.

Haags Adoptieverdrag, Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie, 's-Gravenhage, 29 mei 1993, *Trb.* 1993, 97, in werking getreden op 1 oktober 1998.

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Publicatieblad van de Europese Unie (PbEU)* 2007, C 303.

Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR of BUPO), New York, 16 december 1966, *Trb.* 1969, 99, in werking getreden op 11 maart 1979.

Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa, 'Draagmoederschappen in Europa en wereldwijd. Medische, sociale en juridische aspecten. Situatie en vooruitzicht', 30 september 2004.

Bron: www.freya.nl/web_draagmoeder/Draagmoederschapovereenkomst.pdf. Oorspronkelijk artikel: 'Surrogacy arrangements in Europe and worldwide – Medical, social, ethical aspects', M. Hancock (UK), 2004 (vert. L. van den Boom, 2008).

Universele Verklaring van de rechten van de mens (UVRM), VN, 10 december 1948.

VN-Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK), 20 november 1989, *Trb.* 1990, 170, in werking getreden op 8 maart 1995.

Nationale wetten, wetsvoorstellen en besluiten

Aanpassingswet geregistreerd partnerschap, Wet van 17 december 1997, *Stb.* 1997, 660, in werking getreden op 1 januari 1998, tot aanpassing van wetgeving aan de invoering van het geregistreerd partnerschap in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

Adoptiewet, Wet van 26 januari 1956, *Stb.* 1956, 42, in werking getreden op 1 november 1956, houdende invoering van de mogelijkheid van adoptie en wijziging, in verband daarmee, van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafrecht.

Besluit DNA-onderzoek vaderschap, Besluit van 20 oktober 2008, *Stb.* 2008, 417, in werking getreden op 1 maart 2009.

Embryowet, Wet van 20 juni 2002, *Stb.* 2002, 338, in werking getreden op 1 september 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's, gewijzigd bij de Wet van 10 juli 2013, *Stb.* 2013, 306, in werking getreden op 27 september 2013, tot wijziging van de Embryowet in verband met evaluatie van deze wet.

Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 2, Regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg).

Planningsbesluit in-vitrofertilisatie, Besluit van 1 april 1998, *Stcrt.* 1998, 95, in werking getreden op 27 mei 1998.

Rijkswet op het Nederlanderschap, Rijkswet van 19 december 1984, *Stb.* 1984, 628, in werking getreden op 1 januari 1985, houdende vaststelling van nieuwe, algemene bepalingen omtrent het Nederlanderschap ter vervanging van de Wet van 12 december 1892, *Stb.* 1892, 268, op het Nederlanderschap en het ingezetenschap (deze Rijkswet is nadien veelvuldig gewijzigd).

Wet afbreking zwangerschap, Wet van 1 mei 1981, *Stb.* 1981, 257, in werking getreden op 1 november 1984, houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap.

Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb), 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.

Wet opnemning buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka), Wet van 8 december 1988, *Stb.* 1988, 566, in werking getreden op 15 juli 1989, houdende regelen inzake de opnemning in Nederland van buitenlandse pleegkinderen met het oog op adoptie.

Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 324, in werking getreden op 1 januari 1998, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opnemning daarin van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap.

Wet van 3 april 1999, *Stb.* 1999, 190, in werking getreden op 1 oktober 1999, houdende wettelijke regeling van het notarisambt, mede ter vervanging van de Wet van 9 juli 1842, *Stb.* 1842, 20, op het Notarisambt en de Wet van 31 maart 1847, *Stb.* 1847, 12, houdende vaststelling van het tarief betreffende het honorarium der notarissen en verschotten (Wet op het notarisambt).

Wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 480, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie (meestal aangeduid als Wet lesbisch ouderschap).

Rijkswet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 481, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap in verband met de wijziging van Boek 1 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek betreffende het ontstaan van het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie.

Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap.

Wet van 18 december 2013, *Stb.* 2014, 1, datum van inwerkingtreding: 1 juli 2014, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte.

België

Belgische Senaat, zitting 2007-2008, 'Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek om het bevallen in discretie mogelijk te maken', wetgevingsstuk nr. 4-358/1, indiener G. Swennen, 6 november 2007.

Belgische Senaat, zitting 2010-2011, 'Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap', wetgevingsstuk nr. 5-130/1, indiener B. Tommelein c.s., 19 september 2010.

Belgische Senaat, zitting 2010-2011, 'Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap', wetgevingsstuk nr. 5-929/1, indieners M. Temmerman en G. Swennen, 5 april 2011.

Belgische Senaat, zitting 2010-2011, 'Voorstel van resolutie betreffende de internationale regeling van draagmoederschap', wetgevingsstuk nr. 5-1075/1, indieners E. Sleurs en I. Faes, 9 juni 2011.

Belgische Senaat, zitting 2011-2012, 'Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek om het discreet bevallen mogelijk te maken', wetgevingsstuk nr. 5-1705/1, indieners E. Sleurs c.s., 10 juli 2012.

Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek, Advies nr. 27 van 8 maart 2004 betreffende de donatie van sperma en eicellen, definitieve versie.

Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek, Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), definitieve versie.

Frankrijk

Code Civil, article 16-7, créé par Loi 94-653 du 29 juillet 1994, in werking getreden op 30 juli 1994.

Verenigd Koninkrijk

Human Fertilisation and Embryology Act 1990. Bron: www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37.

Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (*amending van de Human Fertilisation and Embryology Act 1990*). Bron: www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22.

The Court of Appeal 2009, EWCA Civ 37 (*Yearworth and others versus North Bristol NHS Trust*) in Nuffield Council on Bioethics, *Consultation Paper*, april 2010.

Australië (Victoria)

Victorian Law Reform Commission – Assisted Reproductive Technology & Adoption, Final Report, 4 januari 2007.

Victorian Law Reform Commission – Assisted Reproductive Technology & Adoption, Final Report Summary, 5 juni 2007.

Jurisprudentieregister

Europa

EHRM 17 oktober 1986, *NJ* 1987/945, m.nt. E.A. Alkema (*Rees v. Verenigd Koninkrijk*).
EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1991/659, m.nt. E.J. Dommering (*Gaskin*).
EHRM 13 februari 2003, *NJ* 2003/587, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Odièvre*).
EHRM 10 april 2007, appl.nr. 6339/05 (*Evans v. Verenigd Koninkrijk*).
EHvJ 14 oktober 2008, case C-353/06, Rec. 2008 (*Grunkin and Paul*).
EHRM 24 juni 2010, appl.nr. 30141/04; *AA* 2011, p. 299-304, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Schalk and Kopf v. Austria*).
EHRM 25 september 2012, appl.nr. 33783/09 (*Godelli v. Italy*).
EHRM 30 oktober 2012, appl.nr. 57375/08 (*P. en S./Polen*).

Nederland

HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129, m.nt. E.A.A. Luijten en E.A. Alkema (*homohuwelijk*).
HR 15 april 1994, *NJ* 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*).
HR 22 december 1995, *NJ* 1996/419, m.nt. J. de Boer (*door moeder namens kind verzochte omgangsregeling met biologische vader*).
HR 22 september 2000, *NJ* 2001/647, m.nt. J. de Boer.
HR 24 januari 2002, *NJ* 2003/386, m.nt. J. de Boer (*vervangende toestemming IV*).
HR 30 november 2007, *NJ* 2008/310, m.nt. J. de Boer; *AA* 2008, p. 133-138, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*het omgangsrecht van de spermadonor op grond van diens nauwe persoonlijke betrekking met het kind*).
HR 26 juni 2009, *NJ* 2009/388, m.nt. S.F.M. Wortmann; *AA* 2009, p. 561-565, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*biologisch vader of verwekker?*).
HR 19 februari 2010, *NJ* 2010/295, m.nt. S. Perrick; *AA* 2010, p. 264-270, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*afwikkeling nalatenschap notaris Postma*).
HR 18 februari 2011, *NJ* 2011/90; *AA* 2011, p. 640-643, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*verwekker naast juridische vader onderhoudsplichtig?*).

HR 2 november 2012, *NJ* 2013/122, m.nt. S.F.M. Wortmann; *AA* 2013, p. 44-48, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*bijkomende omstandigheden voor ontvankelijkheid verzoek spermadonor tot vaststelling omgangsregeling*).

HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. N. Keijzer (*afgedwongen tongzoen*).

Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1990, *NJ* 1991/796.

Hof 's-Hertogenbosch 25 november 1992, *NJ* 1993/211.

Hof Arnhem 8 maart en 10 mei 1994, *NJ* 1996/467.

Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *NJ* 1998/865.

Rb. Breda 20 juni 1989, *NJ* 1989/726.

Rb. Breda 5 maart 1991, *NJ* 1991/370.

Rb. Rotterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0238.

Rb. 's-Gravenhage 10 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC5651.

Rb. 's-Hertogenbosch 10 juni 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BN6040.

Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197.

Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1309.

Rb. Alkmaar 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BQ6551.

Rb. 's-Gravenhage 9 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BP3764.

Rb. Haarlem 10 januari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP0426.

Rb. 's-Gravenhage 13 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ2950.

Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT8475.

Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627.

Rb. Haarlem 3 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW5040.

Rb. Zutphen 9 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5204.

België

Belgisch Hof van Cassatie AR 7907, 29 januari 1993 (*procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent/S*), Arr. Cass., 1993, 129, in: 'Afstamming. Algemene praktische rechtsvergelijking', nr. 103, G. Verschelden, Mechelen: Kluwer uitgevers 2004.

Rb. Antwerpen 19 december 2008, Tijdschrift@ipr.be 2010, afl. 4, p. 140-144.

Trefwoordenregister, personen en zaken

(in ‘vet’ het **hoofdstuknummer**, achter de punt in ‘normaal’ het c.q. de paragraafnummers)

- 2-PN-Zelle/2-PN-cel | 2.11_3.2
- aanscherping van het handhavingsbeleid | 4.7
- aanverwanten | 7.2
- abortivum | 1.4
- abortus | 1.4_2.1_5.2_6.13_8.1_12.4
- abortus provocatus lege artis | 6.13_8.1_12.4
- acceptatie door wensouders | 3.5_4.2/12/13_8.4_11.5/8_ **hoofdstuk 13**
- acceptatieverplichting | **hoofdstuk 13**
- acceptor | 2.9/11_3.4/5/10_4.1_8. /5_9.7_ **hoofdstuk 13**
- adolescentie | 10.5
- adoptie | 2.1/2/3/6/8/9/10/_3.6/9_4.1/4/6/7/10/19/21_ **hoofdstuk 5_6.4_7.2_8.4_9.2//5_10.2/8/9_11.7/8/12_12.6**
- adoptie-uitspraak | 2.2/3_4.1/21_5.3_10.9_
- adoptie, interlandelijk =
 - buitenlands | 4.17_ **hoofdstuk 5_10.5/10_11.11**
- adoptie, nationaal | 4.7_10.10
- adoptie, partieel | **hoofdstuk 5**
- adoptie, prenataal | 3.7/9_5.8_9.5_12.5
- adoptieprocedure | 2.2_4.2_ **hoofdstuk 5_8.4/5_9.2_10.4/5_11.4/8/10_12.7_ **hoofdstuk 13****
- adoptief ‘grootouders’ | 5.6
- adoptiefkind/adoptiekind | 2.9/10_ **hoofdstuk 5_8.4_10.4/5_12.5**
- adoptiefouders | 2.2/9_3.7_4.18_ **hoofdstuk 5_8.6/7_10.4/5_12.6**
- Adoptiewet | 5.2/3
- Adoption Act 1984 | 4.21
- afgifte/afstand | 2.10_3.5/6/9_4.15_5.8_8.4_11.5/8_ **hoofdstuk 13**
- afstamming | 2.11_3.7_4.4/12/17_5.3_7.5_8.4_ **hoofdstuk 10**
- afstammingsinformatie | 2.1/10/11_4.12_5.2/7/9_ **hoofdstuk 10_12.5**
- afstammingsrecht | 2.8/10_4.2/7_10.2_11.7/8_12.2
- afstammingswetgeving 1998 | 2.1/2/3
- alcohol | 4.3
- algemeen persoonlijkheidsrecht | 2.1/11_10.1_12.5
- alimentaire vaderschapsactie (ouderschapsactie) | 2.7_8.2_10.5
- alleenstaande | 2.10_4.3/10/20_8.2/9_9.7_10.5_11.3/6/10/12
- allgemeines Persönlichkeitsrecht | 2.11
- alternatieve voortplanting | 2.2
- altruïstische daad | 3.4_4.9/18_8.4/7_11.2/3/5/7/9_12.7
- ambivalentie (van de wetgever) | 4.10_9.5
- ambtenaar van de burgerlijke stand | 2.4_4.1_6.4
- amendement Hennis-Plasschaert | 6.4/5_13
- Amerikaanse rechtspleging | 4.7

- animus donandi | 3.2
 anoniem-bevallen-in-Frankrijk-toerisme
 | 2.11
 anonimiteit | 2.11_8.27_10.2/5
 anti-innidativum | 1.4
 anticonceptie | 1.7_3.4_5.2/7_8.1_12.4
 Arduin, P.O. | 4.12
 Argentinië | 11.1/19
 artefact | 2.2
 ASAA-protocol | 4.21
 aspirant-adoptiefouders | 5.4/6/7
 aspiraties (van eicellen) | 3.9
 Asser-De Boer | 1.4_3.3
 Australië | 4.1_11.9
 automutilatie | 3.4
 autonomie van ouders | 5.9_10.8/10
- baarmoeder | **hoofdstuk 1_2.2/3_3.3/6/**
 7/9_4.3/10/11/13/19_8.1/2/3/
 5_11.11_ **hoofdstuk 13**
 baarmoederslijmvlies | 1.5
 baarmoedertransplantatie | 4.10/19
 Baby M. | 4.15
 Baker, R. | voetnoot 41
 Baltische staten | 11.4
 barende man | 3.11_4.19_voetnoot 5
 basisregistratie personen | 3.11_5.5
 Beers, B.C. van | 1.4/7_3.2/7_8.5
 begeleiding | 4.15_5.6/7_10.3_ **hoofd-
 stuk 13**
 begiftigde | **hoofdstuk 13**
 beginseltoestemming | 5.4
 begrippenapparaat | Inleiding_6.9
 bekende donor met 'family life' | 9/7
 bekende donor met vaderschapswens
 | 2.5_6.2_9.7_10.5
 belang van het kind | 1.7_2.2/4/6/10/
 11_4.1/2/7/12/21_5.2/3/8/10/11_6.5/
 9_7.1/3/6_8.4_9.2/4/5/6_10.2/5/7/8/
 9_11.3_12.5/6_ **hoofdstuk 13**
 belangenvereniging | 8.7
 België | 2.11_5.6_8.3/4_10.5_11.1/4/7/
 10/11/12
 beloning | 8.7_11.5_ **hoofdstuk 13**
 bemiddeling, geheel of deel | 5.4
 bemiddelingsinstituut | 5.8_11.3
 Berg, M. van den | 4.7
- Berkel, D. van | 10.5
 bescherming | 1.7_3.3/8
 beschermingswaardigheid | 1.4
 beschikking (ter) | 2.5/10/11_3.2/
 6_4.8_5.10_8.5_9.7_11.7
 beschikking, rechterlijke | 2.4/
 9_6.4_7.4_10.9_11.1
 beschikkingsrecht | 2.9_3.1/2/3/4/
 5_4.11_ **hoofdstuk 13**
 bestaansvereiste | 2.3_6.6
 betwisting | **hoofdstuk 13**
 bevruchting | 1.3/4/6/7_2.1/2/3/4/6/9/
 10_3.1/3/5/6/9/10_4.7/11/15/19_5.7/
 10_6.4/6/9/13/14_8.1/2/3_9.3/4_11.7/
 12_12.2_ **hoofdstuk 13**
 bezit van staat | 4.17
 biologische vader met 'family life'
 | 3.5_6.2/5/9_ **hoofdstuk 13**
 blastula | 3.2
 bloeddonor | 3.9_ **hoofdstuk 13**
 bloedverwant | 2.3/9_6.6_7.2
 bloedverwantschap | 2.1/3_5.1/2/
 10_7.2_12.2
 Boele-Woelki, K. | voetnoten
 106_221_231
 Boer, J. de | 3.7_12.5
 bordeelverbod | 3.9_11.2/3
 Börgers, N. | 3.1/2/4/_ **hoofdstuk 13**
 Borst, E. | 4.3/12
 Bos, H. | 9.7/8
 Brazier, M. | 11.9
 Brazilië | 11.9
 Brink, M. van den | voetnoot 191
 Broekhuisen-Molenaar, A.M.L.
 | 1.4_3.3_4.2/11
 Bruijn-Lückers, M.L.C.C. de | 1.7_3.3
 Buijssen, C. | 4.7
 buitenechtelijk | 10.10
 buitenwacht | 5.8
 Burg, W. van der | 1.4/7_3.7
- Callus, T. | 10.2
 Canada | 11.1/4/9
 CBS | 4.6/20_6.11_9.1_10.1/4/6/8_11.1
 Centre for Family Research, Universiteit
 van Cambridge, Engeland
 | 10.5_11.6

- cervical hostility | 8.2/3
 codificeren | 2.1
 conceptie | zie bevruchting
 congeniale aplasie van baarmoeder | 4.3
 criterium 'niets meer te verwachten hebben' | 5.3
 cryoconservatie | 1.5_3.6_8.3
 Cyprus | 11.4/10

 delictsomschrijving | 12.1/5
 Denemarken | 11.1
 Dermout, S.M. | 4.7/11
 discriminatie, discriminerend | 3.7_4.3/
 19_5.7/11_6.10/11_8.6_9.4_11.1/3
 DNA | 2.2/3/6/7/11_3.5_8.2/5_10.5/6/7/
 9_11.7
 DNA onbekend, TV-programma | 10.5/7
 doe-het-zelver | 3.9
 dogma, dogmatisch denken | 2.2
 domestic partner | 9.5
 Donor Siblings Register | 10.5
 draagkracht | 6.7_11.3
 draagmoeder | 1.5_2.2/3/8_3.7/
 9_**hoofdstuk 4**_5.8/10_6.8_8.2/4/5/
 9_**hoofdstuk 11**_12.1_**hoofdstuk 13**
 draagmoederschap | 2.3_3.5/7/9_4.3/
 7_5.2_**hoofdstuk 8**_9.5/8_10.5/7/
 10_**hoofdstuk 11**_12.1/7_**hoofdstuk 13**
 draagmoederschap altruïstisch | 8.4/
 7_11.2/3/9_12.7
 draagmoederschap commercieel
 | 3.9_4.7_8.7_11.4/5//9/10/11
 draagmoederschapsovereenkomst
 | 3.7_**hoofdstuk 4**_8.4/5_11.4/
 5_**hoofdstuk 13**
 draagmoederschapstoerisme | 2.11_11.3/
 4/9/10
 drieouderschap | 6.10
 drugs | 1.7_4.3_12.3
 Duitsland | 2.11_5.6_8.9_11.4/7/10
 duomoeder | 5.10_9.2
 duomoederschap | 5.10_9.2
 dwangsom | 6.3_10.7_12.5

 echocontrole | 3.9_8.3
 echtscheiding | 2.3_4.20_10.8_**hoofdstuk 13**

 ectogenese | 1.6
 Ecuador | 11.9
 eenouderadoptie | 5.3
 eenoudergezin | 4.10/20_5.3/9_7.1
 eenouderschap | 2.5/10_6.16_10.16
 eenpersoonsadoptie | 2.9
 eicel | 1.2/4_2.2/3/10/11_3.1/2/4/5/9/
 11_4.7/10/11/12/13/
 15_5.10_6.12_8.2/3/7/9_9.3/7_11.4/7/
 12
 eicelbank | 3.5/9_5.10
 eiceldonatie | 2.2_3.4/9_4.11/
 19_6.12_8.3/7_10.10_11.4/6
 eiceldonor | 2.11_3.4_8.2_10.5
 eierstokken | zie ovaria
 eigenaar (ook 'eigenaar') | 1.5_2.11_3.1/2/
 4/5/11_4.15/19_8.5_9.7_**hoofdstuk 13**
 eigendom | 1.5_2.11_3.1/4/10_**hoofdstuk 13**
 eigendomsoverdracht | 3.4
 eigendomsrecht | 1.5_2.9
 eileider (tuba uterina) | 3.3/9_8.2_9.15
 Ektogenese | 1.6
 Ellis, M. | voetnoot 41
 emancipatie van de vrouw | 6.12_8.1
 embryo | 1.2/3/4/5/6/7_2.11_3.1/3/5/6/
 8_4.11/13_8.2/3/8_9.4_10.8_11.6/10/
 12_**hoofdstuk 13**
 embryoadoptie | 3.7_4.8
 embryodonatie | 3.7/8/9/11_4.1/8_11.6
 Embryonenspende | 3.7
 embryotransfer | 1.3/6_2.2_3.6/9_4.7/
 10/13/18/19_8.3_11.4
 Embryowet | 1.5/7_2.3/11_3.2/3/4/5/6/
 8/10/11_4.8_6.6_9.4
 Enders, C. | voetnoot 73
 erfelijk materiaal | **hoofdstuk 2**_3.5/9/
 10_4.13_5.10_6.2/4/9_8.2/3/5_9.4/
 7_10.5_**hoofdstuk 13**
 Ergas, Y. | 4.13_11.11
 erkenning | **hoofdstuk**
 2_3.5_5.10_**hoofdstuk**
 6_7.4_9.6_10.1/9_11.7/8/
 11_12.11_**hoofdstuk 13**
 erkenning, akte van
 | 2.4_3.5_4.1_6.4_10.9
 erkenning, nietig | 6.4

- erkenning, prenataal | 2.5_3.9_9.7_10.9
erkenning, toestemming tot | 2.2/3/4/
5_3.3/5_4.4_6.4/8/9/
10_7.4_9.7_10.9_11.7_12.1
erkenning, vernietigbaar | 6.4
erkenning, vernietiging | 6.4/
10_9.6_10.9
erkenning, vervangende toestemming
| 2.2/4/5_3.5_6.4/5/9/10_9.7_12.2
euthanasie | 2.1
excorpatie | 3.4
- faciliteren | 3.9_4.16/17_5.2
facilitering | 3.9_4.6/7/16/20_11.3/9
familierechtelijke betrekking | 2.1/3/4/5/
9/10/11_4.1_5.1/3/7/8/10_6.4_7.1/
4_8.4_10.5/9_**hoofdstuk 13**
family life | 2.5_3.5_6.2/4/5/
9_7.2_9.7_10.8_**hoofdstuk 13**
family life/vie familiale | 10.8
feitelijke scheiding | 4.20
Fertilisation and Embryology Act 2008
| 3.6_11.6/9
fictie | 1.4/7_2.8_3.3_6.1/13_12.7
financiële prikkel | 3.9
FIOM | 8.7
foetus | 1.4_3.2_4.5
Forder, C.J. | 9.2
Fortpflanzungsmedizingesetz | 11.4
Frankrijk | 2.11_5.6_8.9_10.2/5_11.1/3/
4/5/7/8/10
Frister, H. | 3.1/2/4_**hoofdstuk 13**
- gameten | 1.3/4/5_2.10/11_**hoofdstuk**
**3_4.1/7/10/11_5.10_6.9_8.2/3_9.4/
7_10.5/8_11.6/7/8_****hoofdstuk 13**
gametenbank | 3.5_**hoofdstuk 13**
gametendonor | 2.9/10/11_**hoofdstuk**
3_4.1/7/8_10.10_**hoofdstuk 13**
gametenleveranciers | 2.3_3.8_6.2
gastrula | 3.2
gastvrouw | 4.11
geboorteakte | 4.1/21_8.4_10.6_11.4/10/
11/12
geboortemoeder | 2.2/3_4.21_5.5/8/
11_8.4/9_9.2/6/7_10.5_11.8/12
gedoogbeleid | 4.7
- geen winsttoogmerk | 4.7
Geesink, I. | voetnoten 128_220
gegrondverklaring van de ontkenning van
het vaderschap | 6.4/9/10_10.9
gelijkheidsbeginsel | 4.3/10_5.11
gendervrij | 2.2/
12_4.10_6.10_7.4_**hoofdstuk 13**
Georgië | 11.9/10
gerechtelijke vaststelling | **hoofdstuk**
**2_3.3_6.4/5/6/10/12_8.2_10.1/9_11.7/
8_12.2_****hoofdstuk 13**
geregistreerd lesbisch partnerschap
| 2.2_4.19_5.11_11.2
geregistreerd partnerschap | 2.3/6/9_4.7/
8/9/20_5.2/3/10/11_6.6/8/9/11/12_7.1/
2/4_8.2_9.2/3/9_10.1/6_11.1/8/12
geslachtsellen | 1.2/3_2.6/10_3.1/2/3/4/
6/7_4.1/14_8.2/9_10.4_11.7/12_12.2
geslachtsdaad | 1.3_2.1/2/3/5/6/9_3.5/
11_6.2/9/11/13_8.2_10.5/6/
9_11.7_12.2/3/5
geslachtsdader | 2.2/6_6.10_10.5/
6_**hoofdstuk 13**
geslachtsgemeenschap | 2.1/11_4.3_6.2/
6/9_10.5_11.7_12.2
gezag, eenhoofdig ouderlijk | 7.1/4
gezag, gezamenlijk | 7.1/3/4
gezag, gezamenlijk ouderlijk | 7.1
gezag, ouderlijk | 2.12_4.1/21_5.8/
10_6.6_**hoofdstuk 7_8.5_10.9_11.3/8**
gezagsrecht | 5.3
gezagsregister | 7.3
gezagswijziging | 4.4
gezin stichten | 1.7_3.8_4.9/10/16/19/
20_5.3/7_6.11_8.1_9.3/8_11.1
gezinsonderzoek | 5.3
gijzeling | 10.7
goede zeden | 3.4_4.2/12_5.11_9.5/
6_10.17
Golombok, S. | 10.5
Grapperhaus, J.J.M. | 1.7_4.9
gravide (zwangere) | 2.4
Griekenland | 11.4/9/10
Groot-Brittannië | 11.3/4
grootouderadoptie | 5.6
grootouders | 2.9_4.9_5.6

- Haags Adoptieverdrag | 5.5
 Haar, J.H.M. ter | 2.7
 Habeke, J.W. | 11.1
 Hancock, M. | 4.31_11.27
 Handvest van de grondrechten van de
 Europese Unie | 4.9_9.3
 hechtingsrelatie | 4.5
 Heida, A. | 2.7_4.12
 Heim, U. | 1.6
 herroepen | 3.2/5_5.3_12.1
 Hilgendorf, E. | 1.6
 HIV | 8.2
 Hoksbergen, R.A.C. | 5.6_9.3
 homohuwelijk | 2.1_5.8/
 11_8.1_9.5_11.1/3
 Hongarije | 11.11
 hoogtechnologisch draagmoederschap
 | 2.3_3.9_4.2/3/7/11/18_8.8
 hoogtechnologische voortplantingstech-
 niek | 8.3/8
 hormoonstimulatie | 3.22_8.3/9
 ICSI | 3.5_4.3/18_8.3_11.6_ **hoofdstuk**
13
 identiteit | 2.10_5.9_8.2_10.2/4/5/
 8_12.5
 ID-nummer | 10.5
 IJsland | 11.1
 illegale plaatsing van het kind | 11.4
 illegale uithuisplaatsingen | 4.17
 inbewaringgevingsovereenkomst | 3.4
 India | 2.11_4.11_11.3/4/10/11
 infertiel, infertilitet, infertility
 | 3.8_4.19_8.1/3_10.5_11.6
 informele samenlevingsvormen
 | 4.20_6.20
 innesteling | zie innidatie
 innidatie | 1.3/4_3.3/5/6/7_4.7/
 10_5.10_6.8_8.1/2/3/5_10.3_ **hoofd-**
stuk 13
 inschrijving bij de burgerlijke stand | 4.1
 inseminatie KID | 2.2/10/
 11_4.10_5.8_6.2/9_9.7_10.1/5/
 10_12.5_ **hoofdstuk 13**
 inseminatie KIE | 6.6/9_9.7_
hoofdstuk 13
 inseminatie KIP | 2.6/9_6.2/
 9_9.7_ **hoofdstuk 13**
 inseminatie, zelf- | 2.5/9/10/11_3.9/
 11_8.2/3
 inseminatie, heteroloog | 2.9_8.2
 inseminatie, homoloog | 2.9_8.2
 in statu nascendi | 3.7
 instemmende levensgezel | 2.7/8/9/
 11_3.5_6.4/5/6/7/9/
 10_7.2_9.7_12.2_ **hoofdstuk 13**
 integriteitsbeginsel | 6.3
 intentie | **hoofdstuk 2** 3.5/6/7/9/10/
 11_4.7/8/15_5.10_6.1/9/14_8.2/3_9.5/
 7_11.7/10/12_12.2_ **hoofdstuk 13**
 intermediair | 1.3_3.3/5_ **hoofdstuk 13**
 in vitro | 1.3_2.2_3.11_8.2
 in-vitrofertilisatie
 | 4.3_8.3_10.11_11.4_12.2
 Iran | 11.9
 Israël | 11.4/9/10
 Italië | 11.4/10
 IUD (intra-uterien spiraaltje) | 1.3/4
 IVF | 1.6_3.3/5/6_4.7/13/18/
 19_6.9_8.3_10.5_11.7_12.6_ **hoofd-**
stuk 13
 IVRK | 2.5/10/11_5.3_6.1_9.2_ **hoofd-**
stuk 10 11.11_12.5
 Janssens, P.M.W. | voetnoot 164
 Japanse gevangenbewaarders | 12.4
 Kalsbeek, N.A. (commissie-) | 9.2
 kandidaat-optanten | 5.6
 keizersnee/sectio caesarea | 4.3/10
 kerngezin | 4.9
 Keuzenkamp, S. | voetnoot 173
 KIB (kind in bed) | 8.2
 Kievits, F. | voetnoot 223
 kinderschermingsmaatregel | 5.2
 kinderhandel | 4.12
 kinderloosheid | 4.6/19_5.2_8.1/2
 kinderwens | 3.2/6/8_4.5_5.2/6/
 10_8.3_ **hoofdstuk 9** 11.3/8_
hoofdstuk 13
 klonen | 1.2
 Knijf, P. de | 2.3_10.5

- koekoekskind | 2.3_4.12_10.7
kosten | 1.6_3.2/3/5_4.4/7/
18_5.6_8.7_9.2_11.3/5_ **hoofdstuk 13**
Kottenhagen, R.J.P. | 1.7
Kraaij, V. | 8.1
kwaliteit van het ouderschap
| 4.5_6.2_8.6_10.5
- laagtechnologisch draagmoederschap
| 4.18_11/4
Leenen, H.J.J. | 1.4/6_3.3_4.11
legaliseren | 8.1_11.9
lesbisch ouderschap | 2.2_4.2_8.9_9.2/
5/8_11.2
levensbedreigend | 2.2_4.3_8.3
liberaliteit | 3.2
LIR | 8.8
Louise Brown | 4.11_8.2
- mamzerut | 11.4
marital status | 4.3
Massager, N. | 4.12
masturbatie | 3.4
match | 5.8_8.2/7_10.5
mater semper certa est | 2.2/8_4.7/
12_6.1_8.4/9_9.4_11.7/12_ **hoofdstuk 13**
maximumleeftijd | 5.4
Mayer-Rokitansky-Küster, syndroom
van | 4.3
mede-ouder (mee-ouder) | 5.10/
11_ **hoofdstuk 13**
medebesikingsbevoegdheid | 3.5
medeverantwoordelijk | 2.11_8.2_10.5
medeverantwoordelijkheid | 2.1_8.2
medicijnen | 4.3/10
medisch visum | 11.10
meemoeder | 2.2_4.4_5.10/11_6.12_9.2
mee-ouder (mede-ouder) | 5.10/
11_ **hoofdstuk 13**
meerlingen | 4.4
Mexico | 11.1/4
min | 3.9
minderjarig | 2.3_5.3_7.3_12.2
moeder, biologische | 2.1/
2_3.9_6.12_8.3_9.7_10.5
- moeder, genetische | 2.1/
2_3.9_4.14_6.12_8.9_10.10_11.7_12.3
moeder, juridische | 2.2/3/5/6_3.7/9_4.7/
12/21_5.10_6.1/10_8.3/9_10.7/
9_11.7/12_12.3/4/5/6/7_ **hoofdstuk 13**
moetjes | 5.7
Montero, E. | voetnoot 158
morning after pil | 1.4_6.13_8.1
morula | 1.6_3.2
Mourik, M.J.A. van | 2.3
mutatie, verlies- | 1.1
mutatie, winst- | 1.1/2
- nakomelingschap | 2.6/9_3.2/
5_4.9_5.10
nakomertjes | 5.7
nalatenschap | **hoofdstuk 13**
nasciturus | 2.3
nauwe persoonlijke betrekking ('family
life') | 2.5_3.5_6.4/6_9.7_12.6
NAW-gegevens | 2.10_10.5
necrospermie | 8.2
Nederlandse Adoptie Stichting (NAS)
| 5.4
Nederlandse nationaliteit | 4.3_8.4
Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en
Gynaecologie | 3.7_4.3
Nesterowicz, M. | 11.7
neurolatie | 3.3
nidatie | zie innidatie
niet-acceptatie | 8.4
niet-nakoming, niet-toerekenbaar
| **hoofdstuk 13**
niet-nakoming, toerekenbaar | **hoofd-
stuk 13**
nietigheid draagmoederschapsovereen-
komst | 4.2/12/13/
14_8.4_11.5_ **hoofdstuk 13**
Nieuw Zeeland | 11.1
Noorwegen | 11.1/4/7
notariële akte | 2.9_3.5/9/
10_4.1_8.5_9.4_ **hoofdstuk 13**
notaris | 2.4
Nuytinck, A.J.M.
| 1.7_2.3_3.3_4.9_5.10_9.15

- Oekraïne | 2.11_11.3/4/9/10/11/12
 oligospermie | 8.2
 omgangsrecht | 6.5_9.7
 onderhoudsclaims | 2.10
 onderhoudsplicht(ig) | 2.3/7/
 11_6.7_7.2_10.5/7
 ondertoezichtstelling | 1.7
 one night stand | 6.9/13_10.9
 onkosten | 4.7_8.7
 onkostenvergoeding | 4.7
 ontheffing ouderlijk gezag
 | 4.21_5.8_7.3_11.8
 ontkenning | 2.2/6_3.3_4.2 **hoofdstuk**
6_9.14_10.9_11.10_ **hoofdstuk 13**
 ontkenningsgrond | 6.9/12
 onvrijwillig kinderloze vrouwen | 4.6
 oöcyt | 2.11_3.1/2/9/10_8.2/3
 Oostenrijk | 11.4
 Openbaar Ministerie | 4.7_8.5_9.6
 openbare orde | 3.4_4.2/12_5.11_9.5/
 6_11.3/4/5/9/10/11/12
 openbare orde-exceptie | 8.4_11.10/11/
 12
 Opolion, D. | voetnoot 222
 opportuniteitsbeginsel | 2.12
 orgaanbank | 3.9
 orgaandifferentiatie | 3.2
 orgaandonatie, orgaandonor | 2.11_3.4/
 5/9_4.16_11.3
 orgaanhandel | 4.16
 Organization of Parents Through Surro-
 gacy (OPTS) | 4.15
 organogenese | 3.2
 ouderlijk gezag | 2.12_4.1/12/
 21_6.5 **hoofdstuk 7_8.5_10.9_11.3/8**
 ouderschapsrechten | 3.6/7_4.14
 ovaria | 3.1_8.3
 overlijden | 1.4_2.3_3.3_6.5/
 6_7.4 **hoofdstuk 13**
 overmacht | 1.7 **hoofdstuk 13**
 overspel | 2.6_3.5_5.7_6.2/9
 ovulatie | 3.9_4.3_8.2
- paren, heteroseksuele | 2.8_3.7/
 8_5.6_7.1_8.1/2_10.5/6_11.6/10/
 12 **hoofdstuk 13**
- paren, homoseksuele | 2.8/12_4.3/6/10/
 19_5.2/3/6/10_7.1/4_9.2/3/
 5_10.11_11.1/3 **hoofdstuk 13**
 paren, lesbische | 2.8/12_4.10/19_5.2/3/
 6/10_7.1/4_8.2/6_9.2/3/5/8_10.5/
 11_11.1/3/16 **hoofdstuk 13**
 parental order | 8.9_11.6/9/12
 Parlementaire Assemblee van de Raad van
 Europa | 4.14_11.11
 partnerschapsregistratie | 11.1
 partus antequam edatur mulieris portio est
 vel viscerum | 4.11
 pater est quem nuptiae demonstrant
 | 2.3/8_4.7_6.1 **hoofdstuk 13**
 periodieke onthouding | 8.1
 persoonsidentificerende gegevens
 | 2.10_10.5
 plaatsvervulling | 6.6
 placenta (moederkoek) | 4.11
 Planningsbesluit in-vitrofertilisatie | 4.3
 pleegouder | 4.21_7.1
 Polen | 11.4/7/9_12.4
 pollutie | 3.4
 Pools wetboek voor Burgerlijke betrek-
 kingen | 11.7
 Portugal | 11.1
 premature informatie | 5.8
 prenatale adoptie | 3.7/9_5.8_9.5_12.5
 private life/vie privée | 10.8
 privéleven | 10.2/7/8/10
 privésfeer | 5.7
 procreatie, postmortale | 6.6
 procreatie, postume | 6.6
 profijtbeginsel | 3.5
 prostitutie | 3.9
 puberteit | 3.1_10.5
- raad voor de kindbescherming | 4.1/4/
 21_5.4_8.7_11.8/11 **hoofdstuk 13**
 Raad voor de rechtspraak | 1.4
 Raad voor Strafrechtstoepassing | 9.2
 Raadgevend Comité voor Bio-ethiek
 | 3.7_4.1/12/14_9.8_10.8/10
 raadsonderzoeker van de kinder-
 bescherming | 5.3

- Raak-Kuiper, J.A.E. van | 2.3/8/
 11_4.12_8.2_10.5/7_12.4
 reageerbuisbaby | 4.11_8.3
 recht op gezondheid | 4.16
 rechtshandeling | 2.4_3.1/4_4.12_6.4/9
 rechtsobject | 1.5
 rechtssubject | 1.7_3.3
 rechtssubjectieve reflexwerking | 1.7
 rechtsvermoeden | 6.1
 rechtszekerheid | 2.3/6
 redundantie | 1.3/4_3.4
 res extra commercium | 1.5_3.1/
 4_hoofdstuk 13
 res extra patrimonium | 1.5
 res sui generis | 1.5_2.11_3.1/2_hoofdstuk 13
 roken | 11.5
 roots | 2.10_5.1_10.2/4/5
 Rusland | 11.4/9/10/12
- samenlevingsduur | 4.21
 samenwonen | 6.2_9.1_10.6
 Sandfort, Th.G.M. | voetnoot 172
 schenken | 1.5_2.2/11_hoofdstuk 3_4.1_9.5/7_hoofdstuk 13
 schenking | 2.11_hoofdstuk 3_4.7/13_8.2_hoofdstuk 13
 Schmitz, E.M.A. | 11.2
 screening | 4.15/21_5.6/7_8.3_hoofdstuk 13
 seksenutraliteit | 2.12_6.4_9.6_11.8
 seksuele geaardheid | 4.3/10_9.7_11.11/12
 sexual orientation | 4.3
 Slijper, F.M.E. | 10.5
 Smeenk, J. | voetnoot 169
 Spanje | 11.1/3/4/7
 spermadonatie | 3.5/9_8.3/7_10.5_11.6
 spermadonor, aanvankelijk anonieme | 2.1/10/11_6.2_8.2_11.3/6
 spermadonor, bekende | 2.5/10/11_6.2/4/9_7.4_8.2_9.7_10.5
 spermatozoön | 2.11_3.1/2/3/4/9/10/11_8.2/3_9.7_11.7
 spermatoerisme | 2.11
 Spoorloos, TV-programma | 10.5/7
 Staaij, C.G. van der | 1.7
- statusvoorlichting | 2.10
 Steegers, C. | voetnoten 128_220
 sterilisatieverplichting | 1.7
 Steur, A. van der | 4.2/12
 Steur, J.C. van der | 1.7_2.11_3.1/2/3_hoofdstuk 13
 Stichting Adoptievoorzieningen | 5.3
 Stichting Afrika | 5.4
 Stichting Kind en Toekomst | 5.4
 Stichting Meiling | 5.4
 stiefouder | 2.3_5.3_7.1/2_9.2_12.6
 stiefouder- of partneradoptie | 2.2/9_5.3/4/8_6.8_11.2_12.6
 stigmatisering | 10.5
 stoffelijke objecten | 1.5_3.1/4
 strafblad | 4.3
 strafrechtelijke bepalingen | 11.4
 surrogacy shopping | 11.9
 symboolwetgeving | 1.5
- Teman, E. | 4.15_8.4
 terbeschikkingstelling (van geslachtscellen) | 2.11_3.2/5/7
 terugwerkende kracht | 2.3/6/9_5.2_6.7/9/10_10.9_11.7
 testamenten, het opmaken van | 4.4
 toestemming tot erkenning | 2.2/3/4/5_3.3/5_4.4_6.4/8/9/10_7.4_9.7_10.9_11.7_12.1
 toestemming tot erkenning, vervangende | 2.2/4/5_3.5_6.4/5/9/10_9.7_12.2
 transgender | 3.11_4.10/19
 transplantatie van baarmoeder | 4.10/19
 traumatiseren | 10.5
 trendfollower | hoofdstuk 11
 trendsetter | hoofdstuk 11
 tuba uterina (eileider) | 3.3/9_8.2/3
 tubaverkleving | 8.3
 Turkije | 11.4
 twee-loketten-fase | 2.11
 tweepoudergezin | 4.10/20
 tweepersonsadoptie | 5.3
 tweepouderschap | 6.8/10
 tweesporenbeleid | 5.11_11.2
- UCERF-rapport | 4.7_11.4/6/7/11
 uitbuiting | 3.9_8.7_11.3/4

- uiterste wilsbeschikking | 7.4
 Uruguay | 11.1
 uterus | 1.2/4/5/6_2.2_3.7/10_4.10_8.2/
 3_10.8_ **hoofdstuk 13**
- vader, biologische | 2.1/3/9/10/
 11_3.5_6.2/4/5/6/9_9.6/7_10.5/
 7_11.7_12.2/3/5/7_ **hoofdstuk 13**
- vader, genetische | 2.1/4/6/9/11_6.2/8/
 9_9.7_11.7/10_12.3/7
- vader, juridische | **hoofdstuk**
 2_3.9_5.8_ **hoofdstuk 6_8.2/
 3_9.2_10.9_11.7/10_12.5/6/7**
- vagina | 4.10_8.3
- Valkenhorst | 2.11_8.2_10.5/7
- valse geboorteaangifte | 4.17_8.5_11.4
- vangnetconstructie | 9.5
- vechtscheiding | 4.20
- verbeurdverklaring | 6.3
- verduistering van staat | 4.12/17_8.2/5
 vereenvoudiging adoptieprocedure
 | 4.2_5.8
- Verenigde Staten | 2.3_4.15_8.4_10.5/
 6_11.1/3/4/9/10/11_ **hoofdstuk 13**
- vererving | **hoofdstuk 13**
- vergoeding | 3.2_4.7/13/
 18_8.7_11.9_ **hoofdstuk 13**
- vergunninghouder | 5.4
- Verhaak, C.M. | 8.1
- verkrachter | 6.3/14_8.2/4_ **hoofdstuk**
 12
- verkrachting | 2.3_6.9/13/
 14_10.9_ **hoofdstuk 12**
- vermogensrecht | 1.7_3.1
- versterferfrecht (erfrecht bij versterf)
 | 2.3
- verwekker | **hoofdstuk 2_3.5_ hoofd-**
stuk 6_8.2_9.7_10.5/7/9_12.2/5/7
- verwekker, ‘middellijk’/‘onmiddellijk’
 | 6.2/8
- verwekker, ‘direct’/‘indirect’ | 6.9
- verwekkerstatus | 10.5
- verwekking | 2.9_3.5_6.2/6/9/10/
 14_7.2_8.2_9.7_10.2_12.2
- VIA-cursus | 5.6
- Victoria (Australië) | 4.1/21_9.5
- Victorian Law Reform Commission
 | 4.1/3
- Vlaardingerbroek, P. | 12.5
- vochtblaas | 4.11
- voedstervader | 2.3/10_10.7
- Vollenhoven, P. van | 1.7
- Vonk, M. | 9.7_10.9
- voogd | 4.21_7.4
- voogdij | 2.12_4.1_7.4
- voogdij, gezamenlijke | 7.1
- voogdijbeschikking, testamentaire | 7.1/
 4
- voorbereidingsbijeekomsten | 5.3
- voorlopige voogdij | 4.1
- Vorzimer, A. | voetnoot 240
- vruchtbaarheid | 1.4_4.6_8.1
- vruchtbaarheidsbehandelingen | 3.8
- vruchtwaterpunctie | 2.3
- Waaldijk, C. | 5.10_11.2
- waarheidshandeling | 2.8_6.4/9
- Waltzer, H. | voetnoot 199
- wanprestatie | 4.12/15_8.5_ **hoofdstuk**
 13
- wat niet weet wat niet deert | 2.10_10.5/
 7
- wees, half- | 2.3
- wees, vol | **hoofdstuk 13**
- wensouders | 3.2/5/6/7/8/9/10_ **hoofd-**
stuk 4_5.6/7_6.8_8.4/5/7_ hoofdstuk
11_ hoofdstuk 13
- Wereldkinderen | 5.4
- Wet afbreking zwangerschap (Waz)
 | 1.4_12.4
- Wet donorgegevens kunstmatige bev-
 ruchting (Wdkb) | 2.10/
 11_4.7_5.3_8.2/3_10.5_ **hoofdstuk 13**
- Wet in verband met de evaluatie van de
 Wet openstelling huwelijk en de Wet
 geregistreerd partnerschap
 | 5.3_6.4_7.2_9.2_11.2/8_ **hoofdstuk**
 13
- Wet lesbisch ouderschap | 2.2/5/
 12_3.5_4.2/4/19_5.3/10/11_6.2/4/5/9/
 10/12_7.4_8.9_9.2/5/6/7_11.2_
hoofdstuk 13

- Wet opnemng buitenlandse kinderen ter
adoptie (Wobka) | 5.4
- Wet transgenders | 3.11
- WHO | 8.1
- Wolfhagen, D. | voetnoot 203
- Yearworth and others versus North Bristol
NHS Trust | 1.5_2.11
- zaadbank | 2.10/11_3.4/5/9_8.2
- zaaddonor | 6.2_9.6/7_11.3/8
- Zeegers, N. | 3.4
- zelfbeschikkingsrecht | 4.11/13
- Zembla (TV-programma) | 1.7
- Zuid-Afrika | 11.1/9/10
- Zuid-Korea | 11.9
- zwangere vrouw | 1.7_2.4_3.4_4.11/
14_5.2_8.3
- Zweden | 2.11_8.9_11.1/4
- Zwitserland | 11.4

Curriculum vitae

De auteur van dit proefschrift werd op 23 januari 1941 in Amsterdam geboren. Hier bezocht hij na de lagere school aanvankelijk het St. Ignatiuscollege, afdeling gymnasium, en later het Vossiusgymnasium, waar hij in 1961 het diploma gymnasium bèta behaalde. Aan de Gemeentelijke Universiteit van Amsterdam, nu UvA, studeerde hij medicijnen. Deze studie werd in mei 1969 afgesloten met de bevordering tot arts. In afwachting van een assistentenplaats voor een opleiding tot gynaecoloog bij prof. dr. G.J. Kloosterman, Wilhelminagasthuis in Amsterdam, werkte hij bijna drie en een half jaar in NAVO-verband in Duitsland als chef geneeskundige dienst en huisarts voor de Nederlandse gezinsleden. Op 1 februari 1973 startte hij zijn specialistische opleiding tot radiodiagnost op de afdeling Radiologie in het Binnenziekenhuis in Eindhoven, opleider dr. J.J. Cobben. Na de kort daaropvolgende verhuizing veranderde de naam van het ziekenhuis in Catharinaziekenhuis.

Vanaf 1 februari 1977 tot 1 januari 2007 heeft de auteur met een volledige dagtaak als vrijgevestigd radiodiagnost en, na de herdefiniëring van de functie, als radioloog in maatschapsverband in het St. Jans Gasthuis in Weert, Limburg, gewerkt. De tractus digestivus en vasculaire interventies waren zijn speciale aandachtsgebieden.

Vanaf 1979 is hij woonachtig in Weert.

Zijn interesse in juridisch complexe situaties in de ziekenhuissfeer – conflicten in maatschappen, met ziektekostenverzekeraars enz. – en in de privésfeer – de bouw van zijn huis – leidde in 1983 tot de studie rechten aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Als extraneus heeft hij deze studie in 1987 afgesloten met het behalen van de meestersdiploma, afstudeerrichtingen: privaatrecht en bedrijfsrecht. Een mogelijk saillant detail is de titel van zijn doctoraalscriptie: ‘De medische, ethische en juridische aspecten van het draagmoederschap.’ De auteur is gehuwd met Alida Zadeits en zij hebben samen drie kinderen.¹

¹ Op 1 februari 2014 is de heer P.A.W. Kuijper overleden; zie het woord vooraf.

