



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

5/3/10

Afdeling Ontwikkeling

De Minister van Justitie
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Door Reg. DEC 11 11:11:11
125 DEWIAU

datum 2 maart 2010

Ministerie van Justitie
DBOB/DIV/OAB/AL-OD
Dossier 15-84/1061613
Datum - 4 MAART 2010
Nummer 1013644897
Ambt.

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

Correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t 070-361 97 23
f 070-361 97 46
www.rechtspraak.nl

ons kenmerk UIT 1222 ONTW /DK
uw kenmerk 5633235/09/6
onderwerp Lesbisch ouderschap

LODW

Geachte heer Hirsch Ballin,

Bij brief van 21 december jl., met kenmerk 5633235/09/6 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de "Raad") advies uit te brengen over het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap.

Het wetsvoorstel regelt dat de vrouwelijke partner van de moeder, de duomoeder, de juridische ouder van een kind kan worden zonder dat daarvoor een gerechtelijke procedure is vereist. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in een versterking van de positie van de bekende donor die in een nauwe betrekking staat tot het kind.

Gehoord de gerechten adviseert de Raad u als volgt.¹

De Raad is zich ervan bewust dat het niet zijn taak is om zich in algemene zin uit te laten over de wenselijkheid om de onderhavige materie te regelen op de wijze zoals in het concept-wetsvoorstel is neergelegd. Daaraan liggen immers politieke keuzes ten grondslag. In dit advies richt de Raad zich daarom voornamelijk op de juridisch-inhoudelijke aspecten van het voorstel. Niettemin veroorlooft de Raad zich enige algemene opmerkingen.

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad voor de rechtspraak de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechteren zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 2 maart 2010
kenmerk UIT 1222 ONTW / DK
pagina 2 van 5

1. Algemeen

1.1 Opvalt dat in het wetsvoorstel en in de memorie van toelichting weinig aandacht wordt geschonken aan het belang van het kind. Waar het belang van het kind wordt genoemd, wordt zonder nadere onderbouwing een invulling gegeven. Zie bijvoorbeeld pagina 1 van de memorie van toelichting waar wordt beargumenteerd dat het in het belang van het kind is dat de duomoeder zonder gerechtelijke procedure sneller juridisch ouder wordt en een impasse over de persoon van de tweede juridische ouder wordt voorkomen.

Het is een essentieel recht van het kind om zoveel mogelijk te worden verzorgd en opgevoed door degene van wie het afstamt (artikel 7 IVRK). Het roept de vraag op of de wetgever dit recht zonder nadere motivering als keuzemogelijkheid ter vrije beoordeling laat aan de moeder, de duomoeder en de biologische vader. Zie bijvoorbeeld pagina 3 van de memorie van toelichting: op grond waarvan is het wenselijk om aan de moeder, de duomoeder en de biologische vader de keuze te laten of de biologische vader de juridische ouder van het kind zal zijn? En even verderop: "De moeder, de duomoeder en biologische vader kunnen afspraken maken over de persoon van de juridische ouder." Op pagina 4 onder b. wordt de biologische moeder alle macht gegeven om te bepalen wie de tweede ouder wordt. Ook als het gaat om de consequenties voor het internationaal privaatrecht wordt geen woord gewijd aan wat het voor een kind zou kunnen betekenen als in het buitenland het ouderschap van één van zijn ouders niet wordt erkend.

Een zienswijze van de wetgever over de invulling van het in artikel 7 IVRK neergelegde recht van het kind is ook voor de praktijk van groot belang. Zonder deze zienswijze zal gemakkelijk de situatie kunnen ontstaan dat deze invulling steeds opnieuw in concrete gevallen door de rechter moet worden gevonden aan de hand van belangenafwegingen en dat zich pas na geruime tijd min of meer vaste lijnen zullen ontwikkelen.

1.2. De Raad constateert dat ervoor is gekozen om niet de situatie van het geregistreerd ouderschap in het wetsvoorstel te regelen. Niet duidelijk is welke beweegredenen hieraan ten grondslag liggen, te meer daar u al geruime tijd geleden hebt aangekondigd dat ook binnen het geregistreerd partnerschap het ouderschap van de man of de duo-moeder in de zin van artikel 1:198, lid 1, onder b, Burgerlijk Wetboek automatisch tot stand zou komen. (Verwezen wordt naar Kamerstukken II 2007-2008, 30 551, nr. 22, pagina 2.)

1.3. In het wetsvoorstel ontbreken waarborgen voor het recht van het kind om te weten van wie het afstamt. Bij een adoptieprocedure worden ouders voorgelicht over de noodzaak om een kind voor te lichten over de afstamming.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 2 maart 2010
kenmerk UIT 1222 ONTW / DK
pagina 3 van 5

2. Juridisch-inhoudelijke aspecten

2.1 De relevantie van de termijn van 306 dagen in het voorgestelde artikel 198, lid 1, onder b, en lid 2 ontgaat de Raad. De verwijzing naar de termijn van 306 dagen bij het vaderschap komt geforceerd over. Bij vaderschap is er een goede reden voor deze termijn: er kan met zekerheid worden gezegd dat een zwangerschap niet meer dan 306 dagen duurt. Door deze fictie wordt voorkomen dat in het privéleven van mensen moet worden gedoken en gevraagd moet worden wanneer zij nog gemeenschap hebben gehad. Bij donorschap ligt dat volkomen anders. Tot op de minuut nauwkeurig is bekend wanneer de bevruchting heeft plaatsgevonden. Het enige relevante criterium is naar het oordeel van de WAC dan ook de vraag of de biologische moeder en de duomoeder op dat moment nog gehuwd waren (lid 1) c.q. al waren gescheiden van tafel en bed (lid 2).

2.2 Zowel in het voorgestelde artikel over ontkenning (artikel 202a) als in dat over vernietiging van een erkenning (artikel 205a) mist de Raad de grond waarop de rechter over de toewijsbaarheid van het verzoek zou moeten oordelen. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat ontkenning van het moederschap mogelijk is als de moeder niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren. De Raad adviseert deze grond in het wetsartikel zelf op te nemen.

2.3 In het hiervoor genoemde huidige artikel 200, dat over de vader gaat, is de grond dat de man niet de biologische vader van het kind is. De grond die de memorie van toelichting ten aanzien van de duomoeder noemt is dat de duomoeder niet de vrouw is uit wie het kind is geboren. Uit de memorie van toelichting blijkt dat wordt beoogd om, wanneer het van rechtswege verkregen moederschap van de duomoeder ter discussie staat, het juridische ouderschap te laten aansluiten bij de biologische werkelijkheid. Deze stellingname leidt ertoe dat het moederschap van de (binnen het huwelijk) eicel-donerende duomoeder dan eveneens kan worden ontkend. Alleen de draagmoeder, als degene uit wie het kind geboren wordt, heeft een onaantastbaar moederschap.

Als reden wordt in de memorie van toelichting genoemd dat moet worden voorkomen dat dit onaantastbare ouderschap een van de redenen zou kunnen zijn voor eiceldonatie. De Raad is van oordeel dat deze beweegreden onvoldoende is om de biologische realiteit – ook volgens de memorie van toelichting de basis van het afstammingsrecht – niet te volgen. De Raad wijst er hierbij op dat ook het vaderschap onaantastbaar is, terwijl ook bij vaders niet de vraag wordt gesteld of zij slechts gemeenschap met de moeder hebben gehad om biologisch vader te worden. Het geheel overziende adviseert de Raad dan ook de eicel-donerende duomoeder gelijk te behandelen als de vrouw uit wie het kind is geboren.

2.4 In het verlengde van het vorenstaande komt het vreemd voor dat de vrouw die duomoeder wil worden daartoe geen vervangende toestemming tot erkenning aan de rechter lijkt te kunnen vragen, gelet op de formulering van het voorgestelde artikel 204 lid 3 (nieuw). Als een vrouw wel met toestemming van de moeder kan erkennen, meent de Raad dat die vrouw dan ook vervangende toestemming moet kunnen vragen ingeval de moeder die toestemming niet wil geven. Dat de wetgever hiervoor niet lijkt te willen kiezen, komt kennelijk voort uit de gedachte dat de moeder uit wie het kind is geboren moet kunnen bepalen. De vraag rijst echter of een zo rigide hantering van het



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 2 maart 2010
kenmerk UIT 1222 ONTW / DK
pagina 4 van 5

uitgangspunt wenselijk is. Vaak is het min of meer toevallig welke moeder het kind draagt. Het gebeurt bijvoorbeeld vaak om en om: moeder 1 het eerste kind en moeder 2 het tweede kind. En dat zou dan nu ineens een wezenlijk verschil maken voor de vraag of de andere moeder ook moeder kan worden. Stel kind 1 is door moeder 2 erkend met toestemming van moeder 1 en vlak na de geboorte van kind 2 gaan de moeders uit elkaar (zij waren niet gehuwd, dan speelt het immers niet). Moeder 2 weigert de erkenning van kind 2 door moeder 1. Dan zou vervangende toestemming naar de mening van de Raad mogelijk moeten zijn, in ieder geval voor alle situaties waarin de biologische vader niets van doen wil hebben met het desbetreffende kind. Het belang van het kind zal dan richtsnoer moeten zijn voor de beslissing van de rechter.

2.5 Met betrekking tot het voorgestelde gewijzigde artikel 207 is niet duidelijk op welke wijze de wetgever meent dat het moederschap gerechtelijk vastgesteld moet worden. Bij vaders/verwekkers wordt vrijwel standaard een DNA-test gedaan. Bij de duomoeder is dat uiteraard niet aan de orde, nu zij niet de verwekker is en het alleen gaat om instemming met een daad die verwekking tot gevolg kan hebben gehad. Gaat de wetgever ervan uit dat hier het reguliere civiele bewijsrecht zal moeten worden toegepast? De Raad adviseert ten behoeve van de praktijk in de memorie van toelichting hieraan aandacht te besteden.

2.6 De donor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind kan vervangende toestemming krijgen (204, derde lid (nieuw)). Daar staat niet tegenover dat het kind op zijn beurt het ouderschap van deze donor gerechtelijk kan laten vaststellen noch alimentatie kan laten betalen. Dit komt de Raad onevenwichtig voor.

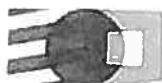
3. Tekstuele opmerkingen

3.1 Op een aantal plaatsen wordt "man" vervangen door "persoon" maar blijft in de verwijzing wel "hij" staan; dat is taalkundig wel juist maar kan ook verwarrend zijn; waar mogelijk zou verwijzing met "deze" of een dergelijk woord wellicht helderder zijn.

3.2 Iets dergelijks doet zich in het voorgestelde artikel 204, lid 2, onder b, voor, waar naar het kind wordt verwezen als "hem". De Raad adviseert dit te vervangen door "het kind" of iets dergelijks.

3.3 De Raad heeft geen voorkeur op inhoudelijke gronden waar het betreft de term "gerechtelijke vaststelling ouderschap" of "gerechtelijke vaststelling vaderschap en moederschap". Uit overwegingen van leesbaarheid en praktische hanteerbaarheid gaat de voorkeur uit naar de eerste term.

3.4 In het huidige artikel 1:3, lid 1, BW wordt de term "gerechtelijke vaststelling van het vaderschap" gebezigd. Die term moet worden vervangen door "gerechtelijke vaststelling van het ouderschap". Het wetsvoorstel voorziet hier niet in. In het verlengde hiervan adviseert de Raad aan om heel boek 1 van het Burgerlijk Wetboek na te lopen op eenheid in terminologie.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 2 maart 2010
kenmerk UIT 1222 ONTW / DK
pagina 5 van 5

3.5 Voor de duidelijkheid is het aan te bevelen om in artikel 205a, lid 1, aanhef, te spreken over “moeder als bedoeld in artikel 198, eerste lid onder b” en onder c over “moeder als bedoeld in artikel 198, eerste lid onder a”.

3.6 Voorts staat in de verwijzing van lid 2 van artikel 205a niet vermeld dat waar in artikel 205 wordt gesproken over “moeder” voor artikel 205a moet worden gelezen “moeder als bedoeld in artikel 198, eerste lid, onder a.”.

3.7 Pagina 6 van de memorie van toelichting onder het eerste kopje, de vierde regel: de verwijzing naar het eerste lid, onder e, moet zijn: onder d.

4. Werklast

Het wetsvoorstel heeft geen substantiële gevolgen voor de werklast van de Rechtspraak.

Hoogachtend,

Mr. J.C. van Dijk,
Lid Raad voor de rechtspraak

