

HET AFSTAMMINGSRECHT IN NEDERLAND*

door

Mr. J. M. T. VAN DER HOEVEN-OUDE

en

Mr. J. K. MOLTMAKER

INHOUDSOPGAVE

1 INLEIDING

2 MOEDERSCHAP

- 2.1 Familierechtelijke betrekkingen tussen moeder en kind
- 2.2 De mater semper certa est-regel
- 2.3 Conclusie

3 VADERSCHAP

- 3.1 Familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind
- 3.2 Erkenning: waarheidshandeling of rechtshandeling?
- 3.3 Toestemming moeder en kind
- 3.4 Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap
- 3.5 Ontkenning vaderschap
- 3.6 Vernietiging van de erkenning
- 3.7 Kunstmatige inseminatie

4 HET KIND

- 4.1 Onderscheid wettige/onwettige kinderen
- 4.2 De positie van het kind in het afstammingsrecht
- 4.3 Recht op afstammingsvoorlichting?

* Preadvies 1989 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland.

1. INLEIDING

1.1 Bij het schrijven van een preadvies over het afstammingsrecht dat mogelijkheden biedt tot rechtsvergelijking tussen België en Nederland zijn wij op het probleem gestuit, dat de rechtsontwikkeling op dit gebied in België een voorlopige afronding heeft gekregen in de nieuwe wetgeving van 1987, terwijl de discussies in Nederland rondom het wetsontwerp nr. 20 626 inzake Herziening van het afstammingsrecht nog in volle gang zijn. Als Nederlandse preadviseurs meenden wij er daarom niet aan te kunnen ontkomen het accent wat meer te leggen op het wenselijk recht en dus wat minder op het bestaande recht en de ontstaansgeschiedenis daarvan.

1.2 Veel van deze discussies betreffen de consequenties van de moderne voortplantingstechnieken. Wij hebben gemeend dat het niet op onze weg ligt een oordeel te geven over de vraag of c.q. onder welke omstandigheden die technieken moreel aanvaardbaar zijn. Het rechtssysteem heeft niet de morele opvoeding van de burgers tot taak(1). Dat betekent niet, dat de wetgever steeds de maatschappelijke realiteit tot norm zou moeten nemen, maar het betekent evenmin dat hij die maatschappelijke realiteit mag negeren(2). Ook als men bepaalde voortplantingstechnieken principieel verwerpelijk acht, zou het o.i. niet juist zijn om elke regeling achterwege te laten in de gedachte dat de betrokkenen zich de moeilijkheden door hun gedrag zelf op de hals hebben gehaald. Dit geldt nog temeer waar er kinderen bij betrokken zijn aan wie het gedrag van hun ouders niet kan worden toegerekend en wier belang steeds op de voorgrond moet staan.

1.3 Er bestaan bepaalde samenhangen tussen het afstammingsrecht (en de mogelijke rechtsgevolgen daarvan als erfrecht, naam, nationaliteit en onderhoudsverplichtingen) en onderwerpen als ouderlijk gezag en omgangsrecht. Dit preadvies biedt maar zeer beperkte mogelijkheden om aan die samenhangen voldoende recht te doen wedervaren. Ook bij de behandeling van het afstammingsrecht zelf hebben wij ons beperkingen moeten opleggen. In het bijzonder komt het onderwerp adoptie slechts zijdelings aan de orde.

(1) Zie het rapport van het Wetenschappelijk bureau van het CDA *Zinvol leven*, 1988, 20 en 35.

(2) *Zinvol leven*, 18/19.

2 MOEDERSCHAP

2.1 *Familierechtelijke betrekkingen tussen moeder en kind*

2.1.1 Het Burgerlijk Wetboek, dat in 1838 in Nederland werd ingevoerd, was grotendeels ontleend aan de Franse Code Civil. Dit gold ook voor het afstammingsrecht. Overeenkomstig de Code Civil werd onderscheid gemaakt tussen wettige en natuurlijke kinderen, waarbij onder natuurlijke kinderen werd verstaan kinderen die buiten huwelijk waren geboren en sedertdien niet waren gewettigd. Voor het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen tussen een natuurlijk kind en zijn ouders was vereist dat dezen het kind erkenden: dit gold zowel voor de vader als voor de moeder. Tussen natuurlijke kinderen die geboren waren uit overspel of een incestueuze relatie en hun ouders waren echter geen familierechtelijke betrekkingen mogelijk(3). In 1947 werd de wet gewijzigd(4): de eis dat de moeder voor het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen haar natuurlijke kind moest erkennen verviel. Familierechtelijke betrekkingen tussen een moeder en haar overspelige of incestueuze kind werden echter pas mogelijk op 23 april 1964, toen het Verdrag van 12 september 1962 te Brussel betreffende de vaststelling van de familierechtelijke betrekkingen tussen het onwettige kind en zijn moeder(5) in werking trad. Op 1 januari 1970 is Boek 1 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ingevoerd, waarin is vastgelegd dat tussen een moeder en haar natuurlijke kind altijd familierechtelijke betrekkingen bestaan(6).

2.1.2 In 1979 wees het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het belangrijke Marckx-arrest(7), waarin is bepaald dat de eis van erkenning door de moeder van haar natuurlijke kind voor het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen in strijd is met art. 8 jo. art. 14 EVRM. Aangezien deze eis in Nederland in 1947 is afgeschaft, is het Nederlandse recht op dit punt in overeenstemming met het Marckx-arrest.

(3) Zie ASSER-DE RUITER, I, 13e druk 1988, nrs. 114/115 en nr. 157 e.v.

(4) Wet van 10 juli 1947, Stb. H 232.

(5) Trb. 1963, 93.

(6) Art. 222 Boek 1 B.W.

(7) EHRM 13 juni 1979, *N.J.*, 1980, 462 noot E.A. ALKEMA.

2.2 *De mater semper certa est*-regel(8)

2.2.1 De vrouw die een kind baart is de moeder van het kind. Hierover kon tot niet zo lang geleden weinig of geen twijfel bestaan. Het werd zelfs als zo vanzelfsprekend beschouwd, dat de wetgever nooit de moeite heeft genomen dit in de wet op te nemen. De laatste tijd is deze vanzelfsprekendheid echter afgenomen. Door nieuwe medische technieken, waaronder eiceldonatie, in vitro fertilisatie en embryo-transfer(9), is het mogelijk dat het kind dat een vrouw baart biologisch niet haar eigen kind is. Ook het verschijnsel draagmoederschap komt steeds meer in de belangstelling. Van draagmoederschap is sprake als een vrouw zwanger wordt met de bedoeling het kind na de geboorte over te dragen aan een andere vrouw, de zogenaamde wensmoeder(10). Het kind dat de draagmoeder baart kan biologisch haar eigen kind zijn, maar dit hoeft niet.

2.2.2 Over de vraag of de *mater semper certa est*-regel aanpassing behoeft zijn de meningen verdeeld. De Commissie Wiarda achtte in haar rapport van 1971 herziening van de definitie van moederschap nog prematuur, maar sloot het voor de toekomst niet uit(11). Er gaan stemmen op die ervoor pleiten uitzonderingen op de *mater semper certa est*-regel mogelijk te maken(12). Het wetsontwerp Herziening van het afstammingsrecht handhaaft vooralsnog de huidige regeling en bepaalt in art. 198: „Moeder is de vrouw uit wie het kind is geboren of die het kind heeft geadopteerd.”

2.2.3 Ten aanzien van het moederschap zullen zich voornamelijk de volgende situaties voordoen(13):

(8) Moeder maakt geen bastaard. Deze regel stamt uit het Oud-Vaderlandse recht en hield in dat een natuurlijk kind, dat niet geboren was uit een overspelige of incestueuze relatie, ten aanzien van de moeder op één lijn stond met een wettig kind.

(9) Onder in vitro fertilisatie wordt de techniek verstaan waarmee eicellen buiten het lichaam van de vrouw bevrucht worden. Het op die wijze ontstane embryo kan dan worden ingeplant in de baarmoeder van een willekeurige vrouw (embryo-transfer).

(10) Zie bijv. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., e.a., *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, Boekenreeks F.J.R., nr. 3, 1986, alsmede de Notitie *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20706.

(11) Rapport *Jeugdbeschermingsrecht*, 1971, 78.

(12) Zie HOLTRUST, N., *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, a.w., p. 137, ROOD-DE BOER, M., F.J.R., 1984, 232 e.v., en HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?*, rede 1988, 3/4; anders: JANSEN, I., N.J.B., 1985, 208/209; DE RUITER, J., F.J.R., 1989, 75, de werkgroep Studie problematiek rond bevruchting en afstamming, in *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, a.w., p. 26 e.v., de Notitie *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20706, nr. 2, p. 24, en het rapport *Zinvol leven*, p. 48 t/m 51.

(13) In het bijzonder blijft dus buiten beschouwing de situatie, dat noch de vrouw die het kind baart noch de wensmoeder de biologische moeder van het kind is.

- 1) de vrouw die het kind baart is de biologische moeder van het kind en had toen zij zwanger werd niet de intentie het kind na de geboorte over te dragen aan een wensmoeder;
- 2) de vrouw die het kind baart is niet de biologische moeder van het kind maar had toen zij zwanger werd de intentie het kind zelf te verzorgen en op te voeden;
- 3) de vrouw die het kind baart is de biologische moeder van het kind maar had toen zij zwanger werd de intentie het kind na de geboorte over te dragen aan de wensmoeder. We gaan uit van de (klassieke) situatie waarin de wensvader de biologische vader van het kind is;
- 4) de vrouw die het kind baart is niet de biologische moeder van het kind en had toen zij zwanger werd de intentie het kind na de geboorte over te dragen aan de wensmoeder. Hoewel medisch niet noodzakelijk, nemen we aan dat in dit geval de wensmoeder de biologische moeder van het kind is, en de wensvader de biologische vader.

2.2.4 De eerste situatie komt verreweg het meeste voor. Toepassing van de *mater semper certa est*-regel ligt voor de hand en is ook juist.

2.2.5 Voor wat betreft de tweede situatie rijst de vraag bij wie het moederschap moet berusten, bij de vrouw die de eikel gedoneerd heeft of bij de vrouw die het kind gebaard heeft. Wij zijn van mening dat ook hier toepassing van de *mater semper certa est*-regel de voorkeur verdient. De vrouw die het kind heeft gebaard heeft immers vanaf het begin de intentie gehad het kind zelf te verzorgen en op te voeden, en bovendien is — naar wij aannemen — haar echtgenoot c.q. partner de biologische vader van het kind. Men kan zich afvragen wat rechtens de positie is van de vrouw die de eikel gedoneerd heeft: is zij gelijk te stellen met een spermadonor, kan zij rechten doen gelden ten aanzien van het kind, bijvoorbeeld een omgangsrecht, en in hoeverre heeft het kind er recht op te weten wie zijn biologische moeder is? Ons inziens is het verschil tussen een mannelijke spermadonor en een vrouwelijke eiceldonor niet zodanig groot dat een verschil in rechtspositie gerechtvaardigd is⁽¹⁴⁾. Ook al komt voor het doneren van een rijpe eikel veel meer kijken dan voor het doneren van sperma, dit doet er niet aan af dat de intentie van de donor in het algemeen dezelfde zal zijn. Hoewel de Hoge Raad in 1985 heeft bepaald dat de relatie tussen een biologische vader en zijn kind beheerst wordt door art. 8 EVRM⁽¹⁵⁾, is het nog de vraag of dit ook moet gelden als er sprake is van een spermadonor of eiceldo-

(14) Anders: ROOD-DE BOER, M., *F.J.R.*, 1984, 236.

(15) H.R. 22 februari 1985, *N.J.*, 1986, 3 noot EAAL en EAA; vgl. ook H.R. 8 april 1988, *N.J.*, 1989, 170 noot EAAL.

nor(16). Een wezenlijk punt immers is het feit dat een donor er in het algemeen bewust voor kiest een kinderloos paar te helpen bij het krijgen van een kind zonder zelf iets met het kind te maken te willen hebben. Een (afgedwongen) omgangsregeling van de donor met het kind is naar onze mening in het algemeen onwenselijk. Dit zal voor het gezin waarbinnen het kind opgroeit dermate veel spanningen oproepen, dat het niet in het belang van het kind kan worden geacht(17).

2.2.6 In de derde situatie is er sprake van draagmoederschap(18): de vrouw die het kind baart doet dit voor een andere vrouw, de wensmoeder, die om (veelal) medische redenen zelf niet in staat is een kind ter wereld te brengen. We gaan ervan uit dat het kind dat de draagmoeder ter wereld brengt biologisch afstamt van de wensvader. Toepassing van de *mater semper certa est*-regel heeft tot resultaat dat de draagmoeder het juridische moederschap krijgt en haar eventuele echtgenoot het vaderschap. Het moederschap kan volgens het huidige Nederlandse recht slechts overgaan door middel van adoptie. Een argument voor toepassing van de *mater semper certa est*-regel in dit geval is dat de draagmoeder die het kind baart ook de biologische moeder van het kind is. Op grond van deze biologische band, gevoegd bij de zwangerschap en bevalling, zijn wij van mening dat het moederschap in dit geval bij de draagmoeder moet liggen. Naar onze mening zal de draagmoeder, als zij zich tijdens de zwangerschap of vlak na de geboorte bedenkt, ook niet gedwongen kunnen worden haar kind aan de wensouders af te staan. Anderzijds betekent dit, dat als de wensmoeder zich bedenkt en het kind niet meer wil, zij in deze visie niet tot aanvaarding van het kind kan worden gedwongen. De draagmoeder blijft de moeder.

Als wij er vanuit gaan dat het draagmoedercontract naar wens wordt afgewikkeld en de draagmoeder het kind na de geboorte aan de wensouders overdraagt, zal de wensmoeder voor het krijgen van het moederschap de weg van adoptie moeten volgen. Ditzelfde geldt in de meeste gevallen voor de wensvader. Dit is geen gemakkelijke weg. In dit soort situaties wordt dan ook nogal eens gefraudeerd met de

(16) Vgl. Rb. Utrecht 8 november en 14 december 1988, *N.J.*, 1989, 237, alsmede VAN WAMELEN, C., *N.J.B.*, 1989, 413 en PESSERS, D., *N.J.B.*, 1989, 415/416.

(17) Vgl. de Notitie *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, Tweede Kamer vergaderjaar 1988-1989, 20706, nr. 4, p. 9.

(18) Zie BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, A.M.L., *Draagmoederschap, civielrechtelijke aspecten van kunstmatige voortplanting*, in *Personenrecht in beweging* (1988), 11 e.v., en *F.J.R.*, 1989, p. 31/32, en het advies van de Gezondheidsraad d.d. 16 oktober 1986, *Kunstmatige voortplanting*, 91 e.v.

aangifte van het kind na de geboorte: de wensouders geven het kind aan bij de burgerlijke stand als hun eigen kind. In deze gevallen zou een versoepeling van de *mater semper certa est*-regel wellicht uitkomst voor alle betrokkenen kunnen bieden. Een mogelijke oplossing zou zijn dat de draagmoeder het moederschap, bijvoorbeeld tegelijk met de aangifte van de geboorte van het kind, bij de burgerlijke stand zou kunnen overdragen aan de wensmoeder, die het tegelijkertijd aanvaardt. Aan de overdracht van het moederschap zou automatische overgang van het vaderschap gekoppeld kunnen worden. Ervan uitgaande, dat de wensvader ook de biologische vader is (en de situatie dus met zijn instemming en medewerking tot stand is gekomen) zal hij zich tegen deze overgang niet kunnen verzetten. De rechtszekerheid voor het kind, een argument ter verdediging van de *mater semper certa est*-regel, komt op deze wijze niet in het gedrang. Er bestaat ook geen risico dat het kind moederloos wordt. Het krijgt na overdracht van het moederschap de vrouw als moeder die naar mag worden aangenomen jaren naar het kind heeft verlangd en die het kind ook opvoedt en verzorgt als het hare. Dat zij niet de biologische moeder van het kind is vinden wij niet zo belangrijk. Dat zij het kind niet zelf gebaard heeft vinden we evenmin een sterk argument om haar het moederschap te onthouden. Uiteraard is het negen maanden dragen van een kind en de bevalling niet iets om lichtvaardig over te denken. Dit rechtvaardigt ook dat de *mater semper certa est*-regel uitgangspunt blijft voor het moederschap. Anderzijds mag o.i. echter ook niet voorbij worden gegaan aan het verdriet en het verlangen naar een kind aan de zijde van de wensouders. Ook zij zijn — al is het dan figuurlijk — negen maanden in verwachting geweest. Een soepeler regeling van het moederschap zou naar onze mening in het belang van alle betrokkenen zijn, en niet in de laatste plaats in het belang van het kind. Door voor overdracht van het moederschap bij de geboorte de eis te stellen dat de wensvader de biologische vader van het kind is kan worden voorkomen dat deze regeling oneigenlijk wordt gebruikt als een vereenvoudigde adoptieregeling voor iedereen.

2.2.7 De vierde situatie betreft een draagmoeder die een kind ter wereld brengt dat biologisch verwant is met zowel de wensmoeder als de wensvader. In dit geval is de huidige regeling dubbel schrijnend voor de wensmoeder. Zij wordt gedwongen het kind dat niet alleen voor haar gevoel maar ook in werkelijkheid haar kind is te adopteren. Ditzelfde geldt (zoals ook in de derde situatie) in de meeste gevallen voor de wensvader. De door ons geopperde mogelijkheid

van overdracht van het moederschap kan ook hier uitkomst bieden. Wij zijn van mening dat als in zo'n geval de draagmoeder na de geboorte overdracht van het moederschap en afgifte van het kind aan de wensouders weigert, zij hiertoe gedwongen moet kunnen worden(19). Als de wensmoeder het moederschap niet wil aanvaarden zou zij naar onze mening daartoe moeten worden verplicht. Ervan uitgaande dat het kind een moeder moet hebben, lijkt de keus tussen draagmoeder en wensmoeder hier op de wensmoeder te moeten vallen. Het feit, dat de draagmoeder in beginsel de moeder is, houdt overigens wel in, dat als er bij de geboorte van het kind geen wensmoeder is aan wie het kind kan worden overgedragen (de wensmoeder is bijv. overleden tijdens de zwangerschap van de draagmoeder) de draagmoeder moeder blijft.

2.2.8 De regeling van de afstamming is naar onze mening van openbare orde en kan derhalve niet het onderwerp zijn van contractuele afspraken. Wel kunnen o.i. bij een draagmoedercontract financiële afspraken worden gemaakt. Deze kunnen echter niet verder gaan dan een vergoeding van de onkosten en eventueel een bescheiden vergoeding voor de lichamelijke ongemakken en risico's die een zwangerschap voor de draagmoeder meebrengt(20).

2.3 Conclusie

Met het bovenstaande hebben wij getracht aan te geven dat de wettelijke regeling van het moederschap aan herziening toe is. Zoals reeds in de Inleiding werd opgemerkt, hebben wij geen oordeel willen geven over het verschijnsel draagmoederschap als zodanig. Ook wij zien de vele problemen die hierbij kunnen ontstaan, bijvoorbeeld als de draagmoeder zich tijdens de zwangerschap of bij de bevalling bedenkt, of als de wensouders zich bedenken, of als het kind voor of bij de geboorte een handicap blijkt te hebben. Draagmoederschap komt echter in onze maatschappij voor, zij het — voor zover bekend — nog in zeer geringe mate(21). Gezien de versoepeling van de maatschappelijke normen, de toenemende medische mogelijkheden en de sterke afname van adoptiemogelijkheden van kinderen uit het buitenland zal er echter rekening mee moeten worden gehouden dat het verschijnsel draagmoederschap eerder toe dan af zal nemen.

(19) Vgl. ook HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?*, rede 1988, p. 3.

(20) Anders: *Zinvol leven*, p. 53.

(21) Zie het advies van de Gezondheidsraad d.d. 16 oktober 1986, *Kunstmatige voortplanting*, p. 91.

Strafbaarstelling van draagmoederschap noch nietigverklaring van draagmoederschapscontracten zal hier verandering in kunnen brengen; daarvoor is bij veel mensen het verlangen naar een kind te groot. Door de vele problemen die gepaard kunnen gaan met draagmoederschap is de kans dat uiteindelijk de rechter wordt ingeschakeld niet gering(22). Een verantwoorde en doordachte wettelijke regeling van het draagmoederschap heeft als voordeel dat de wetgever het verschijnsel draagmoederschap in de hand kan houden en reguleren, dat het aantal te verwachten problemen rond draagmoederschap wordt verminderd en de rechtszekerheid wordt vergroot(23). Vooral nog ziet het er echter niet naar uit dat de wetgever van plan is het draagmoederschap te regelen, afgezien van een strafbaarstelling van commerciële bemiddeling(24). Het is in het belang van het kind dat snel duidelijk is wie zijn (juridische) ouders zijn die hem zullen verzorgen en opvoeden. In onze voorstellen wordt de mater semper certa est-regel in beginsel gehandhaafd, maar wordt een zodanige versoepeling bepleit, dat ook aan de positie van de wensouders recht wordt gedaan, terwijl de rechtszekerheid voor het kind er niet door vermindert.

3 VADERSCHAP

3.1 *Familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind*

3.1.1 Ten aanzien van het vaderschap geldt voor kinderen die geboren worden binnen een huwelijk dat zij de echtgenoot van hun moeder tot vader hebben(25). Zij staan tot beide ouders in familie-

(22) In de Verenigde Staten (New Jersey) heeft zich reeds een dergelijke zaak voorgedaan, de bekende Baby M-zaak. Zowel in eerste instantie als in hoger beroep werd het kind aan de wensouders toegewezen. Als criterium werd het belang van het kind gehanteerd. De zienswijze van het Superior Court en het Supreme Court van de staat New Jersey ten aanzien van de geldigheid van het draagmoederschapscontract verschilde echter totaal. Het Superior Court achtte het recht om zich voort te planten met behulp van draagmoederschap een grondwettelijk beschermd recht op grond van het 14th Amendment of the United States Constitution, terwijl het Supreme Court het draagmoederschapscontract nietig achtte wegens strijd met de wet en de goede zeden van de staat New Jersey. In de V.S. verschillen de denkbeelden en wetgeving ten aanzien van draagmoederschap per staat. Zowel algehele nietigheid als afdwingbaarheid van het draagmoederschapscontract komt voor. Zie BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, A.M.L., *N.J.B.*, 1987, p. 887 e.v. en *F.J.R.*, 1988, p. 234 e.v.

(23) Zie ook het rapport van de Nederlandse Gezinsraad, *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, maart 1989, p. 8; anders: het rapport *Zinvol leven van het CDA*, september 1988, p. 51 e.v. en BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, A.M.L., *F.J.R.*, 1989, p. 98.

(24) Zie de Notitie *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, nr. 20706, p. 35/36.

(25) Art. 197 Boek 1 B.W.

rechtelijke betrekking. De echtgenoot kan in bepaalde gevallen het vaderschap ontkennen.

3.1.2 Kinderen geboren buiten huwelijk hebben alleen een juridische vader als zij door een man zijn erkend⁽²⁶⁾. Door erkenning ontstaan er familierechtelijke betrekkingen tussen de man en het kind. Het is niet noodzakelijk dat de man die het kind erkent ook de biologische vader van het kind is.

3.1.3 Bij het moederschap zagen wij dat naar huidig recht tussen een moeder en haar kind altijd familierechtelijke betrekkingen bestaan. Dit geldt niet voor het vaderschap. Niet alleen ontstaan pas familierechtelijke betrekkingen tussen een vader en zijn buiten huwelijk geboren kind als hij het kind erkent, maar bovendien wordt in enkele gevallen erkenning door de wet verboden. Zo zijn familierechtelijke betrekkingen tussen een vader en zijn kind niet mogelijk als het kind is geboren uit overspel of uit een incestueuze relatie. Erkenning is in deze gevallen nietig⁽²⁷⁾. Dit was in het verleden en is ook thans nog onderwerp van veel discussie.

3.1.4 Het verbod voor een gehuwde man om zijn overspelige kind te erkennen wordt in de Memorie van Toelichting op het wetsontwerp Herziening van het afstammingsrecht gemotiveerd door te wijzen op de nadelige gevolgen voor de kinderen binnen het eigen gezin van de vader, de te verwachten spanningen binnen het huwelijk van de vader, het feit dat van een volwaardig vaderschap geen sprake zal zijn en het mogelijk oneigenlijk gebruik van de erkenningsprocedure in het kader van adoptie van buitenlandse kinderen⁽²⁸⁾. Dit laatste heeft te maken met het feit dat het kind bij erkenning de Nederlandse nationaliteit krijgt. Deze argumenten zijn naar onze mening niet overtuigend. De man zelf is degene die het beste kan beoordelen of en in hoeverre zijn huwelijk en zijn gezin door een erkenning van zijn overspelige kind nog meer geschaad worden dan ze door de geboorte van het kind al zijn. Bovendien verhindert het verbod tot erkenning niet dat de man wel verplicht is tot het verschaffen van levensonderhoud aan zijn overspelige kind. Opmerkelijk is voorts, dat bij de in het wetsontwerp geïntroduceerde staatprocedure geen uitzondering wordt gemaakt ten aanzien van overspelige kinderen; zie ook par. 3.4.7.

Het verbod tot erkenning kan ook ten nadele van het huwelijk van

(26) Art. 221 Boek 1 B.W.

(27) Art. 224 Boek 1 B.W.

(28) MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20 626, nr. 3, p. 11.

de man werken. Na echtscheiding kan de man zijn kind immers wel (alsnog) erkennen. Als er sprake is van draagmoederschap gaan de genoemde argumenten ten aanzien van erkenning van het kind door de biologische wensvader al helemaal niet op.

Het belangrijkste is echter dat het in het belang van het kind is dat het naast een moeder ook een vader heeft. Een overspelig kind vormt hierop geen uitzondering. Als een gehuwde man een kind krijgt bij een andere vrouw en hij wil hiervoor de verantwoordelijkheid aanvaarden en het kind erkennen, dan moet dit in het belang van het kind mogelijk zijn. Uiteraard is het kind het meest gebaat bij een vader die ook feitelijk het vaderschap vervult. Of dit bij een overspelig kind altijd het geval zal zijn kan betwijfeld worden. Dit mag echter geen reden zijn om erkenning te verbieden met als gevolg dat tussen het kind en zijn biologische vader geen familierechtelijke betrekkingen kunnen ontstaan(29). Betwijfeld kan bovendien worden of het verbod tot erkenning in overeenstemming is met het Marckx-arrest(30).

In vele van de ons omringende landen, waaronder Duitsland, Frankrijk, Italië en Zwitserland en sinds kort ook België, is het verbod tot erkenning van een overspelig kind opgeheven(31). Het Europees verdrag inzake de rechtspositie van onwettige kinderen van 15 oktober 1975 bepaalt in artikel 3 dat het ontstaan van vaderschap door erkenning in alle gevallen moet worden toegestaan, derhalve ook in geval van overspelige of incestueuze kinderen(32). Nederland is geen partij bij dit verdrag.

In het voorontwerp Herziening van het afstammingsrecht werd deze nietigheidsgrond voor erkenning in navolging van het advies van de commissie Wiarda(33) geschrapt, en werd erkenning van een overspelig kind mogelijk gemaakt. In het definitieve wetsontwerp is de klok echter weer teruggedraaid en wordt het huidige recht gehand-

(29) Zie ook de Commissie Wiarda in haar rapport *Jeugdbeschermingsrecht*, 1971, p. 82/83, DE BOER, J., c.s., *Het EVRM en het Nederlandse en Belgische personen-, familie- en jeugdrecht*, 1987 p. 22, JANSEN, I., *F.J.R.*, 1988, p. 245, HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?*, rede 1988, p. 9, en DE HILSTER, E.A.M., *H.P.S.*, 1989, p. 15. Vóór handhaving van het verbod tot erkenning zijn DE HONDT, W.A. en HOLTRUST, N., *F.J.R.*, 1982, p. 217/218, en DELFOS, G. en DOEK, J.E., *Vaderschap afstamming en adoptie*, 1982, p. 34/35.

(30) Zie HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *Beginnelsen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen 1981, p. 68/69.

(31) Zie PAUWELS, J.M., *F.J.R.*, 1981, p. 186 en voor België GERLO, J. en TRAESE, G., *T.P.R.*, 1987, p. 1101 e.v.

(32) Zie JANSEN, I., *A.A.*, 1979, p. 368/369, en DELFOS, G. en DOEK, J.E., *Vaderschap afstamming en adoptie*, 1982, p. 61 e.v.

(33) Rapport *Jeugdbeschermingsrecht*, 1971, p. 82/83.

haafd. Wat ons betreft verdient het voorontwerp op dit punt de voorkeur.

3.1.5 Het verbod tot erkenning van een incestueus kind is zowel gegrond op strijd met de openbare orde en de goede zeden als op het belang van het kind(34). Ook op dit punt sluit het wetsontwerp Herziening van het afstammingsrecht aan bij het huidige recht. Aangenomen wordt dat een kind beter af is zonder vader als met een vader die tevens zijn grootvader of oom is. Hier zijn wij het mee eens. De nadelen die voor een incestueus kind kunnen ontstaan door erkenning zijn zo groot dat in dit geval afwijking van het beginsel dat elk kind zoveel mogelijk een vader dient te hebben gerechtvaardigd is. Ook het belang van de moeder speelt hier een rol. Voor een vrouw die het slachtoffer is geweest van incest waaruit een kind geboren wordt kan het psychisch ondraaglijk zijn als de vader (in veel gevallen haar vader of broer) het kind erkent. Het is echter mogelijk dat het kind zelf, op een bepaalde leeftijd gekomen, graag erkend wil worden, bijvoorbeeld als er tussen zijn ouders geen genetische verwantschap bestaat. In dit geval moet erkenning met toestemming van zowel het kind als de moeder ons inziens mogelijk zijn(35). Erkenning van incestueuze kinderen is mogelijk in bijvoorbeeld Duitsland en Zwitserland. Italië kent de mogelijkheid van erkenning na rechterlijke toelating(36).

3.2 *Erkenning: waarheidshandeling of rechtshandeling?*

3.2.1 De vraag of erkenning een waarheidshandeling moet zijn (alleen de biologische vader kan erkennen) dan wel een rechtshandeling (ook een man die niet de biologische vader is kan erkennen) heeft al vele jaren de gemoederen in Nederland beziggehouden. Men neemt in het algemeen aan, dat in tegenstelling tot de meeste andere West-Europese landen de erkenning in Nederland het karakter van een rechtshandeling heeft. Dit houdt o.m. in, dat de erkenning geen terugwerkende kracht heeft. Het kind staat met zijn vader in familierechtelijke betrekking vanaf het moment van erkenning(37). In veel

(34) Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20626, nr. 3, p. 17.

(35) Zie DE BOER, J., *c.s., a.w.*, p. 22 (zie noot 29), PATTIJN, H., *F.J.R.*, 1984, p. 152, en HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?*, rede 1988, p. 7/8.

(36) Zie PAUWELS, J.M., *F.J.R.*, 1981, p. 186.

(37) Art. 222 Boek 1 B.W.

andere landen heeft de erkenning terugwerkende kracht tot aan de geboorte van het kind(38).

3.2.2 Dat de erkenning door de Nederlandse wetgever als een rechtshandeling wordt beschouwd, kwam voor het eerst duidelijk tot uitdrukking bij de totstandkoming van de Kinderwet van 1947(39). Bij de invoering van Boek 1 Nieuw BW is dit nogmaals benadrukt en is de mogelijkheid om de erkenning te betwisten in de wet vervangen door de mogelijkheid de erkenning te doen vernietigen(40). In 1988 werd in het kader van de notitie Schijnerkenningen(41) en de notitie Adoptie anders dan door een echtpaar(42) het vraagstuk van het karakter van de erkenning nogmaals door de minister aan de orde gesteld. De Tweede Kamer sprak zich toen in meerderheid uit voor handhaving van de erkenning als rechtshandeling. Mede op grond hiervan is in het wetsontwerp Herziening van het afstammingsrecht de erkenning als rechtshandeling gehandhaafd(43). De term erkenning is in het wetsontwerp vervangen door de term aanvaarding van het vaderschap. Voor de duidelijkheid echter blijven wij hier spreken van erkenning.

De laatste jaren wordt in de literatuur steeds meer gepleit voor aanpassing van onze wetgeving aan de rest van Europa en aan het Europees Verdrag van 1975 inzake de rechtspositie van onwettige kinderen(44), door aanvaarding van de erkenning als waarheidshandeling(45).

3.2.3 Het praktische verschil tussen erkenning als rechtshandeling en erkenning als waarheidshandeling is veel minder groot dan men op het eerste gezicht geneigd zou zijn te denken. Veel rechtssystemen, waaronder ook het Nederlandse, hebben zowel kenmerken van het rechtshandelingsbeginsel als van het waarheidshandelingsbeginsel, bijv. dat in de praktijk de mogelijkheid van erkenning bestaat door een man die niet de biologische vader is. Het verschil tussen de systemen is gelegen in de nadruk die men legt op de biologische

(38) Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20626, nr. 3, p. 13 e.v.

(39) Kamerstukken II, zitting 1939-1940, 55, no. 7, blz. 3/4.

(40) Art. 225 Boek 1 B.W. Zie Parlementaire Geschiedenis Boek 1 N.B.W. p. 557.

(41) Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20436.

(42) Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20547.

(43) Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20626, nr. 3, p. 14.

(44) Zie over dit verdrag JANSEN, I., A.A., 1979, p. 364, met name p. 372/373.

(45) Zie DOEK, J.E., *F.J.R.*, 1981, p. 197, HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W., *N.J.B.*, 1982, p. 704 e.v., MINKENHOF, A.A.L., *N.J.B.*, 1982, p. 826 e.v., NOTA, J.A., *N.J.B.*, 1982, p. 1138/1139, JANSEN, I., *H.P.S.*, 1983, p. 9 e.v. en *F.J.R.*, 1988, p. 241 e.v., en PATTIJN, H., *F.J.R.*, 1984, p. 146 e.v. Anders: ASSER-DE RUITER, I, 13e druk 1988, p. 116/117.

waarheid. Afgezien van de al dan niet terugwerkende kracht van de erkenning komt dit verschil voornamelijk tot uiting in de kring van personen die de erkenning kunnen aantasten, en de voorwaarden die hiervoor gelden.

J. de Ruiter heeft in zijn bijdrage aan de M. Rood-de Boer bundel, „Met het oog op het belang van het kind” (1988), p. 43 e.v. naar onze mening overtuigend aangetoond, dat het hier een overleefde discussie betreft. Waar het in wezen om gaat is de vraag, welke oplossingen de wetgever kiest voor de conflicterende belangen van de moeder, het kind, de man die het vaderschap op zich wil nemen en de biologische vader. De keuze van de wetssystematiek zou moeten worden bepaald door de wetseconomie, d.w.z. door de wijze waarop de gewenste oplossingen het eenvoudigst zijn te bereiken en niet door dogmatische vooronderstellingen, die de wetgeving node-loos ingewikkeld kunnen maken. Een voorbeeld hiervan uit de literatuur lijkt ons de keuze voor de erkenning als waarheidshandeling, met het voorstel om daarnaast de sociale vader de mogelijkheid te geven om het ouderschap c.q. het tweede vaderschap te aanvaarden(46). Naast de reeds bestaande regelingen inzake erkenning, adoptie en voogdij betekent dit voorstel slechts een onnodige extra complicatie. Het is naar onze mening een betere weg om het onderscheid rechtshandeling/waarheidshandeling te laten voor wat het is, en ons te concentreren op de vraag welke wetgeving het meeste recht doet aan hetgeen wij in de praktijk willen bereiken(47).

In België is het aantal personen dat de erkenning kan betwisten bij de recente wetswijziging beperkt en de voorafgaande toestemming van de moeder en/of het kind ingevoerd(48). Volgens P. Senaève betekent dit dat, naar Nederlandse terminologie — die dus blijkbaar tot dusver in België niet in zwang was — in België de erkenning van waarheidshandeling tot rechtshandeling is geworden(49).

De keuze in het verleden voor rechtshandeling boven waarheidshandeling is in hoge mate beïnvloed door het feit dat Nederland tot 1956 geen goede adoptieregeling had en men de buiten huwelijk geboren kinderen toch zoveel mogelijk een vader wilde geven. In het huidige Nederlandse recht staat adoptie alleen open voor echtparen. Ver-

(46) Vgl. PATTIJN, H., *F.J.R.*, 1984, p. 148 en HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W., *N.J.B.*, 1982, p. 706.

(47) In dezelfde zin DE RUITER, J., *M. Rood-de Boer bundel*, p. 49.

(48) Zie SENAËVE, P., *F.J.R.*, 1987, p. 184 en GERLO, J. en TRAEST, G., *T.P.R.*, 1987, p. 1074 e.v.

(49) SENAËVE, P., *F.J.R.*, 1987, p. 183.

wacht mag echter worden dat in de nabije toekomst ook éénoudera-doptie mogelijk wordt(50). Het is dus alleszins gerechtvaardigd om ook de mogelijkheden van adoptie in de discussie over het meest wenselijke systeem van erkenning te betrekken. Wij hebben daar niettemin van afgezien, omdat een meer volledige behandeling van het onderwerp de grenzen van dit preadvies te buiten zou gaan.

3.3 *Toestemming moeder en kind*

3.3.1 Voor de totstandkoming van een geldige erkenning is volgens de huidige Nederlandse wet de toestemming van de moeder nodig(51). Dit vereiste is in het Burgerlijk Wetboek van 1838 opgenomen met het volgende argument(52):

„De reden is zeer eenvoudig en op de zedelijkheid gegrond. Wanneer toch een manspersoon, zonder toestemming der vrouw, die een natuurlijk kind heeft ter wereld gebragt, zich als vader van dat kind kon erkennen, zoude iedere vrouw, welke eene zwakheid heeft gehad, zijn blootgesteld, dat uit haat, nijd of andere inzigten, iemand van eene mindere klasse, ja zelfs een in de maatschappij geschandvlekt persoon, zich gedurende haar leven, als den vader van haar kind zoude kunnen opgeven, hetgeen zoowel de eer van de moeder als het belang des kinds zoude kunnen krenken, en het huwelijk van eerstgemelde met den waren vader, zoude kunnen verhinderen”.

3.3.2 Na het Marckx-arrest rees in Nederland twijfel of die vereiste wel in overeenstemming was met art. 8 EVRM: de biologische vader was voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen met zijn kind immers geheel afhankelijk van de wil van de moeder(53). In het Voorontwerp van wet Herziening van het afstammingsrecht uit 1981 werd het vetorecht van de moeder nog onverkort gehandhaafd. De MvT vermeldt(54):

„Naar mijn oordeel moet het niet mogelijk zijn dat een man een kind erkent tegen de wens van de moeder. Het is vanuit de positie van de moeder niet aanvaardbaar dat een man zich tegen haar wil in een rechtsverhouding tot het kind brengt.”

(50) Zie de notitie *Adoptie anders dan door een echtpaar*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20 547.

(51) Art. 224 lid 1 sub d Boek 1 B.W.

(52) Voorduin II, 561.

(53) HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W., *N.J.B.*, 1982, p. 705, JANSEN, I., *H.P.S.*, 1983, p.12/13 en *N.J.B.*, 1985, p. 209/210, MINKENHOF, A.A.L., *W.P.N.R.*, 5619, p. 507 en *N.J.B.*, 1982, p.829/830, DE BOER, J., *c.s., a.w.*, (zie noot 29) p. 22.

(54) MvT Voorontwerp van wet Herziening van het afstammingsrecht, p. 16.

3.3.3 Op 8 april 1988 gaf de Hoge Raad een belangrijke beslissing(55). De Hoge Raad overwoog:

„3.3 Voor een man en voor het kind waarvan hij de biologische vader is en tot hetwelk hij in een als *vie familiale/family life* in de zin van art. 8 lid 1 EVRM aan te merken relatie staat, ligt in deze verdragsbepaling besloten dat zij in beginsel over en weer aanspraak erop hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend als familierechtelijke rechtsbetrekking. Dit brengt..... mee dat aan een zodanige vader in beginsel de mogelijkheid van erkenning van het kind niet kan worden onthouden. Wel kan het in een democratische samenleving nodig zijn deze mogelijkheid in te perken, o.m. ter bescherming van de rechten van de andere bij het vestigen van familierechtelijke betrekkingen onmiddellijk betrokkenen, het kind en zijn moeder. Of zulks het geval is en tot welke beperkingen afweging van de betrokken rechten leidt, staat in de eerste plaats ter beoordeling van de wetgever..... In afwachting van die wetgeving moet evenwel worden aangenomen dat met die verdragsbepaling in elk geval niet valt te verenigen dat de mogelijkheid tot erkennen wordt beperkt door een niet voor rechterlijke toetsing vatbaar vetorecht van de moeder van het kind. Een redelijke, met art. 8 EVRM rekening houdende uitleg van het huidige recht brengt daarom mede dat, ook al weigert de moeder de daartoe vereiste toestemming,..... toch een rechtsgeldige erkenning tot stand kan komen wanneer de weigering van de moeder om toestemming tot erkenning te verlenen slechts kan worden opgevat als misbruik van (haar) bevoegdheid”.

3.3.4 In het definitieve wetsontwerp *Herziening van het afstammings-recht* is het absolute vetorecht van de moeder verdwenen. Als de biologische vader zijn kind wil erkennen en de moeder weigert haar toestemming — in het wetsontwerp wordt de term *instemming* gebruikt — dan kan hij de kinderrechter verzoeken om vervangende toestemming(56). De kinderrechter is verplicht deze te geven, tenzij dit ernstig nadeel oplevert voor de geestelijke en lichamelijke gezondheid van het kind. Hiervan kan, aldus de MvT, ook sprake zijn bij hevig verzet van de moeder tegen de erkenning waarbij gevreesd moet worden dat het kind hiervan de dupe zal worden. Dit laatste betekent overigens wel dat de moeder die zich beheerst en haar gevoelens niet op het kind wil afreageren wat betreft de erkenning aan het kortste eind trekt.

(55) H.R. 8 april 1988, *N.J.*, 1989, 170 noot EAAL.

(56) W.o. 20626 art. 210.

3.3.5 Het valt op dat de regering, anders dan vroeger, het belang van de moeder thans kennelijk ondergeschikt acht aan dat van het kind en de biologische vader. Dit in tegenstelling tot de Hoge Raad overigens, die het belang van de moeder uitdrukkelijk noemt naast dat van het kind. Deze ontwikkeling vinden wij onwenselijk(57). Weliswaar sluiten wij ons aan bij de gedachte dat de moeder niet onder alle omstandigheden de erkenning van haar kind door de biologische vader moet kunnen tegenhouden(58), maar het belang van de moeder dient niet geheel aan de kant te worden geschoven. Ook als er sprake is van ernstig lichamelijk of psychisch leed bij de moeder moet de kinderrechter zijn vervangende toestemming kunnen weigeren. Te denken valt onder andere aan kinderen die geboren zijn als gevolg van zedendelicten(59). In die gevallen dient het belang van de moeder niet ondergeschikt te zijn aan dat van de man door wie zij verkracht is, ook al is hij de biologische vader van het kind. De vraag is of men in dergelijke gevallen de moeder tot een procedure mag dwingen waarin belangen worden afgewogen, m.a.w. of de man niet zonder meer niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard. De formulering van het wetsontwerp, dat de kinderrechter zijn vervangende toestemming slechts mag weigeren als er sprake is van ernstig nadeel voor de geestelijke en lichamelijke gezondheid van het kind achten wij veel te ruim. Afdoende moet zijn dat de erkenning niet in het belang van het kind is. Ernstig nadeel is soms moeilijk aan te tonen.

3.3.6 In de literatuur wordt door sommigen verdedigd dat ook de sociale vader, die een feitelijk gezinsleven heeft met het kind, aan art. 8 EVRM het recht op erkenning tegen de wil van de moeder zou kunnen ontlenen(60). Dit zouden wij slechts voor zeer uitzonderlijke gevallen willen aannemen. Met erkenning tegen de wil van de moeder moet voorzichtig worden omgesprongen. Het is niet in het belang van het kind om onderwerp van geschil te zijn tussen zijn moeder en zijn sociale vader. Ook mag niet uit het oog worden verloren dat een erkenning in Nederland weliswaar geen directe gevolgen heeft voor het gezag over het kind, maar dat de moeder het wellicht wel als een

(57) Anders JANSEN, I., *F.J.R.*, 1988, p. 243; zie ook PATTIJN, H., *F.J.R.*, 1984, p. 152/153, die de verwekker te allen tijde het recht tot erkenning wil toekennen, zonder toestemmingsseis van moeder of kind en ongeacht het belang van het kind.

(58) Anders HOLTRUST, N., *N.J.B.*, 1985, p. 203, en DE HONDT, W.A., en HOLTRUST, N., *F.J.R.*, 1982, p. 216/217.

(59) In dezelfde zin MINKENHOF, A.A.L., *N.J.B.*, 1982, p. 829/830.

(60) Zie HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?*, rede 1988, p. 10/11, en DOEK, J.E., *F.J.R.*, 1985, p. 221. Anders ASSER-DE RUITER, I, nr. 173.

bedreiging zal ervaren dat de vader te zijner tijd kan trachten de voogdij over het kind te krijgen. Als erkenning tegen de wil van de moeder ook voor de sociale vader mogelijk zou worden, zouden vrouwen er wellicht voor terugschrikken een vaste relatie aan te gaan met iemand die veel om het kind geeft. De biologische vader heeft op grond van zijn bloedverwantschap met het kind een duidelijk sterkere positie dan de sociale vader. Voor de sociale vader zou „stiefouderadoptie” mogelijk moeten worden gemaakt(61).

Het kan echter voorkomen dat er een zodanige band is tussen de sociale vader en het kind dat deze op één lijn gesteld kan worden met bloedverwantschap. Te denken valt bijvoorbeeld aan de sociale vader die ten tijde van de conceptie samenleefde met de moeder en met wiens toestemming en goedkeuring kunstmatige inseminatie heeft plaatsgehad. In deze gevallen moet de sociale vader o.i. op gelijke wijze als de biologische vader een recht op erkenning hebben, eventueel via een vereenvoudigde adoptieregeling als bedoeld is in punt 2.2.6 slot.

3.3.7 Ten aanzien van de positie van het kind kan worden opgemerkt dat naar huidig recht voor een erkenning mede de toestemming van het kind vereist is als de erkenning geschiedt tijdens de meerderjarigheid van het kind. In het nieuwe wetsontwerp is deze toestemming vereist vanaf het 12e levensjaar van het kind. Ook in dit geval kan de biologische vader de kinderrechter om vervangende toestemming vragen. De vraag, die ook in de Tweede Kamer gesteld is(62), is of 12 jaar niet erg jong is voor een dergelijke beslissing. In het Voorontwerp van wet Herziening van het afstammingsrecht was de leeftijd waarop het kind een instemmingsrecht krijgt in overeenstemming met de regeling in het adoptierecht bepaald op 15 jaar. Ons inziens verdient het de voorkeur het kind vanaf 12 jaar een hoorrecht en vanaf 15 jaar een instemmingsrecht toe te kennen. Als het kind eenmaal instemmingsrecht heeft moet het naar onze mening zelf over zijn erkenning kunnen beslissen en moet de toestemmingsvereiste van de moeder wijken voor dat van het kind(63).

(61) Zie over deze mogelijkheid de Notitie *Adoptie anders dan door een echtpaar*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20 547, nr. 2, 18/19.

(62) Tweede Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 20 626, nr. 5, p. 13 e.v.

(63) Zie ook DE HONDT, W.A. en HOLTRUST, N., *F.J.R.*, 1982, p. 216/217.

3.4 *Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap*

3.4.1 In het Oud-Vaderlandse recht waren er weliswaar geen familie-rechtelijke betrekkingen mogelijk tussen een vader en zijn onwettig kind, maar de vader was wel verplicht tot het verschaffen van levensonderhoud. In 1811 kwam aan deze regeling een einde, toen de Code Napoleon werd ingevoerd die elk onderzoek ten aanzien van het vaderschap verbood(64). De verplichting voor een vader tot het verschaffen van levensonderhoud aan zijn onwettig kind werd in 1909 weer in de Nederlandse wet ingevoerd(65), de zogenaamde vaderschapsactie. Tegelijkertijd werd de mogelijkheid geopend voor de vrouw die het slachtoffer was geworden van een zedendelict waaruit een kind was geboren, om het vaderschap van de verwekker gerechtelijk te laten vaststellen. In tegenstelling tot de vaderschapsactie, die slechts een verplichting tot het verschaffen van levensonderhoud tot gevolg had, werden in dit laatste geval familierechtelijke betrekkingen gevestigd tussen vader en kind. Het zal geen verbazing wekken dat er weinig vrouwen waren die van deze laatste regeling gebruik maakten(66). Dit heeft ertoe geleid dat deze zogenaamde staatprocedure in 1970 in Nederland is afgeschaft. In de landen om ons heen was er juist een tendens de mogelijkheden van de staatprocedure te verruimen(67).

3.4.2 De Commissie Wiarda wees in haar rapport van 1971(68) herinvoering van de staatprocedure af. Een afwijkend standpunt werd ingenomen door de voorzitter van deze commissie, de heer Wiarda, die ervoor pleitte dat buiten huwelijk geboren kinderen het recht krijgen zich door middel van een staatprocedure een vader in juridische zin te verschaffen. In het Voorontwerp van wet Herziening van het afstammingsrecht wordt het standpunt van Wiarda verworpen. De regering wijst erop dat het kind geen enkel belang heeft bij een vader die geen sociale band met het kind heeft. In het definitieve wetsontwerp echter is de regering op dit standpunt teruggekomen. De MvT vermeldt(69):

”.... na heroverweging van het vraagstuk van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.... zijn wij tot de conclusie geko-

(64) Zie VLAARDINGERBROEK, P., *F.J.R.*, 1986, p. 124 e.v.

(65) Wet van 16 november 1909, Stb. 363.

(66) OVERDIEP, G., *Rechtsbescherming van de feitelijke verhouding tussen het onwettige kind en zijn ouders*, 1955, p. 214 en 494/495.

(67) Zie JANSEN, I., *A.A.*, 1979, p. 370.

(68) Rapport *Jeugdbeschermingsrecht*, 1971, p. 79 e.v.

(69) Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20626, nr. 3, p. 18.

men dat vanuit een oogpunt van gelijkberechtiging en, gezien ook de interpretaties van het Europese Hof met betrekking tot het EVRM in de zaak Marckx, naast de huidige actie van artikel 394 (vaderschapsactie) voorzien zou moeten worden in een «echte» procedure tot vaststelling van het vaderschap, waardoor derhalve tussen vader en kind familiebanden worden gecreëerd. Het zal duidelijk zijn dat ook het instellen van deze actie alleen mogelijk zal zijn indien het desbetreffende kind geen vader, in juridische zin, (meer) heeft.”

3.4.3 De aan de staatprocedure verbonden rechtsgevolgen zijn, evenals in de meeste ons omringende landen(70), beperkt. Behalve ten aanzien van de vestiging van familierechtelijke betrekkingen heeft de staatprocedure gevolgen ten aanzien van het onderhoud(71) en het erfrecht, echter niet ten aanzien van de naam(72) of het gezag. De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap heeft gevolg met ingang van de dag waarop de beschikking van de rechter in kracht van gewijsde is gegaan(73).

3.4.4 In de literatuur is de herinvoering van de staatprocedure omstreden(74). Aangevoerd wordt dat het niet in het belang van het kind is om een louter juridische vader opgedrongen te krijgen. Bovendien vormt een eenmaal gevoerde staatprocedure een belemmering voor een latere erkenning door een andere man, die wel bereid is het vaderschap feitelijk te vervullen. Deze is dan aangewezen op de mogelijkheid van stiefouderadoptie. Ook wordt verdedigd dat in vergaande mate hetzelfde resultaat zou kunnen worden bereikt door de huidige vaderschapsactie aan te passen en te verruimen(75).

3.4.5 O.i. moet echter niet uit het oog worden verloren dat het voeren van een staatprocedure een geheel vrijwillige keuze is, die tijdens de minderjarigheid van het kind aan de moeder dan wel de wettelijk vertegenwoordiger van het kind en daarna aan het kind zelf

(70) Zie JANSEN, I., A.A., 1979, p. 370/371 en PAUWELS, J.M., *F.J.R.*, 1981, p. 187/188.

(71) Deze verplichting staat op één lijn met de verplichting tot verzorging en opvoeding van ouders jegens hun minderjarige kinderen en gaat derhalve verder dan de verplichting tot het verschaffen van levensonderhoud welke voortvloeit uit de vaderschapsactie. Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20626, nr. 3, p. 19.

(72) Vgl. over het naamrecht H.R. 23 september 1988, RvdW 154.

(73) W.o. 20626 art. 217.

(74) Zie HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W., *N.J.B.*, 1982, p. 705, VAN DE GOOR, S., *F.J.R.*, 1989, p. 35/36, VLAARDINGERBROEK, P., *F.J.R.*, 1986, p. 124 e.v., ASSER-DE RUITER, I, nr. 120, en DE HONDT, W.A. en HOLTRUST, N., *F.J.R.*, 1982, p. 209 e.v. Vóór invoering van de staatprocedure zijn DOEK, J.E., *F.J.R.*, 1981, p. 194, en HEYVAERT, A., en WILLEKENS, H., *Beginnelsen van het gezins- en familierecht na het Marckx-arrest*, 1981, p. 66. Vgl. ook NOTA, J.A., *N.J.B.*, 1982, p. 1138/1139.

(75) Zie JANSEN, I., *H.P.S.*, 1983, p. 13 en *F.J.R.*, 1982, p. 49.

toekomst. Van een aan het kind opgedrongen vader is naar onze mening geen sprake. Het recht dat aan de biologische vader in beginsel toekomt op grond van art. 8 EVRM om in familierechtelijke betrekking met zijn kind te staan, komt op dezelfde gronden toe aan het kind zelf(76). Hier komt nog bij dat het Europees Verdrag inzake de rechtspositie van onwettige kinderen d.d. 15 oktober 1975, waarbij Nederland weliswaar geen partij is, de mogelijkheid van het voeren van een staatprocedure uitdrukkelijk voorschrijft(77). Uiteraard heeft het kind meer aan een juridische vader die tevens feitelijk het vaderschap vervult, maar dit betekent nog niet dat het hebben van een juridische vader op zich voor het kind geen waarde kan hebben. Het kan voor een kind van belang zijn om in familierechtelijke betrekking te staan tot zijn biologische vader, aanspraak te hebben op een bijdrage in zijn kosten van verzorging en opvoeding en ook erfrechtelijk op één lijn te staan met een wettig kind. Deze mogelijkheid mag een buiten huwelijk geboren en niet erkend of geadopteerd kind o.i. niet worden onthouden. Mocht zich later de situatie voordoen dat een andere man het vaderschap over het kind wil verkrijgen dan is het niet waarschijnlijk dat het feit dat hij aangewezen is op stiefouderadoptie hem hiervan zal weerhouden. Helaas is dit echter voor lang niet alle kinderen weggelegd.

3.4.6 De procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap moet, evenals de vaderschapsactie, worden ingesteld binnen vijf jaar na de geboorte van het kind of, als de verblijfplaats van de biologische vader onbekend is, binnen vijf jaar na het bekend worden hiervan(78). Zolang het kind minderjarig is kan de procedure worden ingesteld door de moeder dan wel de wettelijke vertegenwoordiger van het kind, en als het kind meerderjarig is (18 jaar) door het kind zelf. Het nadeel van deze regeling is dat, uitgaande van het veel voorkomende geval dat de verblijfplaats van de biologische vader ten tijde van de geboorte wel bekend is, aan het kind zelf in de meeste gevallen geen enkele zeggenschap toekomt. Als de moeder binnen vijf jaar na de geboorte van het kind geen actie heeft ingesteld (bijvoorbeeld omdat zij hier geen heil in ziet of omdat de biologische vader heeft toegezegd het kind in de toekomst te zullen erkennen) staat het kind machteloos.

(76) Zie ook DOEK, J.E., *F.J.R.*, 1981, p. 194, en HEYVAERT, A., en WILLEKENS, H., *a.w.*, p. 66.

(77) Zie JANSEN, I., *A.A.*, 1979, p. 370/371.

(78) W.o. 20 626 art. 213 lid 3 en art. 406a lid 2. Vgl. het huidige artikel 405 lid 2 Boek 1 B.W.

Wat ook opvalt is het verschil met de regeling van de erkenning, waar geen termijn aan verbonden is. Wij vinden het stellen van een termijn waarbinnen de procedure dient te worden aangespannen op zich geen slechte zaak(79). Wel zijn wij er voorstander van dat ook het kind zelf, op een bepaalde leeftijd gekomen, nog de mogelijkheid krijgt enige actie in te stellen. O.i. is het niet in overeenstemming met art. 8 EVRM dat het kind voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen met zijn biologische vader in deze gevallen geheel afhankelijk is van de wil van de moeder. De analogie met de biologische vader die tegen de wil van de moeder zijn kind wil erkennen ligt voor de hand(80).

3.4.7 Het vaderschap kan niet worden vastgesteld als het gaat om een incestueus kind of als de vader jonger is dan 16 jaar(81). Een vaderschapsactie is in deze gevallen wel mogelijk. Opvallend is dat de mogelijkheid van vaststelling van het vaderschap blijkbaar wel bestaat als het gaat om een overspelig kind. Het is vreemd dat een gehuwde man zijn overspelig kind niet mag erkennen, maar dat zijn vaderschap wel in rechte kan worden vastgesteld. Deze tegenstrijdigheid lijkt ons een argument te meer om het verbod tot erkenning van overspelige kinderen op te heffen(82).

3.4.8 Blijkens de MvT(83) sluit de redactie „van hem, die het kind heeft verwekt” uit, dat ingeval van donorinseminatie de donor in rechte kan worden aangesproken. Wel zou naar onze mening een actie tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap mogelijk moeten zijn tegen de partner van de moeder met wiens instemming de donorinseminatie (met zijn zaad of met dat van een andere man) plaatsvond. Zie nader par. 3.7.6.

3.4.9 Ten aanzien van de staatprocedure geldt net als ten aanzien van de vaderschapsactie nog steeds de — in België reeds afgeschafte(84) — *exceptio plurium concubentium*. Als de vermeende vader kan aantonen dat de moeder in het conceptietijdvak nog met een andere man omgang heeft gehad, wordt de vordering van de moeder afgewezen, tenzij mocht blijken dat het kind daaruit niet kan zijn verwekt(85). Deze regeling is o.i. in het licht van de huidige medische

(79) Zie ook DE HILSTER, E.A.M., *H.P.S.*, 1989, p. 16 t/m 18, en vgl. JANSEN, I., *F.J.R.*, 1988, p. 243/244.

(80) Zie par. 3.3.

(81) W.o. 20626 art. 218.

(82) Zie par. 3.1.4.

(83) MvT w.o. 20626, p. 33.

(84) Zie SENAËVE, P., *F.J.R.*, 1987 p. 187.

(85) Art. 394 lid 4 sub a Boek 1 B.W., w.o. 20626 art. 214 sub a.

technieken verouderd, overbodig(86) en onnodig kwetsend voor moeder en kind. Niet alleen wordt een onnodige inbreuk gemaakt op de privacy van de moeder, maar bovendien doet de wijze waarop zij haar leven inricht niet af aan de verantwoordelijkheid van de vader voor het door hem verwekte kind, noch aan de rechten die het kind ontleent aan art. 8 EVRM, waaronder het recht om in familierechtelijke betrekking tot zijn biologische vader te staan. Uit de huidige regeling spreekt een morele veroordeling van het gedrag van de moeder, die in de huidige tijd niet meer past en waar het kind de dupe van wordt.

3.4.10 Omdat de vaststelling van het vaderschap geen terugwerken-de kracht heeft, blijft het o.i. mogelijk om naast de staatprocedure tegen dezelfde vader nog een vaderschapsactie in te stellen voor wat betreft de kosten van onderhoud van het kind vanaf de geboorte tot aan de vaststelling van het vaderschap(87). Ook kan het zijn dat de moeder en/of het kind geen prijs stellen op het vestigen van familie-rechtelijke betrekkingen met de biologische vader, bijvoorbeeld als de kans bestaat dat een andere man het kind in de toekomst zal willen erkennen. Ook in die gevallen zal de vaderschapsactie nog in een behoefte voorzien.

3.5 *Ontkenning vaderschap*

3.5.1 Het kind dat staande huwelijk (of binnen 306 dagen na de ontbinding ervan) wordt geboren heeft de echtgenoot van de moeder tot vader(88). Naar huidig recht kan het (biologisch) vaderschap zowel door de moeder als door haar echtgenoot worden ontkend. De vordering tot ontkenning van het vaderschap door de echtgenoot moet worden ingesteld binnen zes maanden nadat hij van de geboorte van het kind op de hoogte is geraakt(89). Ten aanzien van ontkenning door de moeder geldt bovendien de stringente voorwaarde dat tegelijk met de ontkenning van het vaderschap een andere man het kind dient te erkennen en dat de moeder met de erkenner binnen een jaar na de geboorte van het kind in het huwelijk treedt(90).

3.5.2 Op deze rechtsongelijkheid tussen man en vrouw is van diverse

(86) Zie ook JANSEN, I., *F.J.R.*, 1988, p. 245.

(87) Vgl H.R. 21 mei 1965, *N.J.*, 1965, 340 nt. D.J.V. ANDERS, NOTA, J.A., *N.J.B.*, 1982, p. 1139, die meent dat door de invoering van de staatprocedure de vaderschapsactie overbodig wordt.

(88) Art. 197 Boek 1 B.W.

(89) Art. 203 lid 1 Boek 1 B.W.

(90) Art. 198 Boek 1 B.W.

kanten kritiek geuit(91). J. de Boer c.s.(92) betwijfelen of deze regeling wel in overeenstemming is met het EVRM, aangezien zij de vrouw impliciet tot echtscheiding dwingt. Op 28 november 1984 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een uitspraak gedaan in de zaak Rasmussen(93). Hier was de vraag aan de orde of het verschil dat in de Deense wetgeving bestond ten aanzien van de termijn waarbinnen de moeder dan wel haar echtgenoot een vordering tot ontkenning kon instellen in overeenstemming was met art. 8 jo. art. 14 EVRM. Het Hof oordeelde dat in deze een zekere beleidsvrijheid toekomt aan de afzonderlijke staten en dat geen strijd met het EVRM aanwezig was, aangezien het verschil gerechtvaardigd werd door de rechtszekerheid en het belang van het kind.

Deze uitspraak heeft slechts betrekking op de termijn waarbinnen een vordering tot ontkenning kan worden ingesteld en betekent uiteraard niet dat nu elk onderscheid tussen man en vrouw in deze gerechtvaardigd is.

3.5.3 Teneinde de ongelijkheid tussen man en vrouw op te heffen is in het nieuwe wetsontwerp Herziening van het afstammingsrecht de positie van de moeder en haar echtgenoot op dit punt gelijkgeschakeld(94). De mogelijkheid tot ontkenning is echter beperkt. De regering stelt zich op het standpunt dat in bestaande familierechtelijke verhoudingen zo min mogelijk wijziging moet worden gebracht. Het verzoek tot ontkenning van het vaderschap kan in het nieuwe wetsontwerp alleen nog worden toegewezen als de moeder en haar echtgenoot ten tijde van de geboorte van het kind zijn gescheiden van tafel en bed, gescheiden leven of betrokken zijn in een echtscheidingsgeding(95).

Het is de vraag of deze beperking ten aanzien van de rechtspositie van de echtgenoot niet te ver gaat: de nieuwe regeling betekent immers dat de echtgenoot die pas na de geboorte van het kind ontdekt dat hij niet de biologische vader van het kind is en tot dat moment met de moeder heeft samengeleefd, in de meeste gevallen het vader-

(91) PATTIJN, H., *F.J.R.*, 1984, p. 150/151, HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?*, rede 1988, p. 5/6, zie ook Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20626, nr. 3, p. 20.

(92) DE BOER, J., c.s., *Het EVRM en het Nederlandse en Belgische personen-, familie- en jeugdrecht* (1987), p. 20. Anders: ASSER-DE RUITER, I, nr. 130.

(93) EHRM 28 november 1984, *N.J.*, 1986, 4 noot EAA en EAAL.

(94) MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20626, nr. 3, p. 20 e.v.

(95) W.o. 20626 art. 202.

schap niet meer kan ontkennen(96). O.i. zou voor deze gevallen een soepeler regeling op zijn plaats zijn.

3.5.4 De termijn waarbinnen een dergelijke vordering kan worden ingesteld is, net als in het huidige recht, zes maanden na de geboorte van het kind c.q. zes maanden nadat de man van de geboorte heeft vernomen(97). Deze — korte — termijn wordt gerechtvaardigd door de rechtszekerheid voor het kind(98).

3.5.5 Naast de mogelijkheid voor de moeder en voor de echtgenoot om het vaderschap te ontkennen, heeft Wiarda(99) ervoor gepleit om, in navolging van diverse landen om ons heen(100), ook het kind zelf dit recht toe te kennen. Wij sluiten ons hierbij aan. Het moet mogelijk zijn dat een kind, op een bepaalde leeftijd gekomen, het vaderschap van zijn juridische vader kan ontkennen waardoor erkenning door de biologische vader mogelijk wordt. Een kind dat geboren is buiten huwelijk heeft immers ook de mogelijkheid om zijn erkenning aan te tasten als de erkenner niet zijn biologische vader is, ook als het na de erkenning gewettigd is(101).

3.5.6 De vraag rijst of naast moeder, echtgenoot en kind ook de biologische vader het recht zou moeten krijgen het vaderschap van de echtgenoot te ontkennen, teneinde zelf familierechtelijke betrekkingen met zijn kind te kunnen vestigen. Gezien de waarschijnlijk ingrijpende gevolgen van een dergelijke actie voor het gezin waarbinnen het kind is geboren achten wij dit ongewenst en in strijd met het belang van het kind(102). Wel zijn wij van mening, zoals hierboven reeds vermeld, dat het kind zelf hierover zeggenschap moet krijgen. Hierdoor kan het kind zelf beslissen of het in familierechtelijke betrekking tot zijn biologische vader wil komen te staan, of dat het de voorkeur geeft aan handhaving van zijn status quo.

(96) Zie ook HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?*, rede 1988, p. 5/6.

(97) W.o. 20626 art. 205.

(98) Zie ook DE BOER, J., c.s., a.w., p. 21. Vgl. ook PATTIJN, H., *F.J.R.*, 1984, p. 150/151, die pleit voor een termijn van drie jaar na de geboorte of één jaar na echtscheiding c.q. ontbinding van de duurzame samenwoning.

(99) Rapport *Jeugdbeschermingsrecht*, 1971, p. 81/82. In dezelfde zin PATTIJN, H., *F.J.R.*, 1984, p. 150/151, DE BOER, J., c.s., a.w., p. 20, HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., a.w., p. 71/72 en HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?*, rede 1988, p. 5/6.

(100) Zie PAUWELS, J.M., *F.J.R.*, 1981, p. 184/185, PATTIJN, H., *F.J.R.*, 1984, p. 150/151 en JANSEN, I., *F.J.R.*, 1988, p. 244/245.

(101) Art. 225 lid 2 sub a jo. lid 4 Boek 1 B.W.

(102) Zie ook DE BOER, J., c.s., a.w., p. 20. Anders HEYVAERT, A., en WILLEKENS, H., a.w., p. 71/72.

3.6 Vernietiging van de erkenning

3.6.1 De man die een kind heeft erkend kan deze erkenning doen vernietigen als deze tot stand is gekomen door bedreiging, dwaling, bedrog of, tijdens de minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden(103). De vordering moet worden ingesteld binnen zes maanden nadat de bedreiging of misbruik van omstandigheden is geëindigd, dan wel de erkenner de dwaling of het bedrog heeft ontdekt. In 1984 heeft de Hoge Raad beslist dat de dwaling geen betrekking mag hebben op het rechtskarakter van de erkenning(104). De erkenner die zich van tevoren onvoldoende op de hoogte stelt van de rechtsgevolgen van een erkenning, heeft de dwaling aan zichzelf te wijten. Een andere opvatting zou afbreuk doen aan de rechtszekerheid voor het kind.

3.6.2 Vernietiging door een ander dan de erkenner kan slechts geschieden indien de erkenner niet de biologische vader is. Is het kind gewettigd, dan zijn onder de huidige wet de mogelijkheden tot vernietiging zeer beperkt(105). In het nieuwe wetsontwerp is dit gewijzigd, in verband met de afschaffing van het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen. De algemene grond voor vernietiging van een erkenning is gelegen in het feit dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is.

3.6.3 De volgende personen kunnen vernietiging van de erkenning vorderen:

a. Het kind zelf kan vernietiging van zijn erkenning vorderen als de erkenning is geschied tijdens zijn minderjarigheid door een man die niet de biologische vader van het kind is(106). In het nieuwe wetsontwerp moet de erkenning zijn geschied voor het twaalfde levensjaar van het kind(107).

b. Indien de erkenner van de 306e tot en met de 180e dag voor de geboorte van het kind gehuwd is geweest, kan naar huidig recht een wettige afstammeling uit dit huwelijk de erkenning aantasten. Op deze wijze kan hij voorkomen dat het erkende kind meedeelt in de

(103) Art. 225 lid 1 Boek 1 B.W., w.o. 20626 art. 211 lid 1.

(104) HR 7 september 1984, *N.J.*, 1985, 420 noot EAAL. Zie ook ASSER-DE RUITER, I, nr. 175.

(105) Zie art. 225, lid 4, Boek 1 B.W.

(106) Art. 225 lid 2 sub a jo. lid 4 Boek 1 B.W.

(107) W.o. 20626, art. 211 lid 2 sub a.

erfenis(108). Op deze bepaling is veel kritiek geleverd(109) en hij is in het nieuwe wetsontwerp terecht geschrapt.

c. Ingeval een kind is erkend op voet van art. 1:198 B.W. (zie daarover par. 3.5.1) kan de vroegere echtgenoot van de moeder vernietiging vorderen. Ook deze bepaling is niet meer in het nieuwe wetsontwerp opgenomen (zie ook par. 3.5.3).

d. Het openbaar ministerie kan, indien de erkenner niet de biologische vader van het kind is, de erkenning eveneens doen vernietigen. Het moet dan echter wel gaan om gronden aan het algemeen belang ontleend, bijvoorbeeld strijd met de openbare orde(110).

3.6.4 De vernietiging van een erkenning heeft terugwerkende kracht: de erkenning wordt geacht nooit te hebben plaatsgehad(111). Het kind kan na de vernietiging uiteraard alsnog door een andere man worden erkend. Ook kan de moeder c.q. het kind, als daar tenminste nog tijd voor is, een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap tegen de biologische vader instellen.

3.6.5 Bijzondere aandacht verdient de positie van de biologische vader na erkenning van zijn kind door een andere man. Op grond van zijn bloedverwantschap met het kind mag immers worden aangenomen dat zijn relatie met het kind in beginsel wordt beheerst door art. 8 EVRM(112). In de ons omringende landen, waar erkenning een waarheidshandeling is, kan een erkenning in strijd met de waarheid in veel gevallen mede door de biologische vader worden betwist(113). In Nederland is dit tot op heden niet mogelijk. O.i. zou het in het algemeen ook geen goede ontwikkeling zijn als de biologische vader het recht zou krijgen de erkenning door een andere man aan te tasten(114). Dat zou in veel gevallen een ongewenste inbreuk betekenen op het gezin waarbinnen het kind opgroeit en derhalve niet in het belang van het kind zijn. Een vergelijking dringt zich op met een kind dat binnen huwelijk wordt geboren en waarvan de echtgenoot niet de biologische vader is. Ook hier kan de biologische vader (terecht) het vaderschap van de echtgenoot niet aantasten.

(108) Art. 225 lid 2 sub b Boek 1 B.W.

(109) Zie het rapport *Jeugdbeschermingsrecht*, 1971, p. 84, en ASSER-DE RUITER, I, nr. 179. Anders: MINKENHOF, A.A.L., *RM-Themis*, 1985 p. 575.

(110) Art. 225 lid 2 sub d Boek 1 B.W., w.o. 20626 art. 211 lid 2 sub B. Zie ASSER-DE RUITER, I, nr. 181.

(111) Art. 225 lid 5 Boek 1 B.W., w.o. 20626 art. 211 lid 3.

(112) H.R. 22 februari 1985, *N.J.*, 1986, 3 noot EAAL en EAA. Vgl. ook H.R. 8 april 1988, *N.J.*, 1989, 170 noot EAAL.

(113) Zie DE RUITER, J., *M. Rood-de Boer bundel*, p. 46 e.v.

(114) Vgl. ook ASSER-DE RUITER, I, nr. 182.

Wellicht kunnen zich echter omstandigheden voordoen waarin de biologische vader wel de erkenning door een andere man zou moeten kunnen aantasten. Welke omstandigheden dit precies zijn is niet eenvoudig aan te geven. In elk geval zal het o.i. een biologische vader moeten betreffen die feitelijk in gezinsverband met het kind samenleeft c.q. heeft samengeleefd en die het kind zelf wil erkennen maar dit om een gegronde reden nog niet heeft gedaan (bijvoorbeeld omdat de moeder steeds heeft geweigerd haar toestemming voor de erkenning te geven).

3.7 *Kunstmatige inseminatie*

3.7.1 Kunstmatige inseminatie (KI) wordt in Nederland toegepast sinds de vijftiger jaren en is thans algemeen aanvaard als middel tegen onvrijwillige kinderloosheid(115). KI wordt onderscheiden in KIE, kunstmatige inseminatie met zaad van de echtgenoot c.q. partner, en KID, kunstmatige inseminatie met zaad van een (veelal anonieme) donor. De gevolgen van KI binnen het afstammingsrecht(116) verschillen naar gelang de vrouw die geïnsemineerd wordt wel of niet gehuwd is. Zowel in de huidige wet als in het nieuwe wetsontwerp is met KI slechts op enkele plaatsen rekening gehouden.

3.7.2 Een binnen huwelijk geboren kind heeft de echtgenoot van de moeder tot vader. Zowel naar huidig recht als naar komend recht kan de echtgenoot het vaderschap van zijn kind niet ontkennen als er sprake is van KIE, dan wel van overspel of KID met zijn toestemming(117). Een buiten huwelijk geboren kind echter is voor het hebben van een juridische vader afhankelijk van diens erkenning. Als de partner van de vrouw dit weigert rijst de vraag welke rechtsmiddelen moeder en kind hebben. Hierbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen KIE en KID.

3.7.3 Naar huidig recht kan de vader van een kind niet gedwongen

(115) Zie algemeen over KI: BROEKHUYSEN-MOLENAAR, A.M.L., TvG 1985, p. 131 e.v.; de Werkgroep studie problematiek rond bevruchting en afstamming, in: *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, onder red. van HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., e.a., Boekenreeks *F.J.R.* nr. 3, 1986; het advies van de Gezondheidsraad d.d. 16 oktober 1986; de Notitie *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20 706, met een reactie hierop van BROEKHUYSEN-MOLENAAR, A.M.L., *F.J.R.*, 1989, p. 26 e.v. en het advies van de Raad voor het Jeugdbeleid, september 1988.

(116) Zie PATTIJN, H., *F.J.R.*, 1984, p. 149/150, VLAARDINGERBROEK, P., *F.J.R.*, 1988, p. 231/232, ENKELAAR, C.C.M. en JONGH-BRUIJS, J.M., *M. Rood-de Boer-bundel*, 1988 p. 64 t/m 66, en VAN DE GOOR, S., *F.J.R.*, 1989, p. 34 e.v.

(117) Art. 200 lid 2 jo. art. 201 lid 1 Boek 1 B.W., w.o. 20626 art. 204. Zie ook ASSER-DE RUITER, I, nr. 137 en voor het buitenland PAUWELS, J.M., *F.J.R.*, 1981, p. 185.

worden zijn kind te erkennen. De moeder kan slechts een vaderschapsactie tot het betalen van levensonderhoud tegen hem instellen. Art. 394 lid 3 Boek 1 BW bepaalt echter:

„Vader... wordt vermoed te zijn, hij die tussen de 307e en 179e dag voor de geboorte met de moeder gemeenschap heeft gehad.”

Het begrip gemeenschap wordt door de Hoge Raad zeer beperkt uitgelegd(118). KI valt hier in deze uitleg in ieder geval niet onder. Bij de totstandkoming van Boek 1 NBW heeft de wetgever echter gezegd, dat hij het aan de rechter wilde overlaten in welke gevallen de donor voor de toepassing van art. 394 als vader moet worden beschouwd(119). In dit licht gezien en gelet op de huidige maatschappelijke opvattingen achten wij een vaderschapsactie tegen de partner van de moeder ingeval van KIE reeds naar huidig recht mogelijk.

3.7.4 Als er sprake is van KID ligt de zaak gecompliceerder. De partner van de moeder is dan immers niet de biologische vader van het kind. Een vaderschapsactie van de moeder tegen de donor (zo deze al bekend is) is o.i. in de meeste gevallen noch mogelijk noch wenselijk(120). Wij zijn van mening dat ook in geval van KID de moeder haar partner moet kunnen aanspreken voor het levensonderhoud van het kind(121). Het kind is immers met zijn instemming (het woordje toestemming is hier o.i. minder op zijn plaats) verwekt en geboren. De partner heeft — naar wij aannemen — bewust gekozen voor het kind met de bedoeling het zelf op te voeden en te verzorgen en hij dient daar dan ook de verantwoording voor te dragen.

3.7.5 In het nieuwe wetsontwerp wordt in art. 215 bepaald:

„In geval van kunstmatige bevruchting wordt de man met wiens toestemming en met wiens zaad de bevruchting heeft plaatsgehad eveneens als verwekker aangemerkt, mits deze man met de moeder samenleeft of gedurende twee jaren voorafgaande aan de geboorte van het kind heeft samengeleefd.”

Op dit artikel, met name op de termijn van twee jaar samenleven,

(118) H.R. 17 februari 1927, *N.J.*, 1927, 393, vgl. H.R. 23 juni 1950, *N.J.*, 1950, 600 en H.R. 19 maart 1965, *N.J.*, 1965, 200.

(119) Parlementaire geschiedenis Invoeringswet Boek 1 (Van Zeben), p. 1441.

(120) Zie ook ASSER-DE RUITER, I, nr. 141 en de Notitie *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, Tweede Kamer vergaderjaar 1987-1988, 20706, nr. 2 p. 25. Anders HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?*, rede 1988, p. 12/13.

(121) Vgl. ook het standpunt van de CDA-fractie in het Voorlopig Verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 20626, nr. 5, p. 23, en de Notitie *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, stuk nr. 2, p. 24/25 en stuk nr. 4, vergaderjaar 1988-1989, p. 13.

is reeds van diverse kanten kritiek geuit(122). De tweejaar-termijn wordt algemeen en o.i. terecht als onnodig en als onrechtvaardig jegens moeder en kind ervaren. Het is overigens niet geheel duidelijk in welke periode deze termijn van twee jaren moet liggen en of de termijn van samenleven aaneengesloten moet zijn. Voor KIE betekent de tweejaar-termijn ten opzichte van het huidige recht in onze visie (zie par. 3.7.3) een extra beperking van de mogelijkheid van een vaderschapsactie.

Zoals hierboven reeds vermeld zijn wij van mening dat de man die bewust kiest voor het krijgen van een kind door middel van KI hiervoor ook de verantwoording moet dragen. Wij achten daarom de beperking in art. 215 tot KIE onjuist.

3.7.6 Zoals reeds in par. 3.4.8 (vgl. ook par. 3.7.3) werd opgemerkt, zal ingevolge art. 213 van het wetsontwerp gelden, dat de man zelf de daad van verwekking moet hebben verricht en dat een staatprocedure tegen de donor dus in beginsel niet mogelijk is, met dien verstande, dat ingeval van KIE het wetsontwerp in art. 215 wel de mogelijkheid daartoe opent. Dat ingeval van KID de partner van de moeder niet de biologische vader is, behoeft o.i. geen beletsel te zijn jegens hem een staatprocedure mogelijk te maken. Het buiten huwelijk geboren kind dient in deze niet anders te worden behandeld dan het binnen huwelijk geboren kind. Zie voorts de argumentatie in par. 3.7.5.

3.7.7 Samenvattend kan worden gesteld, dat ook in het wetsontwerp de positie van het kind dat door middel van KI binnen het huwelijk wordt geboren beduidend sterker is dan die van het kind geboren buiten huwelijk. Dit onderscheid lijkt ons in het licht van het Marckx-arrest niet goed te verdedigen en wij zijn van mening, dat de rechtspositie van het buiten huwelijk geboren kind op dit punt moet worden verbeterd. Niet alleen zou de ongehuwde moeder die met instemming van haar partner door KIE of KID een kind heeft gebaard, een actie moeten hebben tegen haar (ex-)partner tot het betalen van levensonderhoud voor het kind, maar zij zou ook de mogelijkheid moeten hebben tot het voeren van een staatprocedure(123).

(122) Zie VLAARDINGERBROEK, P., *F.J.R.*, 1988, p. 231/232, BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, A.M.L., *F.J.R.*, 1989, p. 28 en de vragen van de VVD-fractie, Tweede Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 20626, nr. 5, p. 33.

(123) In dezelfde zin Werkgroep studie problematiek rond bevruchting en afstamming, in: *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, p. 32 e.v.

3.7.8 De rechtspositie van de donor kan ingeval van KID als volgt worden omschreven:

- a. Een vaderschapsactie achten wij niet mogelijk, zie par. 3.7.4.
- b. Een actie tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is jegens hem evenmin mogelijk, zie par. 3.7.6.
- c. Hij heeft geen omgangsrecht, zie par. 2.2.5.
- d. Hij kan het vaderschap van de met de moeder gehuwde man niet ontkennen, zie de hier a fortiori geldende redenering van par. 3.5.6.
- e. Hij kan de erkenning van het kind door een andere man niet betwisten, zie de hier a fortiori geldende redenering van par. 3.6.5.

4 HET KIND

4.1 *Onderscheid wettige/onwettige kinderen*

4.1.1 Het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen⁽¹²⁴⁾ stamt uit de tijd waarin men nog van mening was dat het monogame huwelijk beschermd en buitenechtelijke relaties tegengegaan moesten worden, door middel van het achterstellen van de uit die relaties geboren kinderen⁽¹²⁵⁾. De positie van het onwettige kind verschilde van die van het wettige kind op het gebied van bijvoorbeeld het erfrecht, het recht op levensonderhoud, de geslachtsnaam, de familierechtelijke betrekkingen met zijn ouders en hun bloedverwanten, en het gezag.

4.1.2 Zowel nationaal als internationaal groeide halverwege deze eeuw het besef dat dit onderscheid onrechtvaardig en onjuist was ten opzichte van de onwettige kinderen. In 1959 werd de Verklaring van de rechten van het kind door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen⁽¹²⁶⁾. Op 15 mei 1970 keurde het Comité van Ministers van de Raad van Europa een resolutie goed betreffende de sociale bescherming van ongehuwde moeders en hun kinderen. Op 15 oktober 1975 kwam in Straatsburg het Europees Verdrag inzake de rechtspositie van onwettige kinderen tot

(124) Wettige kinderen zijn kinderen geboren uit een huwelijk. Buiten echt geboren kinderen heten onwettige kinderen. Onwettige kinderen hebben steeds de staat van natuurlijk kind van hun moeder en verkrijgen de staat van natuurlijk kind van hun vader door diens erkenning. Gewettigde en geadopteerde kinderen zijn met wettige kinderen gelijk gesteld. Zie ASSER-DE RUITER, I, nr. 114.

(125) ASSER-DE RUITER, I, nr. 115.

(126) ASSER-DE RUITER, I, nr. 119.

stand(127). Verder heeft de Economische en Sociale Raad van de Verenigde Naties op 13 mei 1977 een ontwerp van algemene beginselen aangenomen betreffende de gelijkheid en non-discriminatie van buiten huwelijk geboren personen(128). In de jaren '70 hebben veel Westeuropese landen hun afstammingsrecht herzien, waarbij het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen in alle gevallen in meer of mindere mate werd opgeheven(129). Ook België heeft zich hier onlangs bij aangesloten(130).

4.1.3 In Nederland had de commissie Wiarda in haar rapport van 1971 reeds stelling genomen tegen het verschil in rechtspositie tussen wettige en onwettige kinderen, en tegen de discriminerende en stigmatiserende terminologie(131). Het wetsontwerp tot herziening van het afstammingsrecht heeft in navolging van dit rapport mede tot doel het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen zoveel mogelijk te doen vervallen(132). In het wetsontwerp komen de termen wettig en onwettig niet meer voor. De positie van het buiten huwelijk geboren kind wordt mede versterkt door de invoering van de staatprocedure(133).

Door de wet van 27 oktober 1982, Stb. 608, welke wet reeds een lange voorgeschiedenis had, is het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen in het erfrecht weggenomen. Tevens werd bij deze wet de kring van bloedverwanten van het onwettige en het wettige kind aan elkaar gelijk gemaakt. Aan deze wet is terugwerkende kracht toegekend tot aan 13 juni 1979, de dag waarop het Europese Hof het Marckx-arrest wees(134).

4.1.4 Bij bovenstaande ontwikkeling speelt ook de jurisprudentie een grote rol. Allereerst uiteraard het belangrijke Marckx-arrest(135). In dit arrest overwoog het Hof dat art. 8 EVRM evenzeer geldt voor het natuurlijke gezin als voor het wettige gezin. Met betrekking tot de ongehuwde moeder en haar kind moet de Staat zich hoeden voor elke discriminatie die op geboorte berust. Frappant is

(127) Zie over dit (door Nederland niet geratificeerde) verdrag JANSEN, I., A.A., 1979, p. 364 e.v.

(128) Decision 234 (LXII), Doc. E/5988, Official record of the Economic and Social Council.

(129) Zie PAUWELS, J.M., *F.J.R.*, 1981, p. 182 e.v. en JANSEN, I., A.A., 1979, p. 364 e.v.

(130) Zie SENAËVE, P. in de bundel *Personenrecht in beweging*, 1988, p. 55.

(131) Rapport *Jeugdbeschermingsrecht*, 1971, p. 75 e.v.

(132) Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20626, nr. 3, p. 10 en p. 24.

(133) Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20626, nr. 3, p.18.

(134) Zie ASSER-DE RUITER, I, nr. 117.

(135) EHRM 13 juni 1979, *N.J.*, 1980, 462 noot E.A. ALKEMA. Vgl. ook EHRM 18 december 1986, *N.J.*, 1989, 97 noot EAA.

dat het Hof overweegt dat ten tijde van het opstellen van het Verdrag het onderscheid tussen wettig en natuurlijk gezin in veel Europese staten normaal en geoorloofd was. Het Verdrag moet echter, aldus het Hof, geïnterpreteerd worden in het licht van de huidige omstandigheden. Het Hof hecht hierbij veel betekenis aan de ontwikkelingen binnen Europa tot gelijkstelling van wettige en onwettige kinderen.

In navolging van dit arrest wees de Hoge Raad op 18 januari 1980(136) een eveneens belangrijk arrest met betrekking tot voorziening in de voogdij over een natuurlijk kind. De Hoge Raad overwoog:

„De opvattingen over de vraag of het gerechtvaardigd is aan het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen belangrijke rechtsgevolgen te verbinden, hebben in recente tijd sterke wijzigingen ondergaan. Deze ontwikkeling heeft uitdrukking gevonden in de uitspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens van 13 juni 1979, gewezen in de zaak Marckx met betrekking tot de uitleg van art. 8 in verband met art. 14 Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Welke betekenis aan bedoelde ontwikkeling, mede in verband met deze uitspraak van het Europese Hof, bij de bepaling en de uitleg van het bestaande Nederlandse recht door de rechter moet worden gehecht, zal voor ieder voorschrift waarin het bedoelde onderscheid een rol speelt, afzonderlijk moeten worden nagegaan, ook wat betreft de vraag, voor welke rechtsfeiten, bezien naar het moment waarop zij plaatsvinden of plaatsvonden, die ontwikkeling in verband met de eisen van rechtszekerheid reeds een rol mag spelen. Voor de vraag waar het in deze om gaat, te weten of voor de toepassing van art. 959 de zuster van de moeder van een minderjarig kind als bloedverwante van dat kind moet worden beschouwd ook als het kind een natuurlijk kind van de moeder is, staan de eisen van rechtszekerheid er niet aan in de weg om ook voor lopende procedures reeds thans als geldend Nederlands recht aan te nemen dat op dit punt geen onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen mag worden gemaakt.”

Het vorenstaande overziend kan worden geconcludeerd dat ook in Nederland de ontwikkeling tot opheffing van het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen plaats heeft gehad en nog steeds plaats heeft. Deze ontwikkeling moet worden toegejuicht. Het nieuwe

(136) H.R. 18 januari 1980, *N.J.*, 1980, 463 noot W.H.H.

wetsontwerp brengt op veel punten verbetering, maar zoals wij reeds eerder constateerden blijven er nog verschillen in rechtspositie tussen binnen en buiten huwelijk geboren kinderen waarvan men zich kan afvragen of deze gerechtvaardigd zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan de positie van overspelige en incestueuze kinderen (zie par. 3.1.4 en 3.1.5), het buiten huwelijk uit KID geboren kind (zie par. 3.7.7), en het verschil in juridische mogelijkheden voor het kind om het vaderschap aan te tasten (zie par. 3.5.5).

4.2 De positie van het kind in het afstammingsrecht

4.2.1 Het kind neemt binnen het afstammingsrecht een centrale plaats in. Het belang van het kind heeft bij het nieuwe wetsontwerp tot herziening van het afstammingsrecht — terecht — voorop gestaan. Ook zien wij dat het kind in het nieuwe wetsontwerp iets meer zeggenschap krijgt met betrekking tot zijn afstamming. Zo is bijvoorbeeld de leeftijdsgrens waarop het kind toestemming moet geven voor zijn erkenning verlaagd naar 12 jaar (zie par. 3.3.7).

4.2.2 O.i. is de zeggenschap die het kind zelf heeft met betrekking tot zijn afstamming ook in het nieuwe wetsontwerp echter nog op een aantal punten te mager⁽¹³⁷⁾.

Zoals wij reeds opmerkten in par. 3.4.6 is het kind voor het voeren van een staatprocedure tegen zijn biologische vader in de meeste gevallen geheel afhankelijk van zijn moeder. Wij pleiten ervoor om ook het kind — op een bepaalde leeftijd gekomen — een termijn te gunnen om een staatprocedure te starten.

Ook hebben wij bepleit, dat een binnen huwelijk geboren kind dezelfde mogelijkheden krijgt als een buiten huwelijk geboren kind om het vaderschap van zijn juridische vader aan te tasten, zie par. 3.5.5.

De eis van instemming van de moeder voor de erkenning van het kind dient o.i. te vervallen als de instemmingsbevoegdheid bij het kind zelf komt te liggen, zie par. 3.3.7.

Tenslotte dient de positie van het overspelige kind te worden verbeterd (zie par. 3.1.4) en dient het incestueuze kind de mogelijkheid te krijgen om — in dit speciale geval wel met instemming van de moeder — in familierechtelijke betrekking tot zijn vader te komen te staan (zie par. 3.1.5).

(137) Zie ook FIEGE, M., *N.J.B.*, 1989, p. 121/122.

4.3 *Recht op afstammingsvoorlichting?*

4.3.1 Zoals wij reeds zagen (zie par. 3.7.1.) is kunstmatige inseminatie in Nederland thans algemeen aanvaard als middel tegen onvrijwillige kinderloosheid. Als er, om medische of sociale redenen, bij de inseminatie gebruik wordt gemaakt van zaad van een donor, betekent dit dat de juridische vader niet de biologische vader is. De vraag rijst in hoeverre het kind er recht op heeft te weten van wie het afstamt. Vooral de laatste jaren hoort en leest men steeds meer over kinderen (vaak reeds volwassen) die op zoek gaan naar hun „wortels”.

4.3.2 In Nederland is tot op heden de anonimiteit van de donor altijd beschermd. De laatste jaren is er discussie ontstaan of dit zo moet blijven, of dat aan het kind een afdwingbaar recht op afstammingsvoorlichting toekomt.

Voorbeelden van landen waar de anonimiteit van de donor is opgeheven zijn Duitsland en Zweden(138). Als nevenverschijnsel van het opheffen van de anonimiteit zien we dat in deze landen de animo onder mannen om zaaddonor te worden sterk is teruggelopen. Het idee dat gedurende hun leven plotseling één of meer kinderen op de stoep kunnen staan waarvoor zij — zoals in Duitsland het geval is — ook nog levensonderhoud moeten betalen, spreekt weinigen aan.

4.3.3 In Nederland wordt in het algemeen een genuanceerd standpunt ingenomen. Men is algemeen van mening dat openheid van de ouders ten opzichte van hun kinderen over hun afstamming weliswaar niet afgedwongen kan worden, maar wel gestimuleerd dient te worden(139). Niet alleen is bij zwijgen van de ouders de kans dat het kind later op andere wijze achter de waarheid komt aanzienlijk, hetgeen de relatie ouders/kind bijzonder kan schaden, maar tevens is uit onderzoek gebleken dat kinderen die door hun ouders op de hoogte zijn gebracht van hun afstamming veel minder neiging vertonen op zoek te gaan naar hun biologische vader dan kinderen die de

(138) Zie VAN DE GOOR, S., *F.J.R.*, 1988, p. 263, BROEKHUYSEN-MOLENAAR, A.M.L., *F.J.R.*, 1989, p. 30 en de Notitie *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 20706, nr. 4, p. 16.

(139) Zie de Werkgroep Studietoelichting rond bevruchting en afstamming, in *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, onder red. van HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., e.a., 1986, p. 53, het Advies van de Gezondheidsraad *Kunstmatige voortplanting*, d.d. 16 oktober 1986, p. 18, het Advies van de Raad voor het Jeugdbeleid, *Ouderschap zonder onderscheid*, van september 1988, p. 52/53 en 70 t/m 72, en de Notitie *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, nr. 20706, p. 28/29.

waarheid later zelf ontdekken(140). Erkend wordt dat het kind op grond van art.8 EVRM er in beginsel recht op heeft te weten van wie het afstamt(141). Anderzijds dient rekening gehouden te worden met het recht van de donor op grond van art. 8 EVRM tot bescherming van zijn privacy. Algemeen wordt het standpunt ingenomen dat het van belang is dat de gegevens van de donor nauwkeurig worden geregistreerd en gedurende lange tijd, bijvoorbeeld de te verwachten levensduur van het kind, bewaard worden.

In de Notitie Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap worden de gegevens van de donor onderscheiden in algemene gegevens en persoonsidentificerende gegevens(142). Onder algemene gegevens vallen bijvoorbeeld leeftijd, ras, medische en genetische gegevens. In de Notitie wordt het standpunt ingenomen dat het kind, vanaf het twaalfde jaar, recht heeft op kennisneming van deze algemene gegevens. Ten tijde van de donatie moet de donor te kennen geven of hij in de toekomst al dan niet anoniem wenst te blijven. Ten tijde van de inseminatie kunnen de ouders hun voorkeur uitspreken voor een anonieme dan wel niet-anonieme donor. Op het moment dat het kind een verzoek doet tot opheffing van de anonimiteit van de donor wordt dit verzoek ter kennis gebracht van de donor, die dan ongeacht zijn bij de donatie te kennen gegeven wens opnieuw mag beslissen of hij al dan niet anoniem wenst te blijven. Zijn wens om anoniem te blijven wordt geëerbiedigd. Slechts in zeer bijzondere gevallen wordt de anonimiteit opgeheven, bijvoorbeeld als het kind dat geboren wordt geestelijk of lichamelijk gehandicapt is. Omgekeerd kan ook de donor een verzoek doen tot kennisneming van de gegevens van moeder en kind. Hiervoor geldt hetzelfde uitgangspunt: de beslissing over dit verzoek komt toe aan de moeder.

4.3.4 Wij kunnen ons in dit tussenstandpunt grotendeels vinden(143). Zowel aan het belang van het kind als aan het belang van de donor wordt recht gedaan. Wij willen echter één kanttekening

(140) Zie VAN DE GOOR, S., *F.J.R.*, 1988, p. 264.

(141) Vgl. HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *Beginnelsen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, 1981, p. 57, die van mening zijn dat op het eerste gezicht de anonimiteit van de donor in strijd is met art. 8 EVRM.

(142) Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20706.

(143) In dezelfde zin BROEKHUYSEN-MOLENAAR, A.M.L., *F.J.R.*, 1989, p. 29/30. Vgl. ook het standpunt van de Werkgroep Studie problematiek rond bevruchting en afstamming, in *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, onder red. van HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., e.a., 1986, p. 49 t/m 54, het Advies van de Raad voor het Jeugdbeleid, *Ouderschap zonder onderscheid*, van september 1988 p. 71/72, het Advies van de Gezondheidsraad, *Kunstmatige voortplanting*, d.d. 16 oktober 1986, p. 18, VAN DE GOOR, S., *F.J.R.*, 1988, p. 266 en het Advies van de Nederlandse Gezinsraad, *Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap*, d.d. maart 1989, p. 5/6.

maken. O.i. is het niet uitgesloten dat er omstandigheden zijn waarin het belang van het kind om te weten wie zijn biologische vader is dermate groot is dat het belang van de donor hiervoor moet wijken(144). Wij kunnen ons voorstellen dat de weigering van de donor tot opheffing van diens anonimiteit in uitzonderlijke gevallen bijvoorbeeld een bedreiging kan zijn voor de geestelijke gezondheid van het kind. In deze gevallen zijn wij er voorstander van de rechter de mogelijkheid te geven de opheffing van de anonimiteit van de donor te bevelen. Uiteraard zal de rechter dit niet kunnen doen dan na uitgebreid deskundigenonderzoek, welk onderzoek niet alleen moet betreffen de vraag wat de invloed van handhaving van de anonimiteit is op de geestelijke gezondheid van het kind, maar tevens wat de psychische en sociale gevolgen zullen zijn voor zowel het kind als de donor bij opheffing van de anonimiteit.

Tenslotte willen wij pleiten voor een goede wettelijke regeling betreffende de anonimiteit van de donor.

(144) Vgl. ook VAN DE GOOR, S., *F.J.R.*, 1988, p. 265.

RÉSUMÉ

LE DROIT DE LA FILIATION AUX PAYS-BAS

Aux Pays-Bas se prépare une réforme totale du droit de la filiation avec l'examen du projet de loi 20 626 portant réforme de ce droit. Ce projet de loi offre une vaste matière à discussion et occupe une large place dans le présent rapport.

Filiation maternelle

En ce qui concerne la filiation maternelle, on peut relever que tant dans le droit actuel que dans le droit à venir, s'applique la règle *mater semper certa est*. Pour l'auteur, cette règle doit demeurer le point de départ. A la lumière des nouvelles évolutions médicales et sociales, parmi lesquelles le don d'ovules, la fertilisation in vitro, le transfert d'embryons et le phénomène des mères porteuses, l'auteur plaide pour que, dans le cas de la mère porteuse, cette dernière ait la possibilité, à la naissance de l'enfant, de transférer la maternité à la mère désirant l'enfant.

Sur ce point, l'auteur part du fait que le père désirant l'enfant en est le père biologique. Au transfert de la maternité peut être lié le transfert automatique de la paternité. Une telle simplification de la procédure d'adoption implique un assouplissement de la règle *mater semper certa est* permettant de faire droit à la situation des père et mère désirant l'enfant sans porter atteinte à la sécurité juridique de ce dernier. Si la mère désirant l'enfant en est la mère biologique (par don d'ovules), elle doit, selon l'auteur, pouvoir contraindre la mère porteuse au transfert de la maternité.

L'auteur n'exprime pas de jugement sur le phénomène des mères porteuses comme tel, mais plaide en faveur d'un régime légal justifié et réfléchi de ce phénomène, ce qui offre comme avantages la possibilité pour le législateur de contrôler et régler ce phénomène, la diminution du nombre de problèmes qui l'entourent et le renforcement de la sécurité juridique.

Filiation paternelle

Le nouveau projet de loi maintient, à tort selon l'auteur, l'interdiction pour un homme marié de reconnaître son enfant adultérin. Indépendamment même des doutes qu'on peut avoir sur la conformité de cette interdiction avec l'arrêt Marckx, la reconnaissance dans l'intérêt de l'enfant doit être possible.

En ce qui concerne l'interdiction de la reconnaissance d'un enfant incestueux, l'auteur estime que les inconvénients que pareille reconnaissance peut avoir pour un enfant incestueux sont tellement grands qu'ils justifient une dérogation au principe que chaque enfant doit, autant que possible, avoir un père.

La question de savoir si la reconnaissance doit être un acte-vérité ou un acte juridique est irrelevante lorsqu'il s'agit d'élaborer une législation faisant droit autant que possible aux intérêts de toutes les personnes en cause.

Le projet de loi supprime le droit de veto absolu de la mère quant à la reconnaissance de son enfant. Si le père biologique veut reconnaître son enfant à l'encontre de la volonté de la mère, il peut demander au juge de la jeunesse d'y substituer son autorisation. Le juge est tenu de lui donner cette autorisation sauf si celle-ci peut causer un préjudice grave à la santé psychique et physique de l'enfant.

Selon l'auteur, le juge devrait pouvoir refuser son autorisation dès que la reconnaissance est contraire à l'intérêt de l'enfant. De même, l'intérêt de la mère qui ne joue plus aucun rôle dans le nouveau régime, devrait demeurer un élément déterminant dans l'appréciation du juge appelé à donner son autorisation. On pense ici aux enfants nés de délits de mœurs, une reconnaissance par le père biologique pouvant, dans ce cas, s'avérer psychologiquement insupportable pour la mère.

Le père social ne peut, en principe, se voir accorder un droit à la reconnaissance. Des exceptions sont cependant jugées possibles.

Le nouveau projet de loi réintroduit aux Pays-Bas la procédure de recherche de paternité. La mère aussi bien que l'enfant se voient accorder la possibilité de faire établir en justice la paternité du père biologique. De ce fait des rapports de droit familial se créent entre le père et l'enfant. L'auteur plaide pour une extension des possibilités offertes à l'enfant d'introduire cette procédure.

De l'avis de l'auteur, il convient de supprimer l'*exceptio plurium concubentium*.

Dans le nouveau projet de loi, la mère et son mari peuvent, dans des conditions identiques, agir en désaveu de paternité d'un enfant né pendant leur mariage. La condition en est qu'à l'époque de la naissance de l'enfant, ils soient séparés de corps, séparés de fait ou engagés dans une procédure de divorce. Selon l'auteur, il conviendrait de prévoir des règles plus simples à l'égard du conjoint qui ne découvre qu'après la naissance de l'enfant, qu'il n'en est pas le père biologique. De même, l'enfant lui-même, arrivé à un certain âge, devrait avoir le droit d'agir en désaveu de paternité à l'égard du conjoint de sa mère. Par contre, l'auteur juge inopportun d'accorder également ce droit au père biologique. Il apporte la même réponse à la question de savoir si le père biologique devrait pouvoir contester la reconnaissance par un autre homme, mais sur ce point, des exceptions peuvent être possibles.

Pour le cas d'insémination artificielle hors mariage, l'auteur est d'avis que la mère doit pouvoir exercer contre son partenaire qui a approuvé l'insémination et y a consenti, l'action en reconnaissance aussi bien que l'action en recherche de paternité, et ce peu importe qu'il soit le père biologique de l'enfant ou qu'il ait été fait appel à un donneur (le plus souvent anonyme). La situation juridique du donneur peut, dans la vision de l'auteur, se définir comme suit:

- a. il ne peut faire l'objet d'une action en reconnaissance de paternité;
- b. il ne peut pas non plus faire l'objet d'une action en recherche de paternité;
- c. il n'a pas de droit de visite;
- d. il ne peut agir en désaveu de la paternité du conjoint de la mère;
- e. il ne peut contester la reconnaissance de l'enfant par un autre homme.

L'enfant

Le nouveau projet de loi abolit dans une large part la distinction entre enfants légitimes et illégitimes, des améliorations demeurant cependant encore possibles en quelques points. Il convient d'accroître le droit pour l'enfant lui-même de s'exprimer en ce qui concerne sa filiation. L'enfant doit être moins dépendant de la volonté de sa mère et obtenir plus de possibilité d'établir des rapports de droit familial avec son père biologique.

Sur la question de savoir si l'enfant a le droit d'exiger des informations sur sa filiation, l'auteur renvoie à la note n° 20 706, «Fécondation artificielle et mères porteuses», prévoyant la garantie de principe de l'anonymat du donneur. L'enfant obtient cependant le droit de prendre connaissance de données générales non

susceptibles d'identifier le donneur. Sur ce fait, la décision appartient au donneur. L'auteur voudrait donner au juge la possibilité d'ordonner, dans des circonstances exceptionnelles et après avoir soigneusement mis en balance tous les intérêts en présence, la levée de l'anonymat du donneur.

ZUSAMMENFASSUNG

DAS ABSTAMMUNGSRECHT IN DEN NIEDERLANDEN

In den Niederlanden ist man dabei das Abstammungsrecht neuzubetrachten. In Behandlung ist der Gesetzentwurf Nr. 20 626 hinsichtlich einer Revision des Abstammungsrechts. Dieser Gesetzentwurf bietet Stoff zur Diskussion und hat in unserem vorläufigen Gutachten eine bedeutende Stellung eingenommen.

Mutterschaft

Hinsichtlich der Mutterschaft kann bemerkt werden, daß im heutigen wie im künftigen Recht die Regel *mater semper certa est* gilt: Mutter ist die Frau aus der das Kind geboren wurde. Diese Regel ist nach unserer Ansicht als Ausgangspunkt zu wahren. Im Rahmen der neuen medizinischen und gesellschaftlichen Entwicklungen, u.a. Eizellspende, In-vitro-Fertilisation, Embryo-Übertragung und Leihmutterschaft, befürworten wir, daß im Fall der Leihmutterschaft die Möglichkeit geschaffen wird, daß die Leihmutter bei der Geburt des Kindes der Wunschmutter die Mutterschaft übergibt. Wir gehen dabei von dem Standpunkt aus, daß der Wunschvater der biologische Vater des Kindes ist. Mit der Übertragung der Mutterschaft kann automatisch der Übergang der Vaterschaft verbunden werden. Ein derart vereinfachtes Adoptionsverfahren bedeutet eine größere Flexibilität der Regel *mater semper certa est*, wodurch man auch der Position der Wunscheltern gerecht wird, während die Rechtssicherheit des Kindes nicht beeinträchtigt wird. Wenn die Wunschmutter die biologische Mutter des Kindes ist (mittels einer Eizellspende) muß sie unseres Erachtens die Übertragung der Mutterschaft durch die Leihmutter erzwingen können.

Wir urteilen nicht über das Phänomen Leihmutterschaft an sich. Wohl befürworten wir eine verantwortungsvolle und überlegte Regelung der Leihmutterschaft, was den Vorteil bietet, daß der Gesetzgeber das Phänomen der Leihmutterschaft im Griff halten und regeln kann, daß die Zahl der zu erwartenden Probleme abnimmt und die Rechtssicherheit zunimmt.

Vaterschaft

Im neuen Gesetzentwurf wird das Verbot für einen verheirateten Mann sein außer-eheliches Kind anzuerkennen gewahrt, unseres Erachtens zu Unrecht. Abgesehen von der Tatsache, daß bezweifelt werden kann, ob dieses Verbot dem Marckx-Arrest entspricht, muß im Interesse des Kindes eine Anerkennung möglich sein.

Hinsichtlich der Anerkennung eines inzestuösen Kindes sind wir der Ansicht, daß die Nachteile die sich aus der Anerkennung ergeben können so groß sind, daß eine Abweichung vom Prinzip, daß jedes Kind wenn möglich einen Vater haben muß, begründet ist.

Die Frage ob eine Anerkennung eine Wahrheitshandlung oder eine Rechtshandlung sein soll ist unseres Erachtens irrelevant: wichtig ist der Entwurf einer Gesetzgebung die möglichst oft den Belangen aller Betroffenen gerecht wird.

Im Gesetzentwurf ist das Vetorecht der Mutter hinsichtlich der Anerkennung ihres Kindes verschwunden. Wenn der biologische Vater gegen den Willen der Mutter sein Kind anerkennen will, kann er den Kinderrichter um eine ersetzende Genehmigung bitten. Der Kinderrichter ist verpflichtet diese zu gewähren, es sei denn dies bedeutet für die geistige und körperliche Gesundheit des Kindes einen ernsthaften Nachteil. Unseres Erachtens sollte der Kinderrichter seine ersetzende Genehmigung schon verweigern können, wenn die Anerkennung den Belangen des Kindes widerspricht. Auch der Belang der Mutter, die in der neuen Reglung überhaupt keine Rolle mehr spielt, muß unserer Ansicht nach ein Maßstab darstellen, an dem der Kinderrichter das Gewähren einer ersetzenden Genehmigung prüfen muß. Man denke dabei an Kinder die aus Sittlichkeitsdelikten geboren wurden, in welchen Fällen eine Anerkennung durch den biologischen Vater für die Mutter psychisch unerträglich sein könnte.

Der soziale Vater soll im Prinzip kein Recht auf Anerkennung erhalten. Ausnahmen halten wir jedoch für möglich.

Im neuen Gesetzentwurf wird die Vaterschaftsklage neueingeführt. Sowohl Mutter als Kind erhalten die Möglichkeit die Vaterschaft des biologischen Vaters gerichtlich feststellen zu lassen. Durch diese Feststellung kommen zwischen Vater und Kind familienrechtliche Beziehungen zustande. Wir befürworten für das Kind selbst eine Erweiterung der Möglichkeiten zur Erhebung dieser Klage.

Die *exceptio plurium concubentium* soll unseres Erachtens abgeschafft werden.

Im neuen Gesetzentwurf können sowohl die Mutter als ihr Ehepartner bei ähnlichen Verhältnissen die Vaterschaft eines in der Ehe geborenen Kindes leugnen. Vorausgesetzt wird, daß sie zur Zeit der Geburt von Tisch und Bett getrennt sind, getrennt leben oder an einem Scheidungsprozeß beteiligt sind. Unserer Ansicht nach wäre gegenüber dem Ehepartner der erst nach der Geburt des Kindes entdeckt, daß er nicht der biologische Vater ist, eine flexiblere Regelung angemessen. Zugleich sollte das Kind selbst ab einem gewissen Alter das Recht erhalten die Vaterschaft des Ehepartners zu leugnen. Wir halten es allerdings nicht für angebracht auch dem biologischen Vater dieses Recht zu gewähren. Letzteres gilt auf ähnliche Weise für die Frage ob der biologische Vater die Möglichkeit erhalten soll eine Anerkennung durch einen anderen Mann anzugreifen. Darauf können allerdings Ausnahmen vorkommen.

Im Fall einer künstlichen Insemination außerhalb der Ehe sind wir der Ansicht, daß die Mutter die Möglichkeit erhalten soll, ihren Ehepartner, mit dessen Genehmigung und Einverständnis die Insemination stattgefunden hat, anzusprechen und dies sowohl aufgrund der Vaterschaftsklage als aufgrund des Staatsverfahrens, ungeachtet der Frage ob er der biologische Vater des Kindes ist oder ob ein (meistens anonymer) Spermaspender Hilfe geleistet hat.

Die Rechtslage des Spermaspenders kann in unserer Sicht wie folgt umschrieben werden:

- a. Eine Vaterschaftsklage halten wir nicht für möglich.
- b. Ein Staatsverfahren gegen ihn ist ebenfalls unmöglich.
- c. Er hat kein Umgangsrecht.
- d. Er kann die Vaterschaft des mit der Mutter verheirateten Mannes nicht leugnen.
- e. Er kann die Anerkennung des Kindes durch einen anderen Mann nicht anfechten.

Das Kind

Im neuen Gesetzentwurf wird der Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern größtenteils aufgehoben. In einigen Punkten sind Verbesserungen allerdings noch möglich.

Die Mitbestimmung des Kindes selbst hinsichtlich seiner Abstammung soll unseres Erachtens noch vergrößert werden. Das Kind soll weniger von dem Willen der Mutter abhängig sein und selbst mehr Möglichkeiten erhalten mit seinem biologische Vater familienrechtliche Beziehungen zustande zu bringen.

Hinsichtlich der Frage ob das Kind ein Recht auf Abstammungsaufklärung hat, kann auf die Notiz Nr. 20 706 „Künstliche Insemination und Leihmutterschaft“ verwiesen werden, worin die Anonymität des Spenders im Prinzip gewährleistet wird.

Das Kind erhält jedoch ein Recht allgemeine nichtpersonidentifizierende Angaben über den Spender zur Kenntnis zu nehmen. Zugleich kann das Kind zu seiner Zeit einen Antrag einreichen zur Aufhebung der Anonymität des Spenders. Darüber entscheidet der Spender. In Ausnahmefällen wollen wir dem Richter die Möglichkeit geben nach genauer Abwägung aller Belange die Aufhebung der Anonymität des Spenders zu befehlen.

SUMMARY

THE LAW OF LINEAGE IN THE NETHERLANDS

The legislature of the Netherlands is in the process of revising the law relating to lineage in its entirety. The instrument currently under discussion is Draft Law No. 20 626 reviewing the applicable rules on lineage. This Draft Law has been the subject of many a discussion and takes pride of place in this preliminary opinion.

As regards maternity

On the question of maternity, it should be observed that the *mater semper certa est* rule applies both in the existing system and in that which is about to be adopted, i.e. the mother is the woman with whom the child is born. In my view, this rule should continue to be the basis for the applicable rules, in the light of recent medical developments and social trends, including ovum donorship, in vitro fertilisation, embryo transfer and surrogate maternity, I would advocate, in the case of surrogate maternity, that the surrogate mother should transfer maternity to the mother for whose benefit the surrogate birth took place. This is on the assumption that the father for whose benefit the surrogate birth took place is the biological father of the child involved. This transfer of maternity could be accompanied by an automatic transfer of paternity. This type of simplified adoption procedure means making the *mater semper certa est* rule more flexible, as a result of which the position of the parents for whose benefit the surrogate birth takes place is protected at law, whilst not in any way being prejudicial to the legal certainty enjoyed by the child. If the mother for whose benefit the surrogate birth takes place is also the biological mother of the child (by donating the ovum) she should, in my view, be able to enforce the transfer of maternity by the surrogate mother.

I make no judgment on surrogacy as such. I would, however, advocate a responsible and well conceived set of statutory rules relating to surrogacy, which would present the advantage of enabling the legislator to control and regulate the operation of surrogacy, of reducing the number of potential problems resulting from surrogacy, and of increasing legal certainty.

Paternity

In the new Draft Law, the rule whereby the married man is prohibited from affiliating his child born out of wedlock remains applicable, which I consider to lack justification. Apart from the fact that it is doubtful whether this prohibition can be reconciled with the decision in the *Marckx* case, affiliation in the interest of the child should remain an option.

As regards the prohibition of affiliating an incestuous child, I am of the opinion that the disadvantages which the incestuous child may suffer as a result of affiliation are such as to justify a departure from the principle that every child should, where possible, have a father.

The question whether affiliation should be an action reflecting the truth rather than a legal instrument is in my view irrelevant. The all-important consideration is to draft legislation which protects the interests of the parties involved as much as possible.

The absolute right of veto enjoyed by the mother in relation to the affiliation of her child has been removed from the Draft Law. If the biological father wishes to affiliate his child against the wishes of the mother he may request the juvenile court to grant permission in lieu. The juvenile court is under an obligation to grant such permission unless this would result in a serious disadvantage for the mental and physical well-being of the child. I take the view that the juvenile court should be in a position to refuse permission in lieu where affiliation is against the child's interests. The mother's interests, which no longer constitutes a consideration under the new legislation, should in my opinion also be a factor which the juvenile court should take into account in granting permission in lieu. More particularly the case of children born as a result of offences against public morality should be borne in mind here, this being a circumstance in which affiliation by the biological father would be mentally unbearable for the mother.

The *de facto* father should not, in principle, have any right to affiliation. However, I consider this rule to be capable of exceptions.

The new Draft Law reintroduces the state action for affiliation in the Netherlands. Both the mother and the child have the opportunity to have the paternity of the biological father established at law. Once this has been successfully established, the relationship between father and child becomes governed by family law. I am in favour of giving the child more extensive opportunities for setting this procedure in motion.

The plea of *plurium concubentium* should in my opinion be abolished.

Under the new Draft Law, both the mother and her husband may, in equal circumstances, deny the paternity of a child born within their marriage. This is, however, subject to their being separated from bed and board, living apart or being involved in divorce proceedings at the time of birth of the child. I take the view that the spouse who discovers only after the birth of the child that he is not its biological father could profit by a more flexible set of rules. At the same time, the

child itself, once it had reached a certain age, should acquire the right to deny the paternity of the spouse. However, I consider it inappropriate to grant this right also to the biological father. The same applies in relation to the question whether the biological father should have the right to challenge the affiliation made by another man. This should, however, be capable of exceptions.

In the case of artificial insemination outside the marriage, I consider that the mother should have a claim against her partner, with whose consent the insemination took place, on the basis of both the paternity suit and the state action for affiliation, regardless of whether he is the biological father of the child or whether the services of an artificial insemination donor (who in most cases will remain anonymous) have been engaged.

The legal position of the artificial insemination donor can in my view be described as follows:

- a. I do not consider the paternity suit to be an option.
- b. The state action for affiliation brought against him is equally impossible.
- c. He has no right of association.
- d. He may not deny the paternity of the man married to the mother.
- e. He may not challenge the affiliation of the child by another man.

The child

Under the new Draft Law, the distinction between legitimate and illegitimate children has been largely abolished. However, there are some points on which it is capable of improvement.

The child should, in my view, have a greater say in matters concerning its lineage. The child needs to be less dependent on the wishes of the mother and acquire him/herself the opportunity to be protected by law in his/her relations with the biological father.

On the question whether the child has a right to information regarding lineage, it is useful to draw attention to the Note entitled "Artificial insemination and surrogacy" No. 20706, in which the anonymity of the donor is guaranteed in principle. The child does, however, acquire the right to be informed of general data, which are not capable of identifying the person involved, concerning the donor. At the same time, the child may at the appropriate time request that the anonymity of the donor be lifted. This is for the donor to decide. In exceptional circumstances I would give the court the opportunity to order that the anonymity of the donor be lifted, after having carefully weighed up all the interests involved.

RESUMEN

EL DERECHO DE FILIACIÓN EN HOLANDA

En Holanda se está modificando completamente al derecho de filiación. Actualmente, se está debatiendo el proyecto de ley no 20626 acerca de la modificación del derecho de filiación. Este proyecto de ley es un importante tema de discusión y ocupa un lugar importante en nuestro aviso previo.

Maternidad

Con respecto a la maternidad, se puede apuntar que, tanto según el derecho actual como en el futuro, vale la máxima *mater semper certa est*: la madre es la mujer que ha dado a luz al hijo. En nuestra opinión, hay que mantener esta máxima como regla básica. A la luz de las nuevas evoluciones sociales y médicas, como por ejemplo donación de óvulo, fecundación «in vitro», trasplante de embriones, y maternidad sustituida, abogamos por la posibilidad de que, en caso de maternidad sustituida, la madre sustituida pueda transferir la maternidad a la madre receptora en el momento del nacimiento del hijo. Partimos del supuesto de que el padre receptor es el padre biológico del hijo. La transferencia de la maternidad puede vincularse a la transmisión automática de la paternidad. Tal procedimiento de adopción simplificado significa que se hace más flexible la regla *mater semper certa est*; así también se hace justicia a la posición de los padres receptores, mientras que no se atenta a la seguridad jurídica del hijo. Si la madre receptora es la madre biológica del hijo (por medio de donación de óvulo), creemos que debería poder arrancar la transferencia de la maternidad de la madre sustituida.

No emitimos un juicio acerca del fenómeno «madre sustituida» en sí. Pero sí queremos abogar por una reglamentación legal justificada y sopesada de la maternidad sustituida, que tiene como ventaja que el legislador puede controlar y regular el fenómeno de la maternidad sustituida, que se reduce el número de eventuales problemas acerca de la maternidad sustituida y que aumenta la seguridad jurídica.

Paternidad

En el nuevo proyecto de ley, se mantiene la prohibición para un hombre casado de reconocer a su hijo adulterino, lo cual, en nuestra opinión, es injustificado. Independientemente del hecho que se puede dudar sobre la compatibilidad de esta norma con la sentencia Marckx, debería admitirse un reconocimiento en el interés del hijo.

Respecto de la prohibición de reconocer a un hijo adulterino, opinamos que las desventajas que puede producir el reconocimiento para el hijo adulterino son tan grandes que está justificado apartarse, en la medida de lo posible, del principio de que cada hijo tiene que tener un padre (legal).

La cuestión si el reconocimiento tiene que ser un acto de amor a la verdad o más bien un acto jurídico no nos parece pertinente: lo importante es elaborar una legislación que tenga en cuenta lo más posible todos los intereses de las personas implicadas.

El proyecto de ley ya no incluye el derecho de veto absoluto de la madre en cuanto al reconocimiento de su hijo. Si el padre biológico desea reconocer a su hijo contra la voluntad de la madre, éste puede solicitar del juez de menores una autorización subsidiaria. El juez de menores está obligado a conceder, salvo que esto comporte un perjuicio grave en la salud mental y física del hijo. A nuestro parecer, el juez de menores ya debería tener la facultad de denegar su autorización subsidiaria cuando el reconocimiento afecte al interés del hijo. Creemos que también el interés de la madre, que carece de trascendencia en la nueva regulación, debería ser un criterio a tener en cuenta por el juez de menores antes de conceder su autorización subsidiaria. Pensamos en los hijos concebidos en la perpetración de delitos sexuales; en tales casos, el reconocimiento de paternidad biológica puede ser psíquicamente insoportable para la madre.

En principio, el padre social no tiene que obtener el derecho al reconocimiento. Pero pensamos que puede haber eventuales excepciones.

El nuevo proyecto de ley vuelve a introducir en Holanda el procedimiento para determinar el estado civil de una persona. Tanto la madre como el hijo tienen el derecho de reclamar judicialmente la determinación del padre biológico. Esta determinación crea relaciones familiares legales entre padre e hijo. Abogamos por una ampliación de las posibilidades que tiene el hijo mismo de entablar este procedimiento.

A nuestro parecer, hay que suprimir la *exceptio plurium concubentium*.

Según el nuevo proyecto de ley, tanto la madre como su marido pueden negar, en las mismas circunstancias, la paternidad de un hijo nacido en su matrimonio. Pero a condición que, en el momento del nacimiento del hijo, estén separados, vivan separados o hayan entablado un procedimiento de divorcio. Creemos que habría que aplicar una regulación menos rígida para el marido que, sólo después del nacimiento del hijo, descubre que no es el padre biológico. Además, a partir de cierta edad, el hijo mismo tendría que adquirir el derecho a impugnar la paternidad del marido. En cambio, no consideramos pertinente otorgarle este derecho también al padre biológico. Este último punto vale de la misma manera para la pregunta si el padre biológico debería tener el derecho a atacar un reconocimiento por otro hombre. Pero puede haber excepciones.

En caso de inseminación artificial extramatrimonial opinamos que la madre tiene que poder citar ante la justicia a su pareja, con cuya aprobación y aquiescencia se llevó a cabo la inseminación, tanto en virtud de la acción para demostrar la paternidad como en virtud del procedimiento para determinar el estado civil de una persona, independientemente de la cuestión si es el padre biológico del hijo o si se ha apelado a un donante de semen (generalmente anónimo).

Creemos poder definir la posición jurídica del donante de semen de la manera siguiente:

- a. Juzgamos imposible la acción para demostrar la paternidad.
- b. Es igualmente imposible el procedimiento para determinar el estado civil.
- c. No tiene derecho de visita.
- d. No puede negar la paternidad del hombre casado con la madre.
- e. No puede contestar el reconocimiento del hijo por otro hombre.

El hijo

En el nuevo proyecto de ley se suprime en gran parte la diferencia entre hijos legítimos e hijos ilegítimos. Sin embargo, algunos puntos aún podrían ser mejorados.

Pensamos que el hijo mismo debe tener más voz y voto cuando se trata de su propia filiación. El hijo tiene que depender menos de la voluntad de su madre y tiene que tener más posibilidades de desarrollar una relación familiar legal con su padre.

En cuanto a la pregunta si el hijo tiene derecho a ser informado acerca de su filiación, se puede referir a la nota Inseminación artificial y maternidad sustituida nº 20 706, que garantiza en principio el anonimato del donante. Sin embargo, el hijo tiene derecho a conocer datos generales, que no lleven a una identificación del donante. Además, dentro de los plazos marcados, el hijo puede solicitar el levantamiento del anonimato del donante. Es el donante quien decide de esto. En circun-

stancias excepcionales quisiéramos darle al juez la posibilidad de ordenar, después de haber evaluado cuidadosamente todos los intereses, que se revele la identidad del donante.