

SAMENVATTING

1. INLEIDING

Dit is een boek over de juridische relatie tussen kinderen en hun ouders in een veranderende samenleving. Deze veranderingen houden in dat kinderen niet noodzakelijkerwijs binnen een man-vrouw huwelijk worden geboren of dat de ouders door wie het kind is gewenst en wordt opgevoed niet altijd de genetische of biologische ouders zijn van het kind. Het onderzoek richt zich specifiek op de toekenning van juridisch ouderschap en ouderlijk gezag aan de ouders van het kind. De term 'ouder' wordt hierbij in generieke zin gebruikt en omvat enerzijds de volwassenen die deel uitmaken van het 'woongezin' van het kind en daarin een ouderlijke rol vervullen, maar anderzijds ook de volwassenen die geen of deel uitmaken van het 'woongezin' maar toch een bepaalde ouderlijke relatie hebben met het kind, bijvoorbeeld in de vorm van een genetische of biologische band of een sociale relatie als opvoeder buiten het gezin.

1.1 REIKWIJDTE EN METHODE

Het onderzoek richt zich in het bijzonder op de juridische positie van kinderen met een biologische en een niet-biologische ouder in het woongezin. De onderzoeksvraag bestaat uit twee deelvragen:

- geniet het kind in zijn of haar gezinssituatie adequate juridische bescherming (dit betreft het ouderlijk gezag van de ouders van het kind in brede zin);
- heeft het kind de mogelijkheid om twee juridische ouders te verwerven?
-

Het onderzoek beperkt zich niet tot het **Nederlandse** recht maar maakt een vergelijking tussen het **Engelse** en het **Nederlandse** recht op deze punten. De rechtsvergelijking vindt plaats aan de hand van de functionele (probleemgerichte) vergelijkende methode, omdat hiermee een vergelijking op een zeer gedetailleerd niveau kan worden gemaakt. Deze functionele benadering vereist in dit geval conceptualisatie van de categorieën gezinnen waarbinnen kinderen kunnen opgroeien; hiertoe is de 'Gezinsboom' ontworpen.

1.2 DE GEZINSBOOM

De Gezinsboom bestaat uit meerdere niveaus: takken (niveau 1), takjes (niveau 2) en bladeren (niveau 3). De classificering van de takken is gebaseerd op het al dan niet bestaan van een genetische band tussen het kind en de ouders in het 'woongezin'. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen (I) *genetische gezinnen*, waar het kind aan beide ouders genetisch verwant is, (II) *deels genetische gezinnen*, waar het kind aan een van de ouders in het woongezin genetisch verwant is en (III) *niet-genetische gezinnen* waar het kind aan geen van beide ouders genetisch verwant is. Twee takken op dit niveau kennen nog een subclassificatie.

- Ten eerste de *genetische gezinnen* die zijn onder te verdelen in *traditioneel genetische gezinnen*, waarbij geen derde partij bij het ontstaan van het kind is betrokken en *genetische gezinnen met een draagmoeder*.
- Ten tweede zijn er de *deels genetische gezinnen* die kunnen worden onderverdeeld in *deels genetische primaire gezinnen* waarbij het kind binnen het gezin wordt geboren en *deels genetische secundaire gezinnen* waarbij het kind voor het ontstaan van dit gezin is geboren en de niet-biologische ouder op generlei wijze bij het ontstaan van het kind betrokken is geweest.

In dit onderzoek worden de *traditioneel genetische gezinnen* als 'typische' gezinnen aangeduid en de andere gezinnen als 'atypische' gezinnen.

Verder bevat de gezinsboom onderverdelingen op niveau 2 in gezinnen met ouders van verschillend geslacht, gezinnen met twee ouders van het vrouwelijk geslacht en gezinnen met twee ouders van het mannelijk geslacht. Op niveau 3 wordt een verdere onderverdeling gemaakt op basis van de relatiestatus van de ouders: gehuwd, een geregistreerde niet-huwelijkse relatie of een niet-geformaliseerde relatie. In het boek worden de verschillende gezinscategorieën op basis van deze onderverdelingen vergeleken en geanalyseerd om zo duidelijkheid te verkrijgen over de verschillen en overeenkomsten tussen deze gezinnen waar het de juridische positie van het kind betreft. De niet-genetische gezinnen worden buiten beschouwing gelaten.

2. TYPISCHE GEZINNEN

Het beschrijven en analyseren van de rechtsregels ten aanzien van de typische gezinnen is van belang om de veronderstelling te verifiëren dat de juridische positie van kinderen binnen *traditioneel genetische gezinnen* adequaat wordt beschermd en dat kinderen in deze gezinnen in principe de mogelijkheid hebben om twee juridische ouders te verwerven. Uit hoofdstuk 3 kan worden geconcludeerd dat deze veronderstelling in de overgrote meerderheid van de gevallen blijkt te kloppen. In het algemeen kan gezegd worden dat het kind een sterke positie heeft met betrekking tot het vaststellen van het juridisch ouderschap van zijn of haar biologische vader, ook indien dit tegen de wil van de vader plaatsvindt. Alleen daar waar het niet mogelijk is om de biologische vader aan te wijzen, zoals in het geval van een alleenstaande moeder die zwanger is geworden met behulp van zaad van een onbekende donor, kan het vaderschap van de tweede ouder niet worden vastgesteld. Daarnaast bestaat er in het **Engelse** recht een kleine uitzondering op deze regel waar het kinderen betreft die met behulp van postmortale voortplanting zijn verwekt. Alhoewel de naam van de man die hun vader wilde zijn op de geboorteakte mag worden vermeld, heeft dit verder geen juridische consequenties. Het kind komt niet in familierechtelijke betrekking te staan tot de verdere familie van de overleden ouder.

Met betrekking tot het ouderlijk gezag is de situatie wat complexer. Het kind heeft in beide rechtssystemen weinig tot geen invloed op de verwerving van ouderlijk gezag door de ouder. De mogelijkheden voor ouders om ouderlijk gezag te verwerven zijn nauw verweven met de erkenning door het recht van het belang van de rol die de ouders in het leven van het kind spelen. Waar het ouders betreft die een huwelijk of een niet-huwelijkse geregistreerde relatie zijn aangegaan wordt dit belang als vanzelfsprekend beschouwd, ook nadat de relatie van de ouders is verbroken. Maar voor ouders die geen geformaliseerde relatie zijn aangegaan, is de erkenning van het belang van met name de ongehuwde vader in het leven van zijn kind niet compleet. Dit belang wordt in beide rechtssystemen wel steeds meer erkend, zodat ongehuwde vaders in de meeste gevallen toegang tot de rechter hebben om gezag te verzoeken indien ze dit niet van rechtswege verkrijgen.

3. ATYPISCHE GEZINNEN

In deel III van het boek worden drie categorieën atypische gezinnen besproken: de *deels genetisch secundaire gezinnen* in hoofdstuk 4, de

genetische gezinnen met een draagmoeder in hoofdstuk 5 en de *deels genetische primaire gezinnen* in hoofdstuk 6.

3.1 DEELS GENETISCHE SECUNDAIRE GEZINNEN

Hoofdstuk 4 gaat over gezinnen met één oorspronkelijke ouder, een nieuwe ouder, en een mogelijke oorspronkelijke ouder buiten het woongezin. Wanneer bijvoorbeeld de relatie van de oorspronkelijke ouders van het kind wordt verbroken, en de moeder een nieuwe partner krijgt (de nieuwe ouder), betekent dit niet dat het kind niet langer het kind is van de andere oorspronkelijke ouder (bijvoorbeeld de vader). De juridische relatie tussen het kind en de oorspronkelijke ouder buiten het woongezin is bepalend voor de relatie die tussen de nieuwe ouder en het kind tot stand kan komen. Waar het kind bijvoorbeeld geen juridische ouder heeft buiten het woongezin kan de nieuwe mannelijke partner van de moeder in **Nederland** het kind met toestemming van de moeder erkennen. In **Engeland** kan dit in beginsel niet; alleen de biologische vader van een kind mag zich op de geboorte akte laten registeren, niet-biologische vaders mogen dit in principe niet, tenzij zij door de Human Fertilisation and Embryology Act 1990 als juridische ouder van het kind zijn aangewezen. Als erkenning of registratie niet mogelijk is, kan de nieuwe ouder proberen het kind van zijn of haar partner te adopteren. Beide rechtsstelsels zijn in de loop der tijd steeds terughoudender geworden ten opzichte van partneradoptie in stiefgezinnen, omdat daarmee de band met een van de oorspronkelijke ouders definitief wordt verbroken. In beide rechtsstelsels is de toestemming van de ouder waarmee de juridische relatie wordt verbroken dan ook vereist, en zelfs indien deze toestemming is gegeven, kan het belang van het kind zodanig zijn dat de partneradoptie niet wordt uitgesproken. In beide rechtsstelsels is partneradoptie mogelijk voor paren van verschillend geslacht en paren van hetzelfde geslacht, ongeacht hun relatievorm.

Met betrekking het verkrijgen van ouderlijk gezag voor de nieuwe ouder zijn er grote verschillen tussen de twee rechtsstelsels die aan de ene kant worden veroorzaakt door het feit dat er in het **Engelse** recht in principe geen limiet is aan het aantal personen dat gezag over een kind kan verkrijgen, en aan de andere kant door de voorwaarden waaronder een nieuwe ouder gezag over het kind van zijn of haar partner kan verkrijgen in de beide landen uiteenlopen. In **Engeland** is de juridische positie van een nieuwe ouder die een geformaliseerde relatie is aangegaan met de oorspronkelijke ouder ten opzichte van de verkrijging van gezag vrijwel gelijk aan die van de ongehuwde vader. De nieuwe ouder kan bijvoorbeeld

eenzijdig om gezag over zijn of haar stiefkind verzoeken, ook indien de geformaliseerde relatie niet meer in stand is. In **Nederland** kan de nieuwe ouder alleen gezag verkrijgen als de ouder met wie hij of zij een relatie heeft alleen het gezag heeft over het kind. De nieuwe ouder kan niet eenzijdig om gezag verzoeken maar moet hiertoe een gezamenlijk verzoek bij de rechter indienen. In beide rechtsstelsels wordt bij de mogelijkheden tot verkrijging van gezag door nieuwe ouders geen onderscheid gemaakt tussen paren van hetzelfde en verschillend geslacht. In **Engeland** wordt wel onderscheid gemaakt op basis van de relatievorm.

3.2 GENETISCHE GEZINNEN MET EEN DRAAGMOEDER

Een groot verschil tussen beide rechtsstelsels op het gebied van de overdracht van het ouderschap van de draagmoeder naar de wensouders is het bestaan van een specifieke regeling hiervoor in het **Engelse** recht, de zogeheten 'parental order'. Indien aan een aantal vereisten is voldaan, kunnen de wensouders een verzoek tot overdracht van het ouderschap indienen bij de bevoegde rechterlijke instantie. De voorwaarden waaraan voldaan moet worden zijn onder andere de volgende: een van beide wensouders moet genetisch verwant zijn aan het kind van de draagmoeder, de wensouders moeten getrouwd zijn en de draagmoeder en de eventuele juridische vader van het kind moeten toestemming geven tot overdracht van het ouderschap.

In **Engeland** is in mei 2007 een wetsvoorstel gepubliceerd waarmee ook ongehuwde wensouders en wensouders van hetzelfde geslacht in aanmerking zouden kunnen komen voor een 'parental order'. Wensouders in **Engeland** die niet in aanmerking komen voor een 'parental order' zijn, net als alle wensouders in **Nederland**, aangewezen op adoptie. Of beide wensouders moeten adopteren of dat de wensvader zijn juridisch ouderschap op andere wijze kan vaststellen waarna de wensmoeder een verzoek tot partneradoptie indient, hangt onder meer af van de relatiestatus van de draagmoeder en de wensouders en van de vraag of het kind al een juridische vader heeft.

3.3 DEELS GENETISCHE PRIMAIRE GEZINNEN

Deels genetische primaire gezinnen zijn gezinnen waar een van de ouders een genetische ouder is en de andere ouder een intentionele ouder. Beide ouders zijn betrokken bij de beslissing een kind te krijgen en bij de activiteiten die leiden tot het daadwerkelijke ontstaan van het kind. Het gaat hierbij zowel om ouders van verschillend geslacht als om ouders van

hetzelfde geslacht. Op dit gebied worden momenteel in beide rechtsstelsels wetgevende activiteiten ondernomen die moeten leiden tot verdere gelijkstelling van kinderen geboren binnen gezinnen met ouders van verschillend geslacht en ouders van hetzelfde geslacht. Waar relevant worden deze voorstellen besproken, maar de vergelijking is gemaakt op basis van het geldende recht.

Het grote verschil tussen beide rechtsstelsels met betrekking tot afstamming zit in de manier waarop en de omstandigheden waaronder de partner van de geboortemoeder de status van juridisch ouder kan verwerven als deze partner niet de biologische ouder is van het kind. Het verschil is voornamelijk gelegen in het feit dat een ongehuwde niet-biologische vader volgens het **Engelse** recht onder bepaalde omstandigheden van rechtswege als juridische vader van het kind kan worden aangemerkt, terwijl dit volgens **Nederlands** recht niet mogelijk is. Verder verschillen de rechtsstelsels op het gebied van de toestemming van de niet-biologische ouder tot de conceptie van het kind enerzijds en de toestemming van de donor tot het afstaan van ouderschapsrechten en plichten met betrekking tot het kind anderzijds. In het **Engelse** recht bestaat een duidelijke samenhang tussen deze twee soorten toestemming met betrekking tot het ontstaan van het juridisch ouderschap van de partner van de geboortemoeder; in het **Nederlands** recht bestaat deze samenhang niet of nauwelijks.

Op het gebied van het toekennen van ouderlijk gezag aan de partner van de geboortemoeder verschillen de beide rechtsstelsels in zekere mate. Enerzijds biedt **Engeland** aan de ongehuwde mannelijke partner die volgens de Human Fertilisation and Embryology Act 1990 als juridisch ouder moet worden aangemerkt verdergaande mogelijkheden tot het verkrijgen van ouderlijk gezag dan aan eenzelfde niet-biologische ouder door het **Nederlandse** recht wordt gegeven. Anderzijds verkrijgen paren die zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan in **Nederland** van rechtswege gezamenlijk gezag over een kind dat binnen hun relatie wordt geboren, tenzij het kind al voor de geboorte met toestemming van de moeder door de biologische vader of een andere man is erkend

4. WAAR DE OVERIGE OMSTANDIGHEDEN GELIJK ZIJN

4.1 GEZINSANALYSE

De informatie die in de hoofdstukken 3 tot en met 6 is verkregen, wordt in Hoofdstuk 7 vergeleken en geanalyseerd om te kunnen bepalen of de aanwezigheid van een aantal factoren dezelfde betekenis heeft in de verschillende gezinstypen voor het toekennen van juridisch ouderschap en ouderlijk gezag. Deze analyse vindt plaats aan de hand van *fundamenten* en *aanknopingspunten*. Deze twee concepten zijn als volgt gedefinieerd:

- Een *fundament* is een constitutief element van juridisch ouderschap en ouderlijk gezag, het is de rechtsgrond waarop het systeem van juridisch ouderschap en ouderlijk gezag is gebaseerd.
- Een *aanknopingspunt* is een element in de sociale werkelijkheid dat door het recht wordt gebruikt om de status van juridisch ouder of ouderlijk gezag toe te kennen, d.w.z. *aanknopingspunten* zijn de objectief vast te stellen juridische factoren die in het recht zelf gevonden kunnen worden, zoals de relatiestatus van de ouders.

De *fundamenten* die in de analyse zijn gebruikt zijn biologie en intentie, de *aanknopingspunten* zijn onder andere relatiestatus, juridisch ouderschap, medewerking van de geboortemoeder en de feitelijke relatie met het kind. Uit de analyse dat er grote verschillen zijn tussen de gevolgen die aan het bestaan van *fundamenten* en *aanknopingspunten* worden verbonden voor de verschillende gezinstypen. Deze verschillen bestaan met name op het gebied van de toekenning van juridisch ouderschap aan de partner van de geboortemoeder, maar ook met betrekking tot de mogelijkheden tot verkrijging van ouderlijk gezag. Op grond van de analyse kan worden geconcludeerd dat het voor de vraag naar de juridische relatie tussen een kind en zijn of haar ouders van substantieel belang is in wat voor type gezin het kind wordt geboren. Uit het onderzoek blijkt dat er in beide rechtssystemen onderscheid wordt gemaakt op basis van factoren als de relatiestatus en het geslacht van de ouders bij het toekennen van juridisch ouderschap en ouderlijk gezag. Dit onderscheid wordt gemaakt onafhankelijk van het antwoord op de vraag of het *fundament* voor het toekennen van juridisch ouderschap en ouderlijk gezag aanwezig is. Het gevolg hiervan is dat de juridische positie van een kind dat in een atypisch gezin wordt geboren ten onrechte onvoldoende bescherming geniet. Om een betere juridische bescherming van het kind in zijn of haar gezin te

bewerkstelligen wordt aan het einde van de analyse het concept *procreatieve verantwoordelijkheid* geïntroduceerd. Dit concept kan worden gebruikt om te bepalen wie verantwoordelijk (moeten) zijn voor het kind gedurende zijn of haar leven. Hier wordt in het volgende hoofdstuk uitgebreid op in gegaan.

4.2 PROCREATIEVE VERANTWOORDELIJKHEID

Het concept *procreatieve verantwoordelijk* ligt ten grondslag aan de *fundamenten* biologie en intentie. Beide fundamenten zijn gebaseerd op de idee dat volwassenen die betrokken zijn bij de conceptie van een kind, daarmee verantwoordelijkheid ten opzichte van het kind op zich nemen. Deze verantwoordelijkheid kan worden onderscheiden in verantwoordelijkheid die aan de conceptie voorafgaat en verantwoordelijkheid na de conceptie. Verantwoordelijkheid die aan de conceptie voorafgaat, brengt met zich mee dat waar paren een derde procreatieve partij inschakelen, een donor of een draagmoeder, de consequenties hiervan voor het kind en de partijen zelf goed moeten worden doordacht. Partijen kunnen bijvoorbeeld onderling helderheid krijgen over elkaars intenties door schriftelijk vast te leggen wat ze voor ogen hebben. Bovendien moet worden nagedacht over de vraag hoe kan worden gewaarborgd dat het toekomstige kind de mogelijkheid heeft zijn afstammingsgeschiedenis te achterhalen. Verantwoordelijkheid *na* de conceptie van het kind brengt met zich mee dat ook de intentionele ouder, die de conceptie van het kind mede heeft gepland en gewenst rechten en plichten heeft ten opzichte van het kind.

Dit kan in het recht tot uiting komen door het kind tegenover deze intentionele ouder dezelfde rechten te geven als tegenover de biologische ouder. In het hoofdstuk wordt hiertoe een voorstel op hoofdlijnen gedaan. Waar een paar gebruik heeft gemaakt van een onbekende donor of waar de drie (of meer) partijen van te voren overeenstemming hebben bereikt over het feit dat de ouders in het woongezin de juridische ouders zullen zijn van het kind, kan het ouderschap van de partner van de geboortemoeder van rechtswege of door aantekening/erkenning tot stand komen. Daar waar meer dan twee partijen aanspraak kunnen en willen maken op de positie van juridisch ouder, is het uiteindelijk aan de rechter te beslissen mede op basis van de partijbedoelingen, maar voornamelijk op basis van het belang van het specifieke kind bij de juridische bescherming van zijn of haar woongezin enerzijds en zijn of haar band met de (biologische) ouder buiten

het woongezin anderzijds, wie welke juridische positie heeft ten opzichte van het kind.