

2 De ouders van de jeugdige

2.1 Inleiding

In dit deel *Personen- en familierecht* gaat het over de juridische relaties tussen ouders en kinderen en tussen echtgenoten.

Zoals in hoofdstuk 1 bleek, is het personen- en familierecht een onderdeel van het burgerlijk recht. Binnen het burgerlijk recht neemt het personen- en familierecht een bijzondere plaats in omdat dit onderdeel geen zakelijke, maar familierechtelijke relaties beschrijft. Een familierechtelijke relatie is een juridische relatie tussen gezins- of familieleden waaruit rechten en plichten ontstaan.

Dit hoofdstuk gaat over ‘afstamming’, dit wil zeggen over de familierechtelijke relatie tussen een jeugdige en zijn ouders. We laten zien wie de wet aanwijst als de juridische vader en moeder van een kind, en we beschrijven de wettelijke gevolgen van het juridisch ouderschap. We wijzen er nu alvast op dat door het juridisch ouderschap een levenslange band ontstaat tussen ouders en kinderen. Die band blijft bestaan, ongeacht wat er in het leven van ouder en kind gebeurt. Een kind houdt zijn beide juridische ouders, ook als zijn ouders gaan scheiden, of als ouder en kind geen enkel contact meer met elkaar hebben. Zelfs als een ouder overlijdt, blijft hij de ouder van zijn kind.

Aan het slot van dit hoofdstuk staan we kort stil bij de positie van de spermadonor.

Het personen- en familierecht, en daarmee ook de juridische regels over het ouderschap, staan in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Het BW bestaat uit tien delen, die ‘boeken’ worden genoemd. Al deze boeken beginnen met artikel 1. Daarom wordt bij het vermelden van een wetsartikel uit het BW ook het boeknummer genoemd. Artikel 35 van Boek 1 BW wordt 1:35 BW en artikel 7 van Boek 7 wordt 7:7 BW.

2.2 Juridische moeder

De wetgever kent een tamelijk eenvoudig uitgangspunt voor het juridisch moederschap (art. 1:198 BW). Moeder is de vrouw uit wie het kind geboren is. De wetgever laat zich bij de vraag naar het moederschap leiden door de bevalling: de vrouw die het kind ter wereld brengt, is de moeder. Deze regel geldt ook als er bij de bevruchting genetisch materiaal van anderen is ingebracht.

Zo is het medisch mogelijk om een eikel van een vrouw buiten haar baarmoeder te bevruchten door haar partner en deze bevruchte eikel bij een andere vrouw in te brengen. Als deze laatste vrouw het kind ter wereld brengt, wordt zij de juridische moeder van het kind, terwijl dit kind genetisch gezien het kind van een andere vrouw en man is.

Draagmoederschap

Draagmoederschap kent het BW niet. Draagmoederschap wil zeggen dat een vrouw ('draagmoeder') voor een andere vrouw ('wensmoeder') een kind ter wereld brengt. Omdat het BW het draagmoederschap niet (er)kent, is de kern van de afspraken tussen de draagmoeder en de wensmoeder over de 'overdracht' van het kind voor het recht ongeldig. Moederschap kan namelijk niet worden ontkend, dus ook een draagmoeder die voor de bevalling duidelijke afspraken maakt met een wensmoeder dat ze haar kind zal afstaan, wordt door de geboorte van haar kind de juridische moeder. 'Geeft' de draagmoeder haar kind af aan de wensmoeder, dan maakt dat voor de juridische positie van beide vrouwen niets uit. De draagmoeder blijft de juridische moeder, dit moederschap eindigt niet doordat de moeder haar kind aan een ander afstaat. De weg die beide vrouwen moeten bewandelen om van de wensmoeder de juridische moeder te maken, is tamelijk ingewikkeld. Is de draagmoeder niet getrouwd, dan kan de wensmoeder het kind erkennen. Vervolgens vraagt zij de rechtbank om het gezag naar haar over te hevelen (art. 1:203 en 1:204 BW). Daarna is in beginsel de weg vrij voor de wensmoeder om het kind te adopteren als ze het minstens een jaar heeft verzorgd en opgevoed (art. 1:227 en 1:228 BW). Is de draagmoeder getrouwd, dan zijn zij en haar man de juridische ouders (en is erkenning door een wensouder niet mogelijk). De rechtbank zal het gezag dat de moeder en haar man na de geboorte automatisch over hun kind hebben gekregen, moeten beëindigen. Daarna kan de wensmoeder het kind als pleegkind in haar gezin opnemen. Een jaar later kan de vrouw het kind, eventueel samen met haar (huwelijks)partner, adopteren (zie hierover ook paragraaf 8.2).

Naar aanleiding van een advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap (december 2016) heeft het kabinet Rutte III in juli 2019 aangekondigd dat het met een wetsvoorstel zal komen, waardoor draagmoederschap van een kind een wettelijke basis krijgt. In de plannen van het kabinet zouden de wensouders meteen bij de geboorte de juridische ouders worden. Voorwaarde is dat er in beginsel een genetische band is tussen het kind en één van de wensouders, dat de draagmoeder en de wensouder(s) hun afspraken vóór de conceptie vastleggen en deze door de rechter hebben laten toetsen. Een andere voorwaarde is dat de draagmoeder en minstens één van de wensouders de Nederlandse nationaliteit hebben of als vreemdeling legaal in ons land wonen. De plannen van het kabinet voorzien ook in een officieel register, waarin de wensouders verplicht zijn de ontstaansgeschiedenis, waaronder de persoon van de draagmoeder en eventuele zaad- of eiceldonoren, vast te leggen, zodat het kind deze later kan achterhalen. Als de wensouders bij de aangifte van de geboorte de door de rechter goedgekeurde afspraken kunnen tonen, kunnen de wensouders meteen bij de aangifte van de geboorte bij de burgerlijke stand in de geboorteakte worden opgenomen als de juridische ouders. De plannen van het kabinet zijn gericht op het vormgeven van draagmoederschappen in Nederland en uitdrukkelijk niet op het aantrekken van wensouders en draagmoeders uit het buitenland om in Nederland via draagmoederschap een kind te krijgen. Het kabinet is van plan om in de zomer van 2020 met een wetsvoorstel te komen. Of dit wetsvoorstel door beide Kamers zal worden goedgekeurd en daarmee kracht van wet zal krijgen, is nu nog niet te voorzien.

NB Zie voor moederschap door *adoptie* paragraaf 2.4.

2.3 Juridische vader

Op de vraag wie de juridische vader van de jeugdige is, geeft de wetgever een tamelijk uitgebreid antwoord (art. 1:199 BW). De juridische vader is de man:

- die bij de geboorte met de moeder is gehuwd;
- die de jeugdige heeft erkend;
- van wie door de rechter het vaderschap is vastgesteld;
- die de jeugdige heeft geadopteerd.

Met de moeder getrouwd

De hoofdregel over het juridisch vaderschap luidt: vader van het kind wordt de man die getrouwd is met de vrouw die het kind ter wereld brengt. Baart een getrouwde vrouw een kind, dan wordt haar man automatisch de juridische vader.

Geregistreerde partner van de moeder

Dezelfde regel geldt voor de man die op het moment van de geboorte de geregistreerde partner van de moeder is. Ook hij wordt – als een kind op of na 1 april 2014 geboren is – automatisch de juridische vader van het kind. Want sinds 1 april 2014 geldt dat er, als het om de positie van kinderen gaat, geen juridische verschillen meer zijn tussen het geregistreerd partnerschap en het huwelijk.

Omdat de gevolgen van huwelijk en geregistreerd partnerschap voor kinderen dezelfde zijn, geldt in dit boek de regel dat met de term 'huwelijk' ook altijd wordt bedoeld op het geregistreerd partnerschap, tenzij uitdrukkelijk wordt aangegeven dat dit niet het geval is.

De wetgever gaat er eenvoudig van uit dat de echtgenoot of de geregistreerde partner van de vrouw wel de vader van haar kind zal zijn. Maar dit is natuurlijk niet altijd het geval.

Vaderschap ontkennen

Daarom kunnen de man, de vrouw en het kind de rechtbank verzoeken het *vaderschap dat door een huwelijk is ontstaan, te ontkennen*. Voorwaarde voor een dergelijk verzoek is dat het duidelijk is dat de man niet de biologische vader is van het kind. Dit kan bijvoorbeeld worden aangetoond met een DNA- of een bloedproef. Stemt de rechtbank in met het ontkenningverzoek, dan is de man niet langer de juridische vader van het kind (art. 1:200 BW).

NB De vader en de moeder kunnen in principe het vaderschap niet ontkennen als de man eerder instemde met kunstmatige inseminatie, of met in-vitrofertilisatie met donorzaad, of als hij wist dat de vrouw zwanger was van een ander toen hij met haar trouwde. In dit soort gevallen kan de man zijn vaderschap alleen nog ontkennen als hij door de vrouw is bedrogen. Het kind heeft in al deze gevallen wel de mogelijkheid het vaderschap te ontkennen.

Overlijdt een man tijdens het huwelijk en brengt de vrouw een kind ter wereld binnen 306 dagen na dit overlijden, dan wordt de overleden man gezien als de juridische vader van het kind (zelfs als de vrouw al weer opnieuw zou zijn getrouwd). Men gaat er dan namelijk van uit dat de bevruchting nog heeft plaatsgevonden toen de man leefde (art. 1:201 BW).

Erkenning

Een jeugdige die geen juridische vader heeft (is geboren uit een moeder die bij de geboorte niet getrouwd was en ook geen geregistreerde partner had), kan door een man (die minstens 16 jaar oud is) worden erkend (art. 1:203 BW e.v.). Dit wil zeggen dat hij de juridische vader van de jeugdige wordt. Erkenning is alleen mogelijk als een jeugdige nog geen juridische vader heeft.

Zo'n vijftig procent van de eerstgeboren kinderen wordt geboren uit een moeder die geen formele relatie heeft. Voor alle kinderen (inclusief tweede en volgende kinderen) is dat ongeveer veertig procent.¹ Daarmee is het erkennen van een kind een zeer gebruikelijke manier geworden om de juridische vader van een kind te worden.

Vaak wordt gedacht dat een jeugdige van wie de vader is overleden, door een man kan worden erkend. Dit is *niet* juist. Een jeugdige die eenmaal een juridische vader heeft, houdt deze man in principe zijn hele leven als juridische vader. Ook na zijn overlijden blijft deze man zijn vader. En ook als de moeder van de jeugdige later trouwt met een andere man, die in het gezin een soort vaderrol krijgt, dan nog blijft de overleden man de *juridische* vader.

Erkenning is evenmin mogelijk na een (echt)scheiding. Al zou de vader na de scheiding in een ander werelddeel gaan wonen en nooit meer contact met zijn kind hebben, toch is en blijft hij de juridische vader.

Bij de vraag naar het juridisch vaderschap gaat het erom van wie de jeugdige afstamt, waar zijn historische wortels liggen. Alleen in die gevallen waarin geen juridische vader kan worden aangewezen, is er ruimte voor een man om door erkenning het juridisch vaderschap op zich te nemen.

¹ Bron CBS, www.statline.nl.

Een man die een jeugdige erkent, zegt daarmee niet dat hij de biologische vader is. Ook een man die dat duidelijk niet is (zwarte man erkent blank kind), kan een jeugdige erkennen. Want bij erkenning gaat het om een juridische daad: de man schept door de erkenning een familierechtelijke relatie tussen hem en de jeugdige. Na de erkenning is de erkenner de juridische vader van de jeugdige, ook al is in werkelijkheid een andere man de biologische vader.

Procedure van erkenning

Wat moet een man doen om een jeugdige te erkennen? Hij moet bij de burgerlijke stand van de gemeente verklaren dat hij de juridische vader van de jeugdige wil zijn. Van deze verklaring wordt een akte opgemaakt, die wordt ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Daarmee is de erkenning een feit.

Toestemming van moeder en kind

Een man beslist niet alleen zelf over de erkenning. Voor de erkenning van een jeugdige tot 16 jaar heeft de man *toestemming* van de moeder nodig. Is de jeugdige tussen de 12 en 16 jaar oud, dan moeten moeder en jeugdige beiden toestemming geven. Wil een man een jeugdige van 16 jaar of ouder erkennen, dan is alleen de toestemming van de jeugdige nodig. De toestemming van de moeder is dan geen voorwaarde meer.

Geen toestemming, toch erkenning

Geven moeder en/of jeugdige geen toestemming, dan gaat de erkenning in principe niet door. Maar een man die kan aantonen dat hij de verwekker is van de jeugdige, hoeft zich niet bij de weigering neer te leggen (art. 1: 204 lid 3 BW). Hij kan de rechtbank inschakelen en om vervangende toestemming voor de erkenning vragen. De rechter geeft de man toestemming voor de erkenning als hij meent dat de erkenning:

- de belangen van het kind niet zal schaden; én
- de belangen niet zal schaden die de moeder heeft bij een ongestoorde verhouding met haar kind.

Analyse van de rechtspraak maakt duidelijk dat een verzoek om vervangende toestemming kansrijk is als man en vrouw een relatie hebben gehad, niet ter discussie staat dat de man de biologische vader is én er geen geschiedenis van geweld tussen man en vrouw is. Alleen in zeer bijzondere gevallen wordt de toestemming dan geweigerd, bijvoorbeeld vanwege de zeer slechte verhouding tussen de moeder en de man.

Naar aanleiding van het recht om vervangende toestemming te vragen, wijzen we nog op de volgende situatie. Een moeder weigert de biologische vader toestemming voor de erkenning. De man start vervolgens de procedure om via de rechter vervangende toestemming te krijgen. Om te voorkomen dat de man door toestemming van de rechter alsnog de juridische vader wordt, geeft de moeder tijdens de procedure die de biologische vader voert voor de erkenning, een andere man toestemming om haar kind te erkennen. Rechters zien dit als misbruik van een bevoegdheid door de moeder, omdat ze zo de biologische vader in feite zijn recht om te verzoeken om vervangende toestemming afneemt. Daarom hebben rechters de regel ontwikkeld dat als een moeder een andere man toestemming geeft voor de erkenning, terwijl de biologische vader een procedure voert (of duidelijk is dat hij deze zal gaan starten), deze toestemming moet worden gezien als een voorwaardelijke toestemming. Alleen als de biologische vader geen vervangende toestemming van de rechter krijgt, kan de andere man op basis van de toestemming van de moeder het kind erkennen. Krijgt de biologische vader wel toestemming van de rechtbank voor de erkenning, dan kan hij het kind erkennen en vervalt de voorwaardelijke toestemming die de moeder de andere man gaf (ECLI:NL:HR:2015:3196).

Ook de man of vrouw die spermadonor of eiceldonor is, heeft het recht om, als de erkenning door de moeder wordt geweigerd, de rechtbank om vervangende toestemming te vragen. Voorwaarde is dan wel dat de man of vrouw in een ‘nauwe persoonlijke betrekking’ (family life) tot de moeder of het kind staat of heeft gestaan. Dit wil zeggen dat er ‘meer’ is dan het donorschap, bijvoorbeeld als er tussen de donor en de moeder een relatie is of was, of als de donor op enigerlei wijze is of was betrokken bij het kind (art. 1:204 lid 3 BW). De Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat in dit verband vooral belangrijk is wat de plannen waren op het moment van het donorschap. Was het toen de bedoeling van de moeder en de donor om een familieband te laten ontstaan tussen het kind en de donor (ECLI:NL:HR:2012:BX5798, voorheen LJN BX5798).

Erkenning niet mogelijk

Erkenning is niet mogelijk (art. 1:204 BW):

- door een man die, vanwege te nauwe verwantschap, geen huwelijk met de moeder zou mogen sluiten. De broer, de vader of de zoon van de moeder kan haar kind dus niet erkennen;
- door een man die nog geen 16 jaar oud is;
- door een man die onder curatele staat, tenzij hij toestemming heeft van de kantonrechter;
- als de jeugdige al twee ouders heeft.