

NEDERLANDSE
ORDE VAN
ADVOCATEN



Aan de Minister van Justitie
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

OEWAV

Den Haag, 14 juni 2010
Uw kenmerk: 5633235/09/6
Dossiernummer: 4.3.4/3

Ministerie van Justitie
DBOB/DIV/OAB/AL-OD
Dossier WIS-04/1061613
Datum 15 JUNI 2010
Nummer 1015657754
Ambt

15/6

-1

Betreft: wetsvoorstel lesbisch ouderschap

Mijnheer de Minister,

Bij brief van 21 december jl. verzocht u de Nederlandse Orde van Advocaten te adviseren over het concept-wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (lesbisch ouderschap).

De Algemene Raad heeft het wetsvoorstel voorgelegd aan zijn Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht die bijgaand advies heeft uitgebracht. De Algemene Raad sluit zich aan bij de overwegingen van de Adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere voorbereiding van het wetsvoorstel te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de Algemene Raad,

J.J.H. Suyver
algemeen secretaris

Bijlage: advies AC Familie en Jeugdrecht – juni 2010

ADVIES
van de Adviescommissie
Familie- en Jeugdrecht van de
Nederlandse Orde van Advocaten

Inzake:

Concept wetsvoorstel lesbisch ouderschap

Het wetsvoorstel verruimt de mogelijkheden voor gehuwde vrouwelijke partners tot het verkrijgen van ouderschap van rechtswege en voor niet gehuwde vrouwelijke partners door erkenning. Erkenning is ook mogelijk indien de vrouwelijke partners gedurende hun huwelijk/geregistreerd partnerschap een kind krijgen in geval van donorinseminatie door een bekende donor, zonder dat het vereiste van inschakeling van een medicus/kliniek wordt gesteld. Volgens het wetsvoorstel kan de zogenaamde duomoeder kan sneller en zonder gerechtelijke procedure ouder juridisch ouder worden. Een impasse over de persoon van de tweede juridische ouder zou daardoor voorkomen worden. De positie van de bekende zaaddonor wordt door het wetsvoorstel versterkt.

Het wetsvoorstel geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. Belang van het kind en belang van rechtszekerheid/-gelijkheid

Deze belangen lijken onvoldoende gewaarborgd te worden in het wetsvoorstel.

Belang van het kind

In de eerste plaats geldt dat voor het belang van het kind bij afstammingsinformatie (artikel 8 EVRM en artikel 7 IVRK). Het recht op afstammingsinformatie van het kind door middel van kunstmatige inseminatie door een medicus is geregeld in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Medische gegevens, niet identificerende persoonsgegevens en persoonsidentificerende gegevens dienen door de medicus die de kunstmatige bevruchting regelt verplicht doorgegeven te worden aan de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. Niet identificerende gegevens (fysieke en sociale kenmerken) kunnen opgevraagd worden door een 12 jarig kind. Identificerende gegevens kunnen worden opgevraagd door een 16 jarig kind. Daarbij vindt steeds een belangenafweging plaats tussen het belang van het kind bij informatie en het belang van de zaaddonor bij geheimhouding.

Er is nog geen wettelijke regeling voor het bewaren en beschikbaar stellen van afstammingsinformatie voor kinderen, die worden geboren in geval van donorinseminatie door een bekende donor. Dit probleem dient onderkend en opgelost te worden in het wetsvoorstel. Volgens artikel 7 IVRK heeft het kind vanaf de geboorte recht op een naam, een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

Blijkens het rapport Lesbisch ouderschap en inter-landelijke adoptie van de commissie Kaisbeek waren het belang van het kind en het beginsel van gelijke behandeling de uitgangspunten voor de commissie om te concluderen tot de noodzaak van een wet, die het mogelijk maakt om anders dan door adoptie juridisch moeder (duomoeder) te worden van een kind. Het belang van het kind bij een stabiele opvoedings situatie en juridische bescherming van de feitelijke gezinssituatie wordt al gegarandeerd door de adoptie procedure, zij het op langere termijn. Bij een adoptieprocedure wordt het belang van het kind altijd gewogen en worden de ouders voorgelicht over de noodzaak het kind voor te lichten over afstamming.

Het zwaarwegender belang van het kind bij afstammingsinformatie uit hoofde van artikel 7 IVRK wordt in het wetsvoorstel niet, althans in onvoldoende mate gegarandeerd. Botsing van nog onvoldoende gewogen en uitgekristalliseerde belangen van betrokkenen (kind, moeder, duomoeder en donor) geeft een voorzienbare verzwaring van de werkdruk van rechters, die ongewenst is. De uitkomsten van mogelijke procedures zijn onvoldoende te voorspellen en vergen een nadere uitwerking van de zienswijze van de wetgever. Nu het wetsvoorstel verder gaat dan de aanbevelingen van de Commissie Kalsbeek, dient in het belang van het kind nader onderzoek te worden gedaan, zowel op juridisch als op psycho-sociaal gebied.

Belang van rechtszekerheid/rechtsgelijkheid

De mogelijkheid van adoptie door de duomoeder blijft in het wetsvoorstel bestaan, omdat over erkenning van adoptie in het buitenland waarschijnlijk in meer landen op erkenning kan rekenen dan het (duo)moederschap van rechtswege of door erkenning, waarvan het wetsvoorstel uitgaat.

~~Is het - gegeven bijvoorbeeld de eerdere negatieve internationaalrechtelijke ervaringen na invoering van de flits scheiding, welke mede leidden tot de afschaffing van de flits scheiding - vanuit het belang bij rechtszekerheid niet een voorvraag of de internationaalrechtelijke consequenties niet eerst beter in kaart moeten worden gebracht, alvorens wordt besloten tot verruiming van de wettelijke mogelijkheden duo moeder te worden?~~

Het beginsel van gelijke behandeling leidt op voorhand ook al tot de vraag of dit uitgangspunt wel ten volle wordt gehaald. Immers het wetsvoorstel heeft uitsluiten betrekking op lesbisch ouderschap en niet op de situatie dat mannelijke homoseksuele paren beiden juridische vader van het kind willen worden. In die gevallen blijft de adoptie procedure ook aangewezen.

Los daarvan ziet het van rechtswege verkrijgen van het duo moederschap in het wetsvoorstel slechts op gehuwde moeders.

2. Algemene en juridisch inhoudelijke beoordeling op hoofdlijnen

De terminologie waarvan het wetsvoorstel zich bedient is niet duidelijk en consequent, met name niet voor zover het de termen donor en biologisch vader betreft. Dezerzijds wordt onderschreven het voorstel van Prof. A.J.M. Nuytinck (WPNR 2010 nr. 6841 pagina 343-348) om in de toelichting bij het wetsvoorstel plaats van "duomoeder" te spreken van "meemoeder".

Verder volgen wij het voorstel van Prof. A.J.M. Nuytinck (WPNR 2010 nr. 6841 pagina 343-348) om het wetsvoorstel te wijzigen in die zin, dat als moeder uitsluitend kan gelden de vrouw uit wie het kind geboren is en om die reden als ontkeningsgrond aan te merken dat de moeder niet de vrouw is, uit wie het kind geboren is.

De vraag rijst of de grenzen van juridisch ouderschap op basis van de biologische werkelijkheid (bijvoorbeeld in geval van eiceldonatie) wel onvoldoende helder zijn getrokken. Met andere woorden: hoeveel juridische ouders kan een kind volgens de wetgever hebben in geval van een lesbisch partnerschap? Daarover moet eerst een duidelijk standpunt worden ingenomen.

Tenslotte dient het wetsvoorstel voor zover het betreft het verkrijgen van duo ouderschap van rechtswege vanuit het beginsel van gelijke behandeling niet alleen te gelden voor gehuwde moeders, maar ook voor geregistreerde partners. In zoverre worden onder verwijzing naar de tweede kamerstukken (Kamerstukken II 2007-2008, 30 551, nr. 22) onderschreven de beschouwingen Prof. C.J. Forder (B& R nr. 3-4 maart/april 2010 pagina 106) dat het belang bij een stabiele opvoedingssituatie en sociaal ouderschap ook in die situatie voorshands gewaarborgd lijkt, zodat dit verschil niet valt te verklaren.

In het wetsvoorstel wordt de positie van de bekende zaaddonor wettelijk beter beschermd. Op dit punt zoekt het wetsvoorstel aansluiting bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, voor zover het de te stellen randvoorwaarden betreft voor het verkrijgen van vervangende toestemming voor erkenning.

In ieder geval zal sprake moeten zijn van family life, maar verder wordt het verzoek van de bekende zaaddonor volgens het wetsvoorstel op dezelfde wijze beoordeeld als een verzoek om vervangende toestemming van een verwekker. Er is geen/onvoldoende duidelijkheid of de zaaddonor achteraf de erkenning van een duomoeder kan vernietigen. Prof. C.J. Forder concludeert dat dit niet mogelijk is (B&R nr. 3-4 maart/april 2010 pagina 108). Volgens Prof. A.J.M. Nuytinck zou dit wel mogelijk zijn door voormelde gelijkstelling (WPNR 2010 nr. 6841 pag. 343-348). De vraag is derhalve of dit uitsluitend tot ontvankelijkheid of ook tot mogelijke vernietiging zal leiden?

3. Artikelgewijze beoordeling

In artikel 1: 198 lid 1 sub b BW ontbreekt het geregistreerd partnerschap.

In artikel 1: 202 a lid 1 BW dient als grond voor ontkenning te worden opgenomen, dat de moeder niet de vrouw is uit wie het kind is geboren. Hetzelfde geldt voor artikel 1: 205 a lid 1 BW voor erkenning.

Artikel 1: 205 BW en 205a BW, althans de toelichting bij die artikelen, dienen opnieuw te worden gezien, voor zover het een mogelijke vernietiging van een erkenning door de bekende zaaddonor betreft.

4. Conclusie

Op bovenstaande gronden kan de adviescommissie het wetsvoorstel in de huidige vorm en met de huidige toelichting niet onderschrijven. Mogelijk heeft het wetsvoorstel ook gevolgen voor de werklust van de rechtspraak.

juni 2010

De Adviescommissie Familie en Jeugdrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten.