

Het is gedaan met de rust in het afstammingsrecht

27 oktober 2022

H.M. Zonneveld-de Kwant

senior gerechtsjurist rechtbank Noord-Holland

voorzitter Landelijke Expertgroep Adoptie en Overige Boek-1 zaken



Het verleden



- Burgerlijk Wetboek sinds 1 oktober 1838.
- Na WO-II roep om wijziging in verband met maatschappelijke ontwikkelingen
- 1970: invoering Boek 1: nieuwe personen- en familierecht

De regeling, neergelegd in de wet van 24 december 1997, Stb 772, is in werking getreden op 1 april 1998

Daarna zijn er meerdere wijzigingen/wetten doorgevoerd als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen. Onder andere (niet limitatief):

- 1998:
 - gezamenlijk gezag uitgangspunt
 - geregistreerd partnerschap
 - 1:253t BW: gezamenlijk gezag ouder en niet-ouder
 - gerechtelijke vaststelling vaderschap
- 2001:
 - huwelijk personen gelijk geslacht
 - 1:253sa BW: gezamenlijk gezag van rechtswege ouder + niet-ouder
 - aanpassing naamrecht: ook mogelijk van niet-ouder
- 2008:
 - internationale adoptie door paren van gelijk geslacht
- 2009:
 - invoering ouderschapsplan (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding), afschaffen flits scheiding
- 2014:
 - Wet Lesbisch ouderschap
 - gelijkstelling huwelijk en geregistreerd partnerschap
- - opheffing verbod erkenning van een kind door gehuwde man
- 2023:
 - Wet gezamenlijk gezag door erkenning

Marckxsarrest

(EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462; Marckx t. België)

- Paula Marckx stelde slachtoffer te zijn van schending van het recht op family life door de staat België. Zij moest als alleenstaande moeder haar eigen kind erkennen, dat daardoor pas na 13 dagen een ouder had. Ook erfde een onwettig kind minder dan een wettig kind.
- Het EHRM oordeelde dat schending had plaatsgevonden van art. 8 EVRM (family life) en van art. 14 (discriminatie van onwettige kinderen).
- In Nederland volgde na deze uitspraak een wetswijziging met terugwerkende kracht tot 13 juni 1979 (bij Wet van 27 oktober 1982, Stb. 608;)

Betekenis voor afstamming:

- kind heeft recht op familierechtelijke betrekking met beide biologische ouders ongeacht de relatie tussen die ouders: thans artikel 7 en 8 IVRK.
- wanneer is er sprake van **family life** (8 EVRM)

Rol van de verdragen

- Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind: **IVRK** (20 nov 1989, Nederland 1995 geratificeerd).
 - voor afstamming met name: artikelen **3, 7 en 8 en 41** IVRK (belang, recht op kennis van afstamming en eerbiediging identiteit)
 - rechtstreekse werking
- Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden: **EVRM** (4 nov 1950, sinds 1998 verbindend voor alle lidstaten EU)
 - rechtstreekse werking (art 93 en 94 Grondwet)
 - voor afstamming met name artikelen **8 en 14** EVRM (recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven en verbod op discriminatie)



EHRM 16 juli 2015, nr. 39438/13 (Nazarenko t. Rusland)

In deze zaak gaat het om een juridische vader die, na de echtscheiding, geen biologisch vader blijkt te zijn; naar Russisch recht werd zijn vaderschap beëindigd en daarmee bestond er ook geen mogelijkheid meer voor hem om een omgangsregeling met zijn 'dochter' met wie hij vijf jaar in gezinsverband als vader had samengeleefd en met wie hij een hechte band had, te verzoeken, terwijl hij juist contact wilde houden. Het EHRM neemt een schending van het recht op family life en private life aan, nu de autoriteiten gefaald hebben om het bestaande familieleven te beschermen; de absolute en automatische uitsluiting zonder rekening te houden met het belang van het kind leveren een inbreuk op. Op verdragsstaten rust de verplichting om na te gaan of omgang **in het belang van het kind** in stand gehouden moet worden, of degene nu biologisch verwant zijn of niet.

(tekst: mr. dr. M.J. Vonk)

Uitgangspunten voor de wetgever

- Van huwelijk als hoeksteen van de samenleving naar rol van het individu en recht op identiteit in samenhang met **het belang van kind**
- Een kind kan maar 2 juridische ouders hebben
- Er kunnen maximaal 2 pers. het gezag/de voogdij over een kind hebben.

Staatscommissie Herijking Ouderschap

Rapport Kind en ouders in de 21^e eeuw (6 december 2016)

De Staatscommissie vindt het wenselijk dat het afstammingsrecht aansluit bij de maatschappelijke werkelijkheid.

Onder andere:

- meerouderschap
- eenvoudige adoptie, grootouderadoptie
- geen termijn kind beëindiging ouderschap/herroepen adoptie
- pas juridisch ouderschap vanaf meerderjarigheid
- regeling voor draagmoederschap

etc



En toen?

- Voor kabinet was meer dan **2 juridische ouders** nog een brug te ver (juli 2018)
- Wetsvoorstel kind, **draagmoederschap** en afstamming (Kamerstukken II 2018/19, 33836, 45)
- Wetsvoorstel **deelgezag** (Kamerstukken II 2018/19, 33836, 45)
- Wetsvoorstel het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk gezag door erkenning (**Wet erkenning en gezag**, invoering 1/1/2023)
- Wetsvoorstel wijziging van de (voorwaarden voor) vermelding van het **geslacht** in de akte van geboorte (35825). 5/12/22 voortgang plenair debat
- Wetsvoorstel **gecombineerde geslachtsnaam** (35990): 13 september 2022 aangenomen door de Tweede Kamer.

Wat is thans de rol van de rechter?

- Trias politica
- Rechters recht
- Het Burgerlijk Wetboek was een rustig bezit
- de rechter moet het doen met de wettelijke afstammingsregeling zoals die nu is vastgelegd in Boek 1 BW en de internationale verdragen.
- de rechter krijgt de vragen voorgelegd die (nog) niet zijn opgelost door de wetgever

afstamming en adoptie in Boek 1

Titel 11 (afstamming) en Titel 12 (adoptie) van Boek 1 BW

1:198 BW: 5 manieren om moeder te worden:

- geboorte
- huwelijk/gp met geboortemoeder
- erkenning
- gerechtelijke vaststelling ouderschap
- adoptie

1:199 BW: 4 manieren om vader te worden

- huwelijk/gp met geboortemoeder
- erkenning
- Gerechtelijke vaststelling ouderschap
- adoptie

rechtersrecht

- De **rechtsvormende** taak van de rechter
- **Uitleg** van de wet, ruimte van de wetgever
- Veranderingen in de **maatschappij**
- Kenbaar in uitspraken: **jurisprudentie**
- **Volgorde** in afstammingsrecht: rechtbank, gerechtshof, Hoge Raad, Europese hof voor de rechten van de mens (EHRM)
- Positie in **Trias Politica**: de rechter op de stoel van de wetgever?
- Wetsartikel in **strijd** met verdragen: buiten toepassing laten
- Rechter niet gebonden, **onafhankelijk**
- **Rechtsgelijkheid**

voorbeelden in afstamming

- Hoge Raad ECLI:NL:2003:AD7913
 - Bekende donor vraagt om vervangende toestemming erkenning
 - Is geen verwekker als bedoeld in artikel 1:204 lid 3 BW
 - Sprake van family life (8 EVRM)
 - Hoge Raad stelde de mogelijkheid open tot vestiging van een familierechtelijke betrekking (indien ook aan de overige voorwaarden is voldaan)
- ▶ ECLI:NL:HR:2006:AU9726
 - Afwijzing adoptieverzoek duomoeder, omdat donor met family life als ouder wordt aangemerkt en er in dit geval daardoor niet is voldaan art 1:227 lid 3 BW

Maar het kind dan?

- Gevolg van de afwijzingen:
 - Geen tweede juridische ouder.
 - Geen rechtsgevolgen op het gebied erfrecht, naamrecht, nationaliteit.
 - Meestal alleen de moeder gezag: problemen bij overlijden of andere zaken waardoor gezag niet kan worden uitgeoefend
 - Etc.

▶ 2008: vereenvoudiging adoptie voor duomoeder

▶ wet lesbisch ouderschap, ingevoerd 1/4/2014

bescherming van de feitelijke verzorgings- en opvoedingssituatie van het kind en de positie van kinderen geboren in lesbische relaties zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met die van kinderen geboren in heteroseksuele relaties, zonder de biologische werkelijkheid uit het oog te verliezen

(tekst A.F. Mollema)

▶ een buitenechtelijk kind kan door zijn verwekker worden erkend, ook als deze is gehuwd miv 1 april 2014

voorbeelden in afstamming

1. voorwaardelijke erkenning

- Wet biedt geen toegang tot de rechter voor verwekker als er al 2 juridische ouders zijn

Hoge Raad: 31 mei 2002: ECLI:NL:HR:AE0745

Hoge Raad: 9 april 2004: ECLI:NL:HR:A01337

Hoge Raad: 30 oktober 2015: ECLI:NL:HR:2015:3196

- ▶▶ Als de verwekker reeds een verzoek heeft ingediend tot vervangende toestemming erkenning, is de nadien gegeven toestemming van de moeder aan een derde slechts voorwaardelijk, totdat op het verzoek van de verwekker is beslist

voorbeelden in afstamming

2. (minder) strikte maatstaf

HR 12 november 2004: ECLI:NL:HR:2004:AQ7386

Hoge Raad onderscheid twee situaties:

- A. verwekker heeft *redelijkerwijs niet of niet tijdig* om vervangende toestemming kunnen vragen
- B. verwekker kon erkennen maar heeft *nagelaten* vervangende toestemming te vragen

(gebaseerd op leerstuk van misbruik van bevoegdheid art 3:13 BW)

vervolg (minder) strikte maatstaf

HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386

Maatstaf situatie A (minder strikte)

Vernietiging kan *alleen* indien de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van de verwekker bij de erkenning en de daar tegenoverstaande belangen van de moeder – telkens in verband met de belangen van het kind – *niet in redelijkheid tot het verlenen van toestemming aan de andere man heeft kunnen komen*

Maatstaf situatie B (strikte)

Vernietiging kan *alleen* als de toestemming aan de derde is gegeven *slechts* met het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden

→ *resultaat?* ► *alsnog een ingang voor de verwekker*

belang kind anno 2022

- Kind is in afstamming niet alleen een minderjarige: ook een **meerderjarig** kind doet beroep op wijziging afstamming
- **Belang kind vaker doorslaggevend:**
 - ECLI:NL:HR:2022:349 (ECLI:NL:PRH:2021:841) (zie ook Valkenhorstarrest I ECLI:NL:HR:1994:ZC1337)
 - “Een zeker activisme is de Hoge Raad in deze materie niet vreemd” noot mr. S.F.M. Wortmann
 - ECLI:NL:RBLIM:2021:9207
- **Belang kind versus wens van de ouders tot ouderschap**
 - realisatie kinderwens buiten officiële wegen om:
 - illegale adoptie
 - medische trajecten met anonieme eicel/zaadcellen,
 - draagmoederconstructies via het buitenland
 - omzeilen adoptieprocedure
 - ▶▶ op te lossen door de rechter

belang kind anno 2022

- (stiefouder) adoptie meerderjarigen

ECLI:NL:GHDHA:2021:1959, ECLI:NL:GHSHE:2021:3468

- adoptie door partners van gelijk geslacht
- herroeping adopties

ECLI:NL:GHSHE:2017:5391

- termijnoverschrijdingen verschoond met beroep op 8 EVRM

recente ontwikkelingen

a. draagmoederschap

- Prejudiciële vragen rechtbank Den Haag ECLI:NL:RBDHA:2021:13950 en 13949
- Beslissing Hoge Raad 13/5/22: de wetgever is aan de beurt ECLI:NL:HR:2022:685

“Zolang een wettelijke regeling ontbreekt, is het aan de rechter om in elke concrete zaak aan de hand van de aard en inhoud van het verzoek en de verdere omstandigheden van het geval te beslissen, met inbegrip van de mogelijkheid om de beslissing op het verzoek aan te houden. Het staat de rechter vrij om bij de beantwoording van vragen over de erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing of een buitenlandse akte waarbij afstammingsrechtelijke relaties zijn vastgesteld tussen het kind en de wensouders, overeenkomstige toepassing te geven aan de art. 10:100 en 10:101 BW.”

- Huidige praktijk: zaken worden per zaak bekeken: MK, EK, toewijzing, afwijzing. Is zeer casuïstiek, inherent aan het onderwerp en het antwoord van de HR
- Voorbeelden:
 - ECLI:NL:RBDHA:2022:7216
 - ECLI:NL:RBDHA:2022:7217
 - ECLI:NL:RBDHA:2021:15116
 - ECLI:NL:RBAMS:2022:2914



recente ontwikkelingen

b. genderzaken



- ECLI:NL:HR:2007:AZ5686
- Prejudiciële vragen rechtbank Den Haag ECLI:NL:RBDHA:2021:13948:

Heeft de rechter de ruimte om op verzoek van een non-binaire persoon tot toewijzing van een verzoek te komen dat leidt tot een genderneutrale registratie in de registers van de burgerlijke stand?

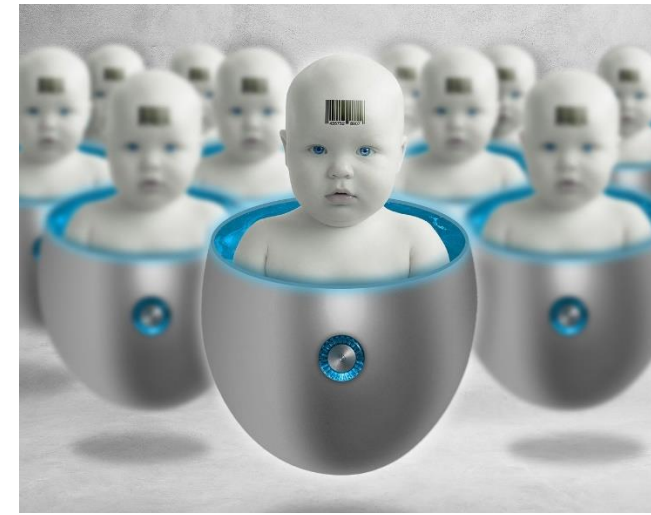
- Uitspraak Hoge Raad: wetgever is bezig, daarom geen beantwoording
ECLI:NL:HR:2022:336
- Huidige zaken: trend zichtbaar waarbij wordt ‘afgeschaald’ van MK naar EK.
 - ECLI:NL:RBDHA:2022:6785
 - ECLI:NL:GHARL:2022:6917
 - ECLI:NL:RBAMS:2022:4835
- Aansluiting bij maatschappelijke ontwikkelingen
- Verwijzingen naar rapport Staatscommissie Herijking Ouderschap



Wat valt op anno 2022

- Maatschappelijke ontwikkeling naar sociaal (meer)ouderschap
- In rechtspraak lijkt in de voorgelegde verzoeken de nadruk te liggen op :
 - 7 IVRK: **het biologisch ouderschap**
 - Uitspraken EHRM: 25358/12 - 24-01-2017 Paradiso en Campanelli t. Italië)
 - Wens van het kind
 - Uitzondering zichtbaar bij stiefouderadoptie meerderjarigen: sociaal ouderschap
 - Wet biedt raamwerk voor sociaal ouderschap, bij onenigheid ligt de nadruk op biologisch ouderschap (zie verschil maatstaf 1:205 BW)

TOT SLOT



Het afstammingsrecht staat niet stil

Er komen veel nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen op ons af

Er zijn ook veel nieuwe ontwikkelingen op medisch gebied die (zullen) maken dat het afstammingsrecht de komende decennia te maken zal krijgen met nieuwe manieren van ouderschap en de daaruit volgende wensen van ouders en kinderen tot het vormen en herzien van familierechtelijke betrekkingen.