

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/18556>

Please be advised that this information was generated on 2019-05-23 and may be subject to change.

Moeders en de eer van het vaderschap

*Emancipatie-effectrapportage Wetsvoorstel herziening van het
afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie
(Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 649)*

Mick Laemers
Theo Miltenburg

INSTITUUT VOOR TOEGEPASTE SOCIALE WETENSCHAPPEN

MOEDERS EN DE *EER* VAN HET VADERSCHAP

Moeders en de *eer* van het vaderschap

*Emancipatie-effectrapportage Wetsvoorstel herziening van het
afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie
(Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 649)*

Gericht op:

- *het gelijktrekken van de mogelijkheden tot ontkenning van het vaderschap voor man en vrouw*
- *de mogelijkheid van vervangende toestemming tot erkenning door de rechter indien de moeder en/of het kind de toestemming weigeren*

Onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van Justitie, Wetenschappelijk
Onderzoek- en Documentatiecentrum/Extern Wetenschappelijke Betrekkingen.

Miek Laemers
Theo Miltenburg

INSTITUUT VOOR TOEGEPASTE SOCIALE WETENSCHAPPEN

© 1996 Instituut voor Toegepaste Sociale wetenschappen (ITS) van de Stichting Katholieke Universiteit te Nijmegen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvuldigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, en evenmin in een retrieval systeem worden opgeslagen, zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van het Instituut voor Toegepaste Sociale wetenschappen te Nijmegen (ITS) van de Stichting Katholieke Universiteit te Nijmegen.

No part of this book/publication may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoud

Inleiding	1
1 Doel en achtergrond van het onderzoek	1
2 Emancipatie-effectrapportage	1
3 Begrenzing van de EER	3
4 Uitvoering van het onderzoek	4
Emancipatie-effectrapportage	7
1 Inleiding	7
1.1 Korte beschrijving van de te onderzoeken delen van het wetsvoorstel	7
1.2 Relatie met machtsverhoudingen tussen de seksen	8
2 Huidige situatie	11
2.1 Structuren	11
2.1.1 Sekseverschillen in de arbeidsdeling	11
2.1.2 Sekseverschillen in de huidige organisatie van intimiteit	12
2.2 Processen	13
2.2.1 Ongelijke verdeling van hulpbronnen	13
2.2.2 Regels over of verbonden met gender	15
2.3 Criteria	18
2.3.1 Hoe kan de huidige situatie gewaardeerd worden in termen van gelijkheid?	18
2.3.2 Hoe kan de huidige situatie gewaardeerd worden in termen van pluriformiteit/autonomie?	19
3 Trends	23
3.1 Structuren	23
3.1.1 Arbeidsdeling	23
3.1.2 Organisatie van intimiteit	23

4 Wetsvoorstel	33
4.1 Samenvatting onderdelen wetsvoorstel	33
4.2 Relatie van het wetsvoorstel met emancipatiebeleid	36
4.3 Structuren: wordt er in het wetsvoorstel expliciet rekening gehouden met sekseverschillen op het terrein van arbeidsdeling en de organisatie van intimiteit?	38
4.4 Processen: zijn er veranderingen die (in)direct van invloed zijn op de verdeling van hulpbronnen?	38
4.5 Processen: In hoeverre bevatten de voorgestelde wetsonderdelen regels over of verbonden met gender?	41
4.6 Criteria	42
5 Effecten wetsvoorstel	45
5.1 Reikwijdte van de effecten	45
5.2 Weging van effecten ten opzichte van de huidige situatie	48
5.3 Aandachtspunten voor de wetgever	49
5.4 Aandachtspunten voor het gebruik van het model van de EER	50
5.5 Tot slot: kanttekeningen bij de begrenzingen van deze EER	51
Literatuur	57

Inleiding

1 Doel en achtergrond van het onderzoek

Doel van een Emancipatie-Effectrapportage (EER) is systematische toetsing van voorgenomen beleid of wetgeving op emancipatie-effecten. In dit qua omvang beperkte onderzoek staat centraal de toetsing van twee onderdelen van het Wetsvoorstel herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie (Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 649), verder kortweg genoemd het wetsvoorstel herziening van het afstammingsrecht.

Voorts is het onderzoek bedoeld om een indruk te krijgen van de bruikbaarheid van het door Verloo en Roggeband¹ ontwikkeld model voor de uitvoering van een EER.

Voor de uitvoering van de eerste EER is gekozen voor het wetsvoorstel afstammingsrecht. Reden hiervan is dat de verbetering van de positie van de vrouw in het personen- en familierecht een van de speerpunten is van het emancipatiebeleid van het Ministerie van Justitie. Tegelijkertijd wordt vanuit 'Vrouwenstudies', al dan niet terecht, betoogd dat juist op dit rechtsterrein de positie van de vrouw de laatste jaren relatief verslechtert. Deze tegenstelling heeft de Stuurgroep Justitie Emancipatie Stimulering (JES) ertoe gebracht het ITS opdracht te geven een EER op dit gebied uit te voeren. Inmiddels is over het wetsvoorstel door de Tweede Kamer een verslag uitgebracht. Het wetsvoorstel zal naar verwachting nog dit jaar in de Tweede Kamer worden behandeld.

2 Emancipatie-effectrapportage

Voor de uitvoering van deze EER wordt zoveel mogelijk aangesloten bij het stappenplan, zoals dat is ontwikkeld in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid door Verloo en Roggeband². In de desbetreffende publicatie is een voorbeeldrapportage opgenomen over kabinetsstandpunten inzake 'leefvormen' en 'leefvormen en de betrekkingen met kinderen'. Het beleidsterrein waarop deze

1 Verloo, M. en C. Roggeband (1994), *Emancipatie-effectrapportage: theoretisch kader, methodiek en voorbeeldrapportages*, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 's-Gravenhage.

2 Zie noot 1.

onderwerpen zich bewegen is nauw verwant aan het terrein van het onderhavige onderzoek. Daardoor biedt de voorbeeldrapportage bruikbare aanknopingspunten.

Een EER dient de effecten na te gaan op structurele machtsverhoudingen tussen de seksen. De drie kernbegrippen bij de EER zijn: structuren, processen en criteria.

Met het begrip *structuren* doelen Verloo en Roggeband op de structuur van de arbeidsverdeling en de wijze waarop aan intieme relaties vorm wordt gegeven.

Bij de arbeidsdeling letten zij met name op de verdeling van betaalde en onbetaalde arbeid, de besluitvorming over de arbeidsdeling en de organisatie van arbeid. Bij intieme relaties wordt aandacht besteed aan de keuze van leefvormen en relaties met kinderen, seksualiteit en voortplanting. Dit geheel wordt door Verloo en Roggeband aangeduid met de term 'organisatie van intimiteit'.

Met het begrip *processen* wordt bedoeld op de mogelijkheden van beide seksen om invloed uit te oefenen op machtsverhoudingen. Het gaat dan met name om de toegang tot hulpbronnen (zoals geld en rechten), de verdeling en het gebruik van hulpbronnen en de werking van genderregels.

Tenslotte wijzen Verloo en Roggeband erop dat er verschillende *criteria* gebruikt kunnen worden om de positie van seksen ten opzichte van elkaar te evalueren: zij noemen gelijkheid, pluriformiteit en autonomie.

Met behulp van deze begrippen worden in een EER steeds drie situaties ten opzichte van elkaar vergeleken:

- a. de huidige situatie, in dit geval de huidige wetgeving;
- b. de trend, dat wil zeggen de verwachte ontwikkeling, in dit geval de wijze waarop de huidige wetgeving feitelijk toegepast zal worden, rekening houdend met andere maatschappelijke ontwikkelingen;
- c. de verwachte situatie, in dit geval de effecten van het wetsontwerp.

De hiervoor genoemde vergelijkingen verlopen volgens een stappenplan waarin de bovenvermelde aspecten steeds terugkomen.

Een EER wordt uitgevoerd met behulp van gegevens uit reeds verricht onderzoek, andere benodigde literatuur en gesprekken met deskundigen. Zo wordt een beeld verkregen van de te verwachten emancipatie-effecten. Daarbij dient volgens Verloo en Roggeband met name aandacht aan onbedoelde effecten (zowel positieve als negatieve) besteed te worden.

3 Begrenzing van de EER

De opdrachtgever heeft twee onderdelen uit het wetsvoorstel afstammingsrecht gelicht: het gelijktrekken van de mogelijkheid tot ontkenning van het vaderschap voor man en vrouw en de vervangende toestemming door de rechter indien de moeder haar toestemming weigert ingeval de verwekker zijn kind wenst te erkennen.

Beide bepalingen zijn echter niet geheel op zichzelf te beschouwen omdat ze passen in een breder kader: er zijn veel raakvlakken met andere onderdelen van het personen- en familierecht en er is een brede maatschappelijke discussie gaande over leefvormen, sociaal ouderschap, ouderschap van personen van gelijk geslacht etc.

Een tweede beperking van deze EER is dat de keuze die in het wetsvoorstel is gemaakt om het 'klassieke' afstammingsrecht te blijven volgen, ook ten aanzien van deze twee onderdelen niet principieel aan de orde wordt gesteld. Daarmee is overigens niet gezegd dat een verdere maatschappelijke discussie over de juridische vormgeving van ouderschap niet zinvol is. Integendeel een dergelijke discussie is noodzakelijk om in de toekomst tot een aanvaardbare vormgeving van het ouderschap te komen. Verwacht moet worden dat er nog een lange weg te gaan is voordat voldoende duidelijk zal zijn welke veranderingen in het personen- en familierecht aangebracht dienen te worden.

Verder heeft ook de praktische overweging een rol gespeeld dat de EER vóór 31 oktober 1996 beschikbaar dient te zijn in verband met de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer. Deze wordt in het najaar van 1996 verwacht. Dit deel van het personen- en familierecht is zeer dringend toe aan aanpassing aan de veranderde omstandigheden en ontwikkelingen in de (Europese) rechtspraak en is een speerpunt van beleid van het Ministerie.

De opzet van het onderzoek kent dus beperkingen:

- a. Deze EER wordt alleen gericht op de beide genoemde onderdelen van het wetsvoorstel.
- b. Bij deze twee onderdelen worden met name de gevolgen voor heterorelaties besproken. Een aantal gevolgen voor homorelaties en vormen van sociaal ouderschap worden slechts signaleerd.

Ten aanzien van de beperking onder a. dient opgemerkt te worden dat ook deze niet absoluut gehanteerd kan worden. De onderlinge samenhang van de artikelen in het wetsvoorstel dient immers in acht genomen te worden. Zo is er een verruiming in de mogelijkheden tot het totstandbrengen van een familierechtelijke betrekking tussen vader en kind ondermeer doordat het verbod op erkenning door een gehuwde man vervalt. Het aantal gevallen waarin de vereiste toestemming van de moeder bij erkenning kan worden vervangen door die van de rechter is dus ook verruimd.

4 Uitvoering van het onderzoek

Het onderzoek is half augustus 1996 gestart. De rapportering is eind oktober 1996 afgerond. Het onderzoek is uitgevoerd aan het Instituut voor Toegepaste Sociale wetenschappen (ITS), door mw. mr. M. Laemers en werd intern begeleid door dr. T. Miltenburg.

Bij de verzameling van gegevens is gebruik gemaakt van

- schriftelijk materiaal:
 - wetsteksten;
 - Tweede Kamerstukken met betrekking tot wetsvoorstel 24 649;
 - literatuur in (hand)boeken en tijdschriften;
 - jurisprudentie.
- mondelinge, soms telefonische, gesprekken met deskundigen.
- reacties van advocaten die schriftelijk zijn benaderd met een aantal vragen, waaronder het verzoek ter illustratie een of meer cases te verstrekken.

Consultering van deskundigen:

Voorafgaand aan de uitvoering van het onderzoek is een groslijst van deskundigen opgesteld. Daarbij is gestreefd naar een verdeling naar inhoudelijke expertise (zoals familierecht, emancipatievraagstukken) en naar domein waarop de betrokkenen werkzaam zijn (wetenschap, advocatuur, rechterlijke macht, wetgeving).

Concreet zijn gesprekken gevoerd met c.q. schriftelijke reacties ontvangen van de volgende deskundigen:

- mw. mr. E. van Blokland (Clara Wichmann Instituut/Nemesis)
- mw. mr. D. Bönnekamp (advocaat Hilversum)
- prof. mr. E. von Brucken Fock (Rijksuniversiteit Leiden, Hof Den Haag)
- mw. mr. E. Boor (Katholieke Universiteit Nijmegen)
- mw. mr. G. van Driem (advocaat Amsterdam)
- mw. mr. S.A. van der Heiden (advocaat Ede)
- mw. dr. mr. N. Holtrust (Universiteit van Amsterdam)
- mw. mr. R. Lubbers (advocaat Amsterdam)
- mw. mr. A. Philips (advocaat Amsterdam)
- dhr. C.S. Post (secretaris van de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken)
- mw. mr. C. Stolwijk (advocaat Leiden)
- mw. dr. M. Verloo (Katholieke Universiteit Nijmegen).

Tien van de twaalf geraadpleegde deskundigen zijn vrouw en enkele van hen hebben duidelijke affiniteit met 'Vrouwenstudies'. Binnen de laatste groep is de

belangstelling voor de herziening van het afstammingsrecht blijktens de daaraan gewijde publicaties groot. Juist de (van het wetsvoorstel afwijkende) standpunten binnen deze kring kunnen een kritisch licht werpen op de emancipatorische facetten van het onderhavige wetsvoorstel. Mannelijke deskundigen zijn ook benaderd, maar bleken in mindere mate bereid of in staat hun visie terzake te geven.

Met betrekking tot het raadplegen van personen werkzaam bij de rechterlijke macht dient het volgende opgemerkt te worden. Het onderhavige wetsvoorstel is tijdens de voorbereidende fase niet ter advisering voorgelegd aan de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR). Ook in het kader van deze EER was een gefundeerd advies van de Studiekring Familie- en Jeugdrechtspraak van de NVvR, in verband met het daarmee gemoeide tijdsbeslag van twee à drie maanden, niet haalbaar. De voorzitter van de Studiekring, prof. mr. E. Von Brucken Fock, achtte een uitspraak over het wetsvoorstel, zonder dat de Studiekring daarover een oordeel had gevormd, niet wenselijk. Wel is duidelijk geworden dat individuele rechters via toepassing van art. 8 EVRM in uiteenlopende casuïstiek de afgelopen jaren een oplossing hebben kunnen vinden. Over de rechterlijke praktijk met betrekking tot de twee voorgestelde bepalingen kunnen niet op voorhand uitspraken gedaan worden. De praktijk in concrete zaken zal na publicatie van de definitieve wet in het Staatsblad en de inwerkingtreding van de wet kenbaar worden, aldus de voorzitter van de Studiekring.

Cases

Bij de case-studies ging het om het verzamelen van aanvullende kwalitatieve informatie. Door tussenkomst van het Clara Wichmann Instituut konden alle (36) leden van de Landelijke Werkgroep Vrouw en Recht, subgroep personen- en familierecht, met een brief worden benaderd om informatie. Zes van hen hebben schriftelijk of telefonisch gereageerd. Met inachtneming van regels van privacy zijn in deze EER een beperkt aantal door hen aangedragen cases verwerkt. In één geval kon het complete dossier bestudeerd worden hetgeen waardevolle informatie opleverde.

Begeleidingscommissie

Het onderzoek is begeleid door een commissie waarin zitting hadden:

- mw. dr. M.M.J. Aalberts, Ministerie van Justitie, voorzitter Stuurgroep Justitie Emancipatie Stimulering (JES)
- mw. mr. E. van Blokland, Clara Wichmann Instituut
- mw. drs. E.M. Naborn, Ministerie van Justitie, WODC/Extern Wetenschappelijke Betrekkingen
- mw. mr. S.F.M. Wortmann, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving.

Emancipatie-effectrapportage

1 Inleiding

1.1 Korte beschrijving van de te onderzoeken onderdelen van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel behelst een herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van de adoptie en de wijziging van de daarmee samenhangende bepalingen in het Burgerlijk Wetboek. Beoogd is het afstammingsrecht aan te passen aan de eisen van deze tijd en stroomlijning aan te brengen ten gevolge waarvan 'dor hout' is gekapt.

Uitgangspunten van het wetsvoorstel zijn ondermeer het vervallen van het onderscheid tussen wettige, onwettige en natuurlijke kinderen, gelijkstelling van de mogelijkheden tot ontkenning van het vaderschap voor de vader en moeder, het handhaven van het vereiste van de toestemming van de moeder en van het kind van twaalf jaren of ouder voor erkenning en het vervallen van het verbod van erkenning door een gehuwde man, wiens huwelijk meer dan 306 dagen voor de geboorte van het kind is voltrokken.

Van de genoemde wijzigingen zijn de volgende voorwerp van deze emancipatie-effectrapportage:

- I De mogelijkheid tot ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap door de vader of de moeder van het kind op grond dat de man niet de biologische vader is van het kind.
- II De mogelijkheid van vervangende toestemming tot erkenning door de rechter indien de moeder en/of het kind de toestemming weigeren: de toestemming wordt op verzoek van de man die het kind wil erkennen door de toestemming van de rechtbank vervangen, indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden, en de man de verwekker is van het kind.

In het navolgende zal steeds met de Romeinse cijfers I (ontkenning) en II (toestemming) aangegeven worden op welk van de twee onderdelen de tekst betrekking heeft. De koppen verwijzen naar de terminologie zoals gebruikt in het model van Verloof en Roggeband.

1.2 Relatie met machtsverhoudingen tussen de seksen

Het afstammingsrecht lijkt bijna niet sekse-neutraal te kunnen uitpakken omdat het krijgen van kinderen per definitie niet sekse-neutraal is. Voor de machtsverhoudingen tussen de seksen zijn twee structuren belangrijk: de verdeling van betaalde en onbetaalde arbeid en de organisatie van intimiteit. Deze laatste structuur is relevant omdat het wetsvoorstel, i.c. de beide te beoordelen onderdelen, verandering brengt in de mogelijkheden een afstammingsrelatie tussen ouder en kind vast te stellen, te vestigen dan wel te verbreken. Het afstammingsrecht sluit aan bij de natuurlijke afstamming. Doordat het afstammingsrecht tevens het juridisch ouderschap regelt - dus niet alleen de situatie op het moment van de geboorte, maar tevens de situatie na de geboorte - is het juridisch ouderschap van andere personen dan die een man/vrouw-relatie hebben waarbinnen de mogelijkheid bestaat een kind te verwekken, uitgesloten.

Het bestaan van een afstammingsrelatie tussen ouder en kind speelt in:

- 'klassieke' hetero-relaties
- nieuwe hetero-relaties
- andere relaties (tussen mensen van gelijk geslacht)

en heeft consequenties - als we ons beperken tot twee-relaties - voor de relatie tussen bijvoorbeeld:

- het kind en de ouder
- het kind en de andere ouder
- de moeder en vader
- de vader en de sociale vader of sociale moeder
- de moeder en de sociale vader of sociale moeder
- het kind en eventuele andere kinderen uit de relatie van (een van beide) ouder(s).

I *Ontkenning*

Dit onderdeel van het wetsvoorstel is slechts van toepassing op ouderparen die gehuwd zijn of die gehuwd waren, maar wier huwelijk door de dood van de man is ontbonden in de 306 dagen voorafgaand aan de geboorte van het kind. Het wetsvoorstel verandert iets aan de zekerheid van de afstammingsrelatie van een kind geboren in de huwelijkse situatie: ook de moeder kan het vaderschap van de man met wie ze op het tijdstip van de geboorte van het kind was gehuwd, of door wiens dood het huwelijk binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind is ontbonden, ontkennen op grond van het feit dat hij niet de biologische vader is. De ontkenning zal in de regel gebeuren om erkenning door een andere man, meestal de verwekker mogelijk te maken.

Aangezien dit wetsonderdeel zelf geen wijziging brengt in de zorgrelatie zal het geen directe gevolgen kunnen hebben voor de zorgrelatie van de (ontkennende) ouder en

zal de verdeling van betaalde en onbetaalde arbeid er evenzo slechts indirect door beïnvloed kunnen worden.

Met betrekking tot verdeling van hulpbronnen tussen mannen en vrouwen, kan gesteld worden dat naast algemene rechten gevolgen voor erfrecht en onderhoudsverplichtingen relevant zijn.

II Toestemming

In dit onderdeel wordt een belangenafweging geïntroduceerd door de rechter, ten gunste van de man die wil erkennen. De rechtsregel is relevant in situaties waarin de moeder - die eventueel een (andere) partner heeft - bezwaren heeft tegen erkenning van haar kind door de verwekker. Indien blijkt dat er sprake is van een verruiming van de kansen van de man om te erkennen is inbreuk op door de moeder gewenste situatie mogelijk.

2 Huidige situatie

2.1 Structuren

2.1.1 Sekseverschillen in de arbeidsdeling

Hoewel de verdeling van onbetaalde en betaalde arbeid gerelateerd blijkt te zijn aan de leefvorm (binnen het huwelijk is meer dan in niet-huwelijkse samenwoonvormen sprake van het kostwinners-huisvrouwmodel) is het verband met de te onderzoeken onderdelen van het afstammingsrecht niet eenduidig.

I Ontkenning

Er is geen causale relatie tussen de aanwezigheid van een familierechtelijke betrekking op grond van een afstammingsrelatie en het uitvoeren of verdelen van zorgtaken. Hooguit kan gezegd worden dat de aanwezigheid van de formele, juridische band tussen vader en kind daarvoor een gunstige omstandigheid kan zijn.

Als de echtgenoot niet ontkent dan kan de verwekker of de persoon die bereid is vaderlijke taken op zich te nemen ook niet erkennen. Dat kan met zich meebrengen dat een effectieve bijdrage aan de zorgfuncties in de weg gestaan wordt. Daarmee wordt de bestaande arbeidsdeling tussen mannen en vrouwen dus niet verbeterd ten gunste van de vrouw. Kan de vrouw wel ontkennen dan schept zij daarmee ruimte voor een erkenning door een persoon die mogelijk bereid is zorgtaken op zich te nemen.

Overigens is ook denkbaar dat een ontkenningprocedure wordt gestart teneinde recht te doen aan de biologische afstammingsrelatie maar dat het huwelijk in stand blijft. De echtgenoot komt dan in een stiefvaderlijke positie ten opzichte van het kind. Een verandering in de arbeidsverdeling ligt dan niet voor de hand.

II Toestemming

De moeder die niet bereid is toestemming tot erkenning te verlenen aan de verwekker van het kind kan daarvoor uiteenlopende redenen hebben. Een van de redenen kan zijn dat zij met het kind een relatie en een leefsituatie heeft die volledig tegemoetkomt aan haar wensen: ze hebben de zaken samen goed voor elkaar, moeder kan gaan werken, oppas is geregeld, de vader 'hoeven ze er niet bij'. Het juridisch vaststellen van de afstammingsrelatie tussen de vader en het kind kan een verstoring betekenen van de financiële situatie van de moeder, doordat daarmee vastgesteld wordt wie de verwekker is van het kind. Te denken is aan de situatie dat moeder (met kind) in de bijstand is. Moeder wil niet dat de verwekker iets voor het

kind bijdraagt in de kosten. Zolang niet duidelijk is wie de verwekker is (doordat erkenning niet heeft plaats gevonden), kan de sociale dienst niet zelf de verwekker financieel aansprakelijk voor het kind stellen, wel kan de sociale dienst de moeder onder druk zetten of straffkorting geven op haar uitkering, wanneer zij de verwekker niet zelf wil aanspreken'.¹ De financiële situatie van de moeder kan van invloed zijn op de wens of de noodzaak aan het arbeidsproces deel te nemen.

2.1.2 Sekseverschillen in de huidige organisatie van intimiteit

Welke aspecten zijn te rekenen tot de organisatie van intimiteit? Met de organisatie van intimiteit wordt gerefereerd aan een geheel van normen en waarden, instituties en organisaties op het terrein van seksualiteit, voortplanting, leefvormen en de relaties met kinderen. We beperken ons in deze paragraaf tot de juridische normen.

Wie is juridisch ouder?

Het afstammingsrecht regelt wie voor de wet als juridisch ouder van een kind geldt. Door registratie van het ouderschap ontstaat een familierechtelijke betrekking tussen de ouder en het kind. Deze familierechtelijke betrekking heeft gevolgen op het terrein van het erfrecht, het gezag over het kind, de onderhoudsplicht, het naamrecht, de nationaliteit en het omgangsrecht.

Wie ouder is, is voor vader en moeder verschillend.

Juridische moeder is de vrouw die het kind:

- heeft gebaard;
- heeft geadopteerd.

Juridische vader is de man die:

- de echtgenoot is van de moeder die binnen het huwelijk een kind baart;
- de ex-echtgenoot is van de moeder, indien het kind binnen 306 dagen na ontbinding van het huwelijk wordt geboren, tenzij de moeder was hertrouwd;
- het kind heeft erkend;
- het kind heeft geadopteerd.

Voor alle kinderen geldt dat de vrouw uit wie ze zijn geboren de juridische moeder is: 'Mater semper certa est', zo luidt het adagium. Wordt een kind binnen het huwelijk geboren dan heeft het automatisch twee juridische ouders, die van rechtswege

1 Holtrust en de Hondt 1987, p. 92 en 93. De auteurs stellen op basis van hun onderzoek naar bewust ongehuwd moederschap, waaraan 91 vrouwen hebben meegewerkt, dat bijna de helft van de vrouwen het prettig vinden dat zij alléén de financiële verantwoordelijkheid dragen. Vrouwen hebben daar doorgaans twee belangrijke redenen voor: zij vinden dat de vader in geen enkele, dus ook geen financiële relatie tot het kind staat of zij voeren aan dat zij onafhankelijk willen blijven van de vader.

het ouderlijke gezag over het kind hebben. Wordt een kind buiten huwelijk geboren dan heeft het van rechtswege slechts de moeder als juridische ouder. Een tweede (mannelijk) persoon kan door erkenning het juridisch ouderschap verkrijgen. Voor het verkrijgen van ouderlijke gezag is een apart verzoek bij de rechtbank nodig.

De ongehuwde moeder heeft niet alleen van rechtswege een familierechtelijke betrekking met het kind, maar bovendien heeft zij een machtspositie inzake het vaderschap van het kind. Zij bepaalt immers of het kind een juridische vader zal hebben (toestemming tot erkenning) en tevens wie dit zal zijn. Door de wettelijke mogelijkheid van de moeder toestemming te weigeren kan de vader geen inbreuk maken op de organisatie van haar intimiteit, het privé- en gezinsleven van de moeder.

In het huidige recht kan de vrouwelijke partner van de moeder *niet* de juridische moeder van het kind zijn omdat zij kan erkennen noch adopteren. Voor de mannelijke partner van de vrouw ligt dat anders: hij kan - ongeacht of hij de verwekker van het kind is - het kind erkennen en zo een familierechtelijke betrekking met het kind vestigen. Ergo: er kan alleen één juridische vader en één juridische moeder zijn en niet twee juridische moeders of twee juridische vaders.

2.2 Processen

In deze paragraaf wordt aandacht geschonken aan processen die de structureel ongelijke machtsverhoudingen tussen de seksen in stand houden of tot stand brengen. Twee processen worden in het bijzonder van belang geacht: het gebruik van hulpbronnen en het functioneren van genderregels.

2.2.1 Ongelijke verdeling van hulpbronnen

Ten aanzien van *rechten* is er in de huidige regeling sprake van ongelijke verdeling.

I *Ontkenning*

Het afstammingsrecht wordt beschouwd als het laatste gebied binnen het personen- en familierecht waarop nog geen sprake is van gelijke behandeling van man en vrouw.¹ Tussen mannen en vrouwen bestaan immers verschillen in de mogelijkheden tot ontkenning van het vaderschap door de moeder en door de man overeenkomstig art. 1:198 respectievelijk art. 1:199 e.v. van het Burgerlijk Wetboek.

1 Nuytinck 1996, p. 22.

Ontkenningsmogelijkheden vader

Het kind dat staande huwelijk is geboren heeft de echtgenoot tot vader. Het kind dat vóór de 307de dag na de ontbinding van het huwelijk is geboren, heeft de vroegere echtgenoot tot vader, tenzij de moeder was hertrouwd.

Als een kind staande huwelijk is geboren, maar niet door de echtgenoot is verwekt, dan is de echtgenoot niet de biologische maar wel de juridische vader. De juridische vader kan ontkennen de vader van het kind te zijn door een verzoek tot ontkenning van het vaderschap in te dienen (art. 1:199, eerste zin). Dit verzoek wordt gehonoreerd indien de rechter van oordeel is dat de man niet de vader van het kind kan zijn (art. 1:200, lid 1). Indien gedurende het tijdvak waarin het kind kan zijn verwekt, de man geen gemeenschap met de moeder heeft gehad, of zij gedurende dat tijdvak gescheiden hebben geleefd, verklaart de rechter het verzoek tot ontkenning eveneens gegrond, tenzij blijkt van feiten die het mogelijk maken dat de man de vader van het kind is (art. 1:220, lid 2). De man kan het ontkenningsverzoek slechts indienen binnen zes maanden, nadat te zijner kennis is gekomen dat de moeder het kind ter wereld heeft gebracht (art. 1:203, lid 1).

Ontkenningsmogelijkheden moeder

De moeder kan ingeval het kind staande huwelijk is geboren, maar niet door haar echtgenoot is verwekt, het vaderschap van haar echtgenoot niet ontkennen. Er is maar één situatie waarin de moeder het vaderschap kan ontkennen. De vereisten daarvoor zijn vermeld in art. 1:198, lid 1:

"De moeder kan door een verklaring, afgelegd ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand ontkennen dat een kind dat binnen 306 dagen na de ontbinding van het huwelijk uit haar is geboren, het kind van haar vroegere echtgenoot is, mits een andere man het kind erkent bij de akte die van die verklaring wordt opgemaakt. Is het huwelijk door de dood ontbonden, dan kan de moeder de verklaring slechts afleggen, indien zij was gescheiden van tafel en bed of zij en haar overleden echtgenoot sedert de 306de dag voor de geboorte van het kind gescheiden hebben geleefd."

De moeder heeft tot een jaar na de geboorte van het kind de tijd om deze ontkenningssactie in te stellen (art. 1: 198). Volgens art. 1: 198, lid 3 hebben de verklaring en de erkenning echter slechts gevolg, indien de moeder en de man die het kind erkent, binnen een jaar na de geboorte van het kind met elkander in het huwelijk treden. Het huwelijksvereiste is door de rechtspraak inmiddels afgezwakt (HR 17 september 1993, NJ 1994, 373, m.nt. WH-S en EAA).

Uit het bovenstaande blijkt dat de ontkenningmogelijkheden voor man en vrouw niet hetzelfde zijn.

II *Toestemming*

Ook op het terrein van erkenning bestaan er verschillen in rechten tussen mannen en vrouwen. Bruikbaar is de beschouwing die Verloo en Roggeband¹ hieraan wijden:

‘Tussen mannen en vrouwen bestaan verschillen wat betreft het ouderschapsrecht. Mannen hebben het recht om een kind te erkennen ook wanneer zij niet de biologische vader zijn. Door een kind te erkennen verwerven mannen het juridisch ouderschap. Vrouwen hebben deze mogelijkheid tot erkenning niet, alleen het biologisch ouderschap geeft recht op het juridisch ouderschap. Anderzijds kent het recht aan mannen niet de mogelijkheid toe op grond van het biologisch vaderschap alleen het juridisch ouderschap te verwerven.

Deze verschillen in rechten van mannen en vrouwen hebben nadelige gevolgen voor lesbische ouders. In deze relaties kan slechts een van beide ouders namelijk de biologische moeder het ouderschap verwerven. De andere sociale ouder kan dus geen ouderschapsrechten verwerven.’

2.2.2 Regels over of verbonden met gender

In vrouwenstudies is de term *gender* geïntroduceerd om er de nadruk op te leggen dat het om meer gaat dan het biologische geslacht (*sexe*) van mensen. Mensen kennen aan dat biologische verschil verschillende betekenissen toe, en zij hanteren er verschillende normen over. Wat mannen en vrouwen zijn, hoe zij zichzelf zien en door anderen gezien worden, wat mannelijk en vrouwelijk gevonden wordt en wat men vindt dat mannen en vrouwen horen te doen of idealiter zouden moeten doen, over welke middelen vrouwen en mannen beschikken, al deze zaken zijn verschillende aspecten van *gender*.² Genderregels zijn op het individuele niveau terug te vinden in opvattingen van mensen en in hun gedrag. Op het structurele niveau zijn genderregels terug te vinden in formele regelgeving en in vooronderstellingen die aan organisaties ten grondslag liggen.³

In de literatuur over emancipatie gaat verreweg de meeste aandacht uit naar economische zelfstandigheid. Daarnaast wordt ook verwezen naar niet-economische aspecten van zelfstandigheid, namelijk zorgzelfstandigheid, sociaal-culturele, emotionele en seksuele zelfstandigheid. Al deze aspecten zijn aan de orde bij ontkenning van het vaderschap door de moeder en de vervangende toestemming van de rechter bij erkenning tegen de wens van de moeder. Het verwekken van kinderen is een domein waarop de zeggenschap van man en vrouw een rol speelt. Voor veel

1 Verloo en Roggeband 1994, p. 112.

2 Verloo en Roggeband 1994, p. 7.

3 Verloo en Roggeband 1994, p. 14.

vrouwen heeft de toename van anticonceptiva de weg geopend naar andere levensinvullingen dan (alleen) het grootbrengen van kinderen. Daartegenover staat de opvatting dat de vlucht van anti-conceptiva de onderdrukking van de vrouw heeft bevorderd, door haar beschikbaarheid voor de man op elk gewenst moment.¹ Het voert te ver om hier uitgebreid op deze kwesties in te gaan. Wel kan vastgesteld worden dat de beschikbaarheid van geboortenregelende middelen het aantal noodzakelijke ontkenningen en niet-gewenste erkenningen drastisch kan doen afnemen.

Maatschappelijke normen over samenleven in en buiten huwelijk en over de voortgaande ontwikkeling van medische techniek op het terrein van voortplanting spelen ook een rol. De meningen over geslachtsverkeer voor/buiten het huwelijk zijn sterk geliberaliseerd in de laatste decennia. Vrouwen blijven over het algemeen behoudender. In 1986 heeft driekwart van de bevolking geen principiële bezwaren tegen geslachtsverkeer tussen mensen die met elkaar willen trouwen; in 1965 gold dat voor ruim een vijfde van de bevolking. Ontrouw of een avontuurtje in het huwelijk werd in 1975 vergeleken met 1965 een stuk acceptabeler gevonden, maar heeft sedertdien weer wat terrein verloren. Ook hierin zijn vrouwen behoudender.

Is een kind geboren dan is van belang om te kijken welke sociale normen er leven over moeder- en vaderschap, evenals naar de sociale normen die zorg eerder zien als een taak van vrouwen dan van mannen. Die laatste normen brengen met zich mee dat vrouwen daadwerkelijk een belangrijk deel van hun tijd aan zorgactiviteiten besteden. Traditionele opvattingen over de positie van de vrouw werden tussen 1970 en 1992 steeds meer afgewezen. Vond in 1970 nog 78% van de 17-70-jarigen dat een vrouw geschikter is voor de opvoeding van kleine kinderen dan een man, in 1992 onderschrijft nog 42% die opvatting. Het buitenshuis werken van een gehuwde vrouw met schoolgaande kinderen werd in 1965 door 84% bezwaarlijk gevonden, en in 1993 door 20% van de 17-70-jarigen. Het gebruik van kinderopvang voor kleine kinderen wordt (in 1993) door 29% bezwaarlijk gevonden. Ook het oordeel over een gelijke verdeling van betaalde arbeid en huishoudelijk werk tussen mannen en vrouwen is aan de positieve kant: 58% is het er (volkomen) mee eens dat man en vrouw het betaald werk gelijk onder elkaar verdelen, terwijl 73% het er (volkomen) mee eens is dat man en vrouw het huishoudelijk werk gelijk onder elkaar verdelen. De opvatting dat zowel de man als de vrouw verantwoordelijk zijn voor de kinderopvoeding wordt gehuldigd door 89% van de 17-70-jarigen.²

1 SCP1991, p. 78.

2 SCP 1994, p. 544.

I Ontkenning

In het huidige recht bevatten de bepalingen rond ontkenning waarborgen dat het kind als gevolg van de toepassing van art. 1:198, lid 1 niet de staat van wettig kind verliest: volgens art. 1:198, lid 3 hebben verklaring en erkenning slechts gevolg, indien de moeder en de man die het kind erkent, binnen een jaar na de geboorte van het kind met elkaar in het huwelijk treden of indien het kind overeenkomstig art. 1:215, lid 1 wordt gewettigd op een daartoe binnen een jaar na zijn geboorte gedaan verzoek. Het belang van het kind om de staat van wettig kind te behouden, heeft bij de totstandkoming van het artikel zwaarder gewogen dan zijn belang om in familierechtelijke betrekking te staan tot zijn biologische vader.¹ Gedurende de sedertdien (1957 - het jaar waarin deze bepaling werd ingevoegd - *ML*) verstreken decennia is met betrekking tot het aan die belangen toe te kennen gewicht evenwel een verschuiving opgetreden. Als uitvloeisel van de jurisprudentie van het Europese Hof (EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462, m.nt. EAA - Marckx-België) is het onderscheid tussen wettige en natuurlijke erkende kinderen voor een belangrijk gedeelte uit de Nederlandse wetgeving verdwenen. Daardoor weegt het belang van het kind dat het, in geval van toepassing van art. 1:198, lid 1, zijn wettige staat niet verliest, thans minder zwaar ten opzichte van zijn belang, gemoeid met het samenvallen van de biologische en de familierechtelijke relatie tussen vader en kind, dan ten tijde van de totstandkoming van Boek 1 BW. Het biologisch vaderschap heeft hiermee een belangrijker positie gekregen.

II Toestemming

Vroeger zag men als de ratio voor de toestemming van de moeder het voorkomen dat een laagstaand individu zich als vader zou kunnen opwerpen. Dit zou de eer van de moeder en het belang van het kind kunnen schaden. Door de bepaling zou de moeder ook kunnen verhinderen dat de verwekker iemand op wie geen verhaal mogelijk is, bereid zou kunnen vinden het kind te erkennen, om op die wijze van zijn onderhoudsplicht af te komen.² Inmiddels is door een aantal uitspraken van de Hoge Raad de toepassing van deze regel behoorlijk genuanceerd en gaat het om een afweging van de beperkingen die in het licht van art. 8, lid 2 EVRM op het recht op eerbiediging van het familie-en gezinsleven van aan de ene kant de biologische vader en aan de andere kant de moeder moet worden gemaakt. De Hoge Raad is echter niet zo ver gegaan dat er een algemene belangenafweging plaatsvindt, doch hanteert de misbruik van bevoegdheid-constructie.

Opvoeding en verzorging worden niet meer als een vrouwendomein gezien. Mannen zijn er méér in geïnteresseerd om hun positie als ouder te bevestigen en te

1 Nuytinck 1996, p. 25.

2 Van Duijvendijk-Brand e.a. 1995, p.150.

versterken. Illustratief daarvoor is de 'mannenlobby' die gepleegd wordt door 'de dwaze vaders'. Het onverkort hanteren van een vetorecht van de moeder past niet in de situatie waarin de wens en de noodzaak van betrokkenheid van de vader bij het kind veld wint.

2.3 Criteria

2.3.1 Hoe kan de huidige situatie gewaardeerd worden in termen van gelijkheid?

I *Ontkenning*

Ontkenningsmogelijkheden zijn op dit moment ongelijk voor mannen en vrouwen. Dit is nog eens duidelijk geïllustreerd in de zaak Kroon (HR 16 november 1990, NJ 1991, 475). Mevrouw Kroon kreeg staande huwelijk een zoon, die echter niet verwekt was door haar echtgenoot. Zij wilde het vaderschap met een beroep op art. 1:198 lid 1 ontkennen, zodat vervolgens de verwekker het kind zou kunnen erkennen. Dat kon niet, omdat het kind niet binnen 306 dagen na de ontbinding van het huwelijk was geboren, maar staande haar huwelijk. De vader kon wèl ontkennen, maar die was onvindbaar en - als hij wel gevonden zou worden - wellicht niet tot ontkenning bereid.

II *Toestemming*

Erkenning is aan de orde in niet-huwelijkse situaties. Erkenning waarvoor de moeder geen toestemming geeft doet zich voor in uiteenlopende situaties: van gewenst alleenstaand moederschap, de *bewust ongehuwde moeder*, tot de moeder die geen contact meer wil met de verwekker van haar kind na een jarenlange relatie. Ook zijn er situaties waarin het ging om een éénmalig contact, mogelijk zelfs tegen de wens van de moeder.

Gezien de grote mate van casuïstiek is een eenduidig antwoord op de vraag naar bestaande gelijkheid moeilijk te geven.

In haar annotatie bij de uitspraak van de HR 28 juni 1991 (RvdW 1991, nr. 172) citeert Holtrust Advocaat Generaal Franx, die meent dat er in onze wetgeving aanwijzingen zijn dat de moeder van een natuurlijk kind in bepaalde opzichten een voorkeurspositie heeft ten opzichte van de vader. Zijzelf is die mening niet toegedaan. Waaruit bestaat die 'voorkeurspositie' dan wel? De ongehuwde vrouw die een kind krijgt heeft twee mogelijkheden: of zij gaat - al dan niet met vreugde - voor het kind zorgen en krijgt als juridisch instrument daarbij de voogdij of zij ziet er om wat voor reden dan ook geen gat in om voor haar kind te zorgen en staat het

kind ter adoptie af. In dat laatste geval worden alle banden tussen haar en het kind definitief en onherroepelijk doorgesneden.

In de huidige situatie is er door de wetgever een vetorecht voor de moeder vastgelegd. In dat opzicht is zij in een sterkere positie dan de man die het kind wil erkennen. In de praktijk blijkt dat ondermeer de werking van art. 8 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) heeft geleid tot rechterlijke toetsing van dat vetorecht. Wat is de consequentie als de vader na een rechterlijke uitspraak toch tot erkenning kan overgaan? In de eerste plaats zijn er direct gevolgen op het gebied van de geslachtsnaam, nationaliteit en erfrecht. Directe gevolgen voor de zorgtaken zijn er niet, hoewel het eventuele feit dat de verwekker gezorgd heeft of dat er een omgekeerde zorgrelatie bestaan heeft een belangrijke rol speelt bij de rechterlijke toestemming. In de regel zal bij 'gedwongen' erkenning die zorg ook niet gewenst zijn. Vindt de moeder echter dat het vervullen van zorgtaken dan (ook) maar een consequentie van erkenning moet zijn, dan is er een probleem voor haar. Holtrust zegt daarover in haar annotatie: 'Binnen huwelijk is het al moeilijk voor vrouwen - als zij dat willen - om een gedeelte van de zorg voor de kinderen feitelijk van de vader af te dwingen. Slechts in theorie is daar een juridische constructie voor: immers ouders zijn jegens elkaar verantwoordelijk voor de kinderen. Buiten huwelijk heeft de moeder daarvoor helemaal geen juridische wapens in handen - zelfs niet in theorie -. Zij kan alleen de financiële verantwoordelijkheid van de vader afdwingen.' In de tweede plaats kan erkenning de opmaat zijn voor verdere versterking van de erkenner: zijn processuele positie (ontvankelijkheid) bij het verzoek om omgangsrecht en ouderlijk gezag verbetert .

De huidige wettelijke bepaling biedt geen gelijkheid voor man en vrouw doordat het vetorecht bij de vrouw berust. Rechterlijke toetsing kan de bestaande ongelijkheid verzachten voor zover het betreft de mogelijkheid voor de verwekker om een afstammingsrelatie te vestigen. Deze afstammingsrelatie bestaat voor de moeder al door het enkele feit van de geboorte.

2.3.2 Hoe kan de huidige situatie gewaardeerd worden in termen van pluriformiteit/autonomie?

Met de ontwikkeling van nieuwe samenlevingsvormen, hebben zich nieuwe vormen van ouderschap ontwikkeld. Het ouderschap beperkt zich niet tot de traditionele gezinssituatie, maar komt ook voor als ongehuwd ouderschap in een heteroseksuele relatie, bewust gekozen eenouderschap en ouderschap in een homoseksuele relatie. Het is voor een kind niet helemaal vanzelfsprekend (meer) dat het opgroeit bij de man en de vrouw van wie het afstamt.

I Ontkenning

In de huidige situatie kan de man het vaderschap van een staande huwelijk geboren kind ontkennen, de vrouw kan het slechts in strikt omschreven gevallen na ontbinding van haar huwelijk. Er moet altijd een erkenning volgen. In de regel zal dit gebeuren door de biologische vader, maar dat hoeft niet.

In de praktijk blijkt regelmatig dat op het moment van aangifte van de geboorte van het kind bij de burgerlijke stand, de echtscheiding nog niet is geëffectueerd. In de praktijk zijn echtgenoten meestal al langer uit elkaar, de echtscheidingsprocedure en de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking door de advocaat in de registers van de burgerlijke stand (binnen 6 maanden) 'hobbelen' er achteraan. De enige mogelijkheid voor de moeder om het vaderschap van haar ex-echtgenoot ontkend te krijgen, is de ex-echtgenoot te bewegen een ontkenningssactie in te stellen.

Wordt een kind van de niet-echtgenoot staande huwelijk geboren dan heeft de moeder de volgende opties:

- ze laat de huwelijkse situatie bestaan en het kind heeft daarmee de echtgenoot tot juridische vader; voor de verwekker staat geen weg open om een familierechtelijke relatie met het kind te vestigen.
- ze beweegt de echtgenoot zijn vaderschap te ontkennen, waarna de verwekker het kind kan erkennen.

De vrouw is dus veelal afhankelijk van de medewerking van de man, indien zij het kind door een andere man wil laten erkennen. Er is thans weinig ruimte voor pluriformiteit: het huwelijk en haar rechtsgevolgen zijn de norm in de huidige afstammingsregeling. Hoewel het ongehuwd samenwonen al op veel punten is gelijkgeschakeld met het huwelijk, is in de huidige afstammingsregeling het huwelijk de dominante samenlevingsvorm. Dit terwijl het aandeel van de bevolking dat gehuwd is, snel afneemt. In 1970 is dit aandeel op een naoorlogs hoogtepunt. In de twintig jaar daaropvolgend daalt het zeer snel in de leeftijdscategorieën tot 44 jaar. Deze afname wordt voor een belangrijk deel gecompenseerd door een toename van het aandeel ongehuwd samenwonenden. In zijn totaliteit is er sprake van afnemende paarvorming, maar bij lange na niet in de mate die verwacht kan worden op grond van de ontwikkeling van het aandeel gehuwden.¹

II Toestemming

De maatschappelijke normen over moederschap laten ruimte voor pluriformiteit: het moederschap kan op verschillende wijzen en in verschillende leefvormen worden ingevuld. De huidige wettelijke regeling biedt de mogelijkheid voor de moeder om

¹ Sociaal en Cultureel Rapport 1996, p. 235-236.

de door haar gekozen leefvorm te beschermen tegen inmenging van de vader die wenst te erkennen. De (ongehuwde) moeder kan er voor kiezen te leven als alleenstaande moeder (eenoudergezin) of met een partner.

De attitude met betrekking tot geboorten buiten het huwelijk verandert. Een groeiend aantal personen keurt het alleenstaand moederschap goed: hun aantal steeg van 40% in 1987 naar 49% in 1989. Recent publiceerde het SCP cijfers met betrekking tot opvattingen over het krijgen van kinderen (17-70-jarigen, 1987-1995): in 1995 keurt 45% het goed als een alleenstaande vrouw bewust moeder wordt.¹ Ook het ouderschap van ongehuwd samenwonenden wordt door meer mensen goedgekeurd, in 1987 door 53%, in 1995 door 64%.

Of beide ouders gelijke of ongelijke verantwoordelijkheid en zorg voor de opvoeding van het kind dragen is in de huidige regeling enigszins van invloed. Wanneer de erkenning wensende vader duidelijk kan maken dat hij in het verleden een aandeel gehad heeft in de verzorgende taken van het kind dat hij wil erkennen, zal deze omstandigheid meegewogen worden in het rechterlijk oordeel over de vraag of er sprake is van misbruik van de bevoegdheid van de moeder om haar toestemming te weigeren.²

Bij door de moeder niet gewenste erkenning zijn de mogelijke gedragalternatieven afhankelijk van het oordeel van de rechter: is hij - op basis van marginale toetsing - van oordeel dat er sprake is van misbruik van haar bevoegdheid om toestemming te weigeren dan zal erkenning tegen haar wens plaats vinden. In veel gevallen zal dat consequenties te hebben voor haar gezins- of privéleven door de gevolgen op het terrein van naamgeving, nationaliteit en erfrecht. Naamswijziging blijkt het belangrijkste gevolg en is volgens de jurisprudentie dan ook een 'te respecteren belang van de moeder om zich te verzetten tegen erkenning'. Het aannemen van het voorstel tot wijziging van het naamrecht zoals het thans luidt brengt daarin verandering. Het voorstel houdt namelijk de mogelijkheid in voor de vader en de moeder om de achternaam voor het kind te kiezen. Het meest recente wijzigingsvoorstel laat de naam van de vader vóórgaan wanneer partijen niet tot een eensluidend besluit komen. In geval van erkenning echter behoudt het kind de naam van de moeder, tenzij de moeder en de erkenner de naam van de vader kiezen.

De factor zorg speelt een rol: het is een voorwaarde voor de erkenning tegen de wil van de moeder, maar alleen in combinatie met verwekkerschap. Degene die het meeste zorgt heeft de meeste rechten, behalve als het een sociale vader (degene die het kind verzorgt en opvoedt, maar niet de verwekker is van het kind) betreft. Aangezien zorgtaken nog steeds het meest door de moeder worden verricht kan zij erkenning door de verwekker veelal tegenhouden. Erkenning door de persoon die wèl

1 Sociaal en Cultureel Rapport 1996, p. 503.

2 Bijvoorbeeld: HR 28 oktober 1994, nr. 8458, RvdW 1994, 214.

zorgtaken verricht, bijvoorbeeld de huidige (mannelijke) partner van de moeder, behoort tot de mogelijkheden.

3 Trends

In dit hoofdstuk wordt een schets gegeven van enkele ontwikkelingen op maatschappelijk gebied en op het gebied van de jurisprudentie die relevant zijn voor het bepalen van de plaats van de huidige wet. Om een oordeel te kunnen geven over de trends in afstammingskwesties en de omvang van de populatie waarin zich problemen kunnen voordoen die via het afstammingsrecht opgelost (moeten) worden zijn we ook op zoek gegaan naar kwantitatieve gegevens. Ter voorkoming van overlap in de teksten is de beschrijving van trends beperkt tot 'structuren'. Gevonden elementen van 'processen' en 'criteria' zijn daarin verwerkt.

3.1 Structuren

3.1.1 Arbeidsdeling

Wat in hoofdstuk 2 over arbeidsdeling in de huidige situatie is gemeld, geldt ook hier: er is geen eenduidig causaal verband.

3.1.2 Organisatie van intimiteit

Afstammingskwesties

In de eerste plaats bleek dat exacte aantallen met betrekking tot ontkenningzaken en rechterlijke procedures in verband met het vetorecht van de moeder bij door de vader gewenste erkenning niet voorhanden zijn. Hoewel het CBS bij de burgerlijke stand van (in ieder geval de grote) gemeenten relevante gegevens verzamelt, waren deze blijkens navraag niet in bruikbare vorm beschikbaar.

Ter illustratie is bij de gemeente Rotterdam navraag gedaan naar aantallen ontkenning- en erkenningszaken. De gegevens zijn voor de periode 1 januari 1996 tot 1 juli 1996 als volgt:

- 373 akten zijn opgemaakt in verband met *erkenning ongeboren vrucht*.
Op het moment dat het kind levend ter wereld komt heeft het dan een juridische vader en een juridische moeder. Ten aanzien van het ouderlijk gezag van de erkenner moet nog nadere actie volgen.
- op basis van de wettelijk verplichte Gemeentelijke Administratie Bevolkingsgegevens (GAB) zijn in het geautomatiseerde bevolkingssysteem 469 mutaties van er-

- kenning* geregistreerd. Dit aantal heeft betrekking op erkenningen na de geboorte, waarvoor geen termijn geldt en waarvoor de vereiste toestemming dus is verleend.
- in de periode 1 januari tot 1 oktober 1996 zijn *31 ontkenningen vaderschap* (rechterlijke procedure) geregistreerd. In het hele jaar 1995 waren dat 51 gevallen.
 - het aantal *ontkenningen/erkenningen* (uitgaande van de moeder) komt naar schatting op zo'n 12 per jaar: in de periode 1 januari 1996 tot 1 oktober 1996 is het 10 maal voorgekomen dat geweigerd werd de ontkenning te registreren omdat moeder en erkenner niet van plan waren te trouwen. Ondanks ontwikkelingen in de jurisprudentie mag de ambtenaar in zo'n geval de gevraagde akte niet opmaken. De ambtenaar verwijst betrokkenen naar de rechter, waar de erkenner met een beroep op family life zijn verzoek gehonoreerd kan zien.
 - *4 maal werd erkenning geweigerd* omdat de toestemming van de moeder ontbrak. Ook in dat geval verwijst de ambtenaar van de burgerlijke stand naar de rechter.

I *Ontkenning*

Populatie ontkenning

Bij ontkenningzaken gaat het om gehuwden, of om gescheiden mensen (bij ontkenning door de moeder: om mensen wier huwelijk minder dan 306 dagen geleden is ontbonden met daarbij opgeteld maximaal de ontkenningstermijn van een jaar), of om verweduwd mensen. Met andere woorden 'ontkenners' kunnen zich bevinden in drie van de vier door het CBS (Statistisch Jaarboek 1996) onderscheiden bevolkingsgroepen. Meer dan de helft van de totale bevolking bevindt zich in een situatie waarin - mits er een kind is - zich een ontkenningssituatie zou kunnen voordoen. Het CBS geeft de volgende demografische kerncijfers, per 1 januari 1995:

Op een totale bevolking van 15 982 881 mensen zijn de cijfers naar burgerlijke staat als volgt:

ongehuwd	6 724 355
bevolking van 0-19 jaar:	3 757 777
gehuwd	7 112 503
verweduwd	881 550
gescheiden	704 434

Volgens de meest recente gegevens van het CBS zijn er thans viereneenhalf miljoen meerpersoonshuishoudens. Ongeveer de helft daarvan - ruim 2.1 miljoen - zijn huishoudens met twee volwassenen en een of meer opgroeiende kinderen.

In 1994 zijn er 195 611 levendgeboren kinderen geteld. Verreweg het grootste deel, namelijk 85%, werd binnen een huwelijk geboren.

Noch het Nederlands Instituut voor Sociaal Sexuologisch Onderzoek (NISSO), noch het Nederlands Interdisciplinair Demografisch Instituut (NIDI) beschikt over cijfers die meer inzicht geven in het aantal kinderen dat staande huwelijk wordt geboren en niet de echtgenoot tot biologische vader heeft. Diverse schattingen die op dit terrein worden gedaan, zijn dermate ruw dat ze niet door officiële instanties kunnen worden bevestigd. De Engelse situatie waar een schatting heeft aangegeven dat de helft van de kinderen niet van de echtgenoot is, wordt volgens een door dr. I. Weeda gedane uitspraak niet door de Nederlandse situatie geëvenaard: zij houdt het erop dat 30% van de kinderen niet de echtgenoot van de moeder tot biologische vader heeft. Voor het onderhavige onderzoek is overigens ook nog van belang dat de populatie wordt verminderd met het aantal gevallen waarbinnen een ontkenning niet kan worden gehonoreerd: heeft de echtgenoot toestemming gegeven tot een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, of heeft hij vóór het huwelijk kennis gedragen van de zwangerschap, dan kan een ontkenningsverzoek niet worden toegewezen (tenzij de vrouw hem heeft bedrogen omtrent de verwekker).

II *Toestemming*

Populatie erkenning

Erkenning met of zonder toestemming is aan de orde in niet-huwelijkse situaties: eenoudergezinnen en samenwonende paren met kind(eren).

Per 1-7-1994 werden 324.000 eenoudergezinnen geregistreerd, tegenover 2.109.000 samenwonende paren met kinderen. Het traditionele gezin is nog steeds dominant.

De situatie van opgroeiende kinderen samenvattend:

- 85% groeit op bij twee gehuwde ouders
- 13% groeit op in een eenoudergezin
- 1.5% groeit op bij ongehuwd samenwonende ouders.

In het jaar 1994 is 3% van alle vrouwen in Nederland ouder in een eenoudergezin (ruim 200.000 vrouwen). Een procent van alle mannen is ouder in een eenoudergezin. De verwachting tot het jaar 2010 is dat het percentage vrouwen die lid zijn van een gehuwd paar met kinderen zal afnemen van 28% naar 25%, terwijl het percentage vrouwen dat lid is van een ongehuwd paar met kinderen toeneemt van 1 naar 2%.

Niet-gehuwde moeders¹

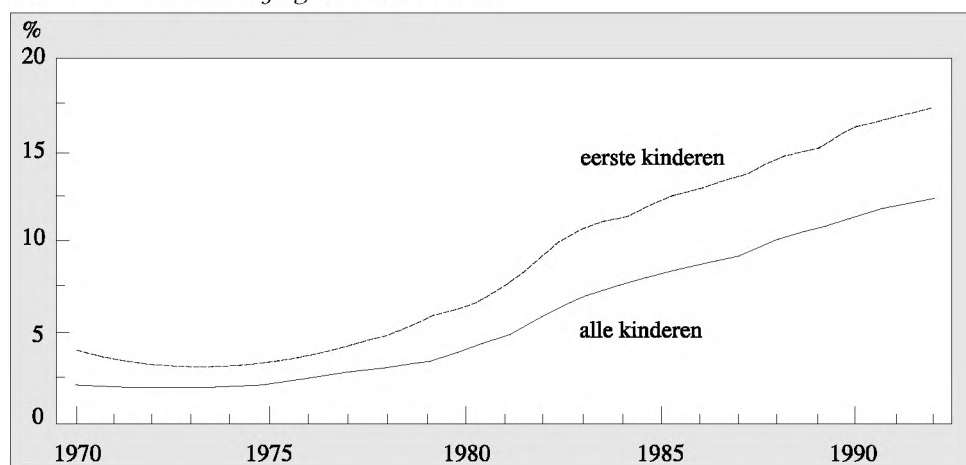
In de jaren vijftig werd slechts 1.5% van de kinderen buiten het huwelijk geboren. Daarna begon het percentage te stijgen, zij het aanvankelijk zeer licht. In 1975 was het nog maar iets boven de 2% gekomen, daarna ging het sneller: in 1980 was 4%

1 Tekst en schema's van deze paragraaf zijn grotendeels overgenomen uit CBS 1994, p.73 en 74.

bereikt en in 1985 8%. De stijgende trend zet onverminderd door. Van de eerst geboren is op dit moment al meer dan 17% buitenechtelijk en daarmee onwettig. Circa een derde deel van deze kinderen wordt later door een huwelijk gewettigd. Van alle geborenen blijft daardoor circa één van elke tien buitenechtelijk. Zij behoren tot uiteenlopende leefvormen zoals permanent niet-gehuwd samenwonenden, eenoudergezinnen en paren van gelijk geslacht.

Onderstaande tabellen illustreren de beschreven ontwikkelingen.

Tabel 1 - Buitenechtelijk geboren kinderen



Bron: CBS, Bevolkingsstatistieken

Tabel 2 - Vrouwen naar burgerlijke staat en wel of niet samenwonen bij geboorte eerste kind¹⁾

Geboorte periode 1e kind	Gehuwd	Niet-gehuwd				Totaal aantal vrouwen	
		woonde samen en daarna gehuwd	woont nog steeds samen totaal	w.o. verwacht te trouwen	woonde samen- woningen- relatie beëindigd		woonde niet samen
		%				abs.	
1984-1986	88	3	4	1	1	4	355
1987-1989	85	3	6	2	2	5	366
1990-1992	86	2	9	5	0	2	422

1) Leeftijd van de vrouw bij de geboorte van het eerste kind jonger dan 35 jaar.

Van alle vrouwen die in de periode 1984-1992 een eerste kind kregen woonde circa één van de tien op dat moment samen. Van deze samenwoners is anno 1993 inmid- dels ongeveer de helft getrouwd of verwacht binnenkort te trouwen. Omdat in voor- noemde gevallen het huwelijk plaats vindt na geboorte van het eerste kind, komt het voor dat men bij de geboorte van het tweede kind al getrouwd is. We zien dan ook dat eerstgeborenen oververtegenwoordigd zijn bij de buitenechtelijk geboren.

Het karakter van ongehuwd moederschap is de laatste decennia gewijzigd. Dit uit zich onder meer in de verschuiving van de leeftijd waarop de ongehuwde moeder haar kind krijgt. Er krijgen nu ook veel ongehuwde vrouwen van rond de 30 een kind. Twintig jaar geleden kregen vooral jongere vrouwen een buitenechtelijk kind (meer dan een derde deel van het totaal aantal jaarlijks buitenechtelijk geboren had moeders van 20-24 jaar).

De Nederlanders zijn minder traditioneel gaan denken over het huwelijk en andere samenlevingsvormen. Het aantal huwelijkssluitingen per 1.000 van de gemiddelde bevolking daalde van 8.8 in 1965 naar 6.4 in 1980 en naar 6.2 in 1992. Tegenover deze daling staan een toename van de aantallen alleenstaanden en van de aantallen ongehuwd samenwonenden. De opvattingen over het bewust alleenstaande moeder zijn en het krijgen van kinderen zonder een formeel huwelijk wijzigen de laatste jaren weinig. In 1993 keurt 43% van de 17-70-jarigen het goed als een alleenstaande vrouw bewust moeder wordt. 58 Procent keurt het goed als mensen die ongehuwd samenwonen kinderen krijgen. Een grote meerderheid van de bevolking keurt het goed als een echtpaar 'via de reageerbuis' een kind krijgt (81% in 1991).

Kiezen voor erkenning

De vrouw kan kinderen krijgen en de man niet. De vrouw heeft daarom in alle geval- len de verantwoordelijkheid voor haar kind en het ouderlijk gezag van rechtswege. De man heeft de keuze een kind te erkennen. Erkenning geeft de vader bepaalde rechten, doch geen enkele plicht tot een actieve bijdrage in de verzorging en opvoeding van het kind. Zwart-wit gesteld ligt bij de moeder deze verhouding feitelijk omgekeerd. Aangetekend moet worden dat op de erkenner wèl een onderhoudsplicht rust en de erkenner het kind niet kan onterven.

Vaders kunnen uiteenlopende drijfveren hebben bij de wens tot erkenning variërend van positief tot negatief: de vader kan ermee aangeven een familierechtelijke band te willen laten ontstaan en (vervolgens) vaderlijke verplichtingen te willen vervullen respectievelijk om zijn rechten tegenover moeder en kind te vestigen. Verwacht mag worden dat in de meeste situaties waarin een niet-gehuwde man en vrouw besluiten een kind te krijgen, de (stilzwijgende) afspraak bestaat dat de vader zal erkennen c.q. om alsnog te trouwen tenzij beide partijen daar andere ideeën over hebben. Er kan erkend worden of niet en alleen in het geval de vrouw niet wil dat de man erkent, is haar recht om toestemming te weigeren aan de orde.

De jurisprudentie

Een erkenning is nietig, indien zij is gedaan bij het leven van de moeder zonder haar voorafgaande schriftelijke toestemming (art. 1:224, lid 1, onder d, BW). De moeder heeft in de 'gebruikelijke situatie' (de moeder heeft het ouderlijk gezag, leeft met het kind in gezinsverband samen, voedt het op en verzorgt het) een vetorecht. De vraag deed zich voor of dit vetorecht van de moeder in sommige gevallen niet in strijd is met art. 8 EVRM. De biologische vader heeft op grond van dit artikel het recht het kind te erkennen, als er sprake is (geweest) van 'family life' tussen hem en het kind. De moeder en/of het kind hebben ook hun rechten, die tegenstrijdig kunnen zijn aan die van de vader. Er wordt per geval door de rechter beoordeeld of er sprake is van misbruik van bevoegdheid aan de kant van de moeder. In zijn beschikking van 18 mei 1990, NJ 1991, 374 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in de gebruikelijke situatie 'niet licht' kan worden aangenomen dat een weigering van de moeder om toestemming te geven tot erkenning, is aan te merken als misbruik van bevoegdheid en dat daarvan slechts sprake is als de moeder in feite geen enkel te respecteren belang bij haar weigering heeft. Zo wordt het bezwaar van de moeder die haar kind vanaf de geboorte alleen opvoedt en verzorgt, dat het kind door erkenning de naam van de vader zal gaan dragen, gerespecteerd. Wanneer er echter sprake is van een 'niet-gebruikelijke situatie', zo oordeelde de Hoge Raad in bovenaangehaalde uitspraak, is een maatstaf op zijn plaats die toelaat méér gewicht toe te kennen aan de belangen van de vader en de belangen van het kind. In zo'n geval kan misbruik aangenomen worden wanneer de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van de vader bij de erkenning en de daartegenover staande belangen van de moeder - telkens in verband met de belangen van het kind - in redelijkheid niet tot het weigeren van de toestemming had kunnen komen. In deze gevallen vindt dus een marginale - géén integrale - belangenafweging door de rechter plaats.¹ De man van wie is vastgesteld dat hij de biologische vader is van het kind én een relatie met het kind heeft dat familie-of gezinsleven (family life) vormt in de zin van art. 8 EVRM kan erkennen wanneer de redelijkheidstoets door de rechter in zijn voordeel uitvalt.

1 Voorbeelden van casus waarin een dergelijke belangenafweging werd gemaakt:

- HR 8 april 1988, NJ 1989, 170;
- HR 18 mei 1990, NJ 1990, NJ 1991, 374 en 375;
- HR 22 februari 1991, NJ 1991, 376;
- HR 8 november 1991, NJ 1992, 598;
- HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 65;
- HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 261;
- HR 8 december 1995, nr. 8659.

Vanaf 1988 wordt in de jurisprudentie inhoud gegeven aan het begrip family life. Dit begrip wordt volgens sommigen steeds verder opgerekt. De Keegan uitspraak¹ laat zelfs het samenlevingsvereiste vallen, mits partijen een onderlinge relatie hadden die op één lijn gesteld kan worden met een huwelijk en partijen de intentie hadden om samen een kind te krijgen. In de rechtspraak wordt aangenomen dat ook wanneer family life wordt onderbroken bijvoorbeeld wegens afwezigheid van de erkenner-verwekker voor een aantal jaren, het daarna weer kan herleven. Juist wanneer erkenning vervolgens als zuivere afstammingsvaststelling aan de orde is, komt duidelijk tot uitdrukking dat biologische afstamming en zorgend ouderschap twee heel verschillende dingen kunnen zijn. De HR overweegt op 8 december 1995 (nr. 8659) in een zaak waar geen sprake was van samenleving voor de geboorte, wel gedurende 11 maanden vanaf de 7e maand na de geboorte, ondermeer:

- dat het toestemmingsvereiste bij het totstandkomen van het BW in de wet is opgenomen ter bescherming van het belang van de moeder;
- dat het tegenwoordig vooral beoogt de bescherming van het onderlinge familie- en/of gezinsleven (en van het privéleven) van moeder en kind;
- dat uitgangspunt voor de beoordeling of er familie- en/of gezinsleven bestaat in de zin van art. 8 EVRM dient te zijn of het kind geboren is uit een relatie die met een huwelijk op één lijn valt te stellen. Wanneer het niet het geval is, bestond er geen - door het enkele feit van de geboorte - als familie- of gezinsleven aan te merken relatie.

Naarmate het begrip family life minder wordt opgerekt - in de zin dat de rechter minder snel overgaat tot het aannemen van het bestaan van family life - heeft het toestemmingsvereiste méér betekenis.

Een praktijkvoorbeeld

Om een indruk te krijgen van de omstandigheden die een rol kunnen spelen bij erkenning tegen de wens van de moeder, wordt de volgende - door een der geraadpleegde advocaten aangedragen - casus gepresenteerd (Hof Amsterdam 6 juni 1996).

Vader en moeder leren elkaar in '86 kennen, gaan op vakantie, beëindigen aldaar hun relatie en thuisgekomen blijkt moeder zwanger van hem. Januari '87 wordt zoon geboren. Vader is niet bij geboorte. In augustus '87 gaan ze samenwonen, wat vier maanden duurt.

In juni '89 weigert de moeder toestemming tot erkenning door de vader. Een verzoek van de vader om een omgangsregeling werd afgewezen. In januari '90

¹ Europese Hof voor de Rechten van de Mens 26 mei 1994 (Keegan): 'Bepalend voor de vraag of sprake is van family life is de aard van de relatie van de vader en de moeder en hun wens de relatie duurzaam te bestendigen en een kind te nemen.'

komt wel een omgangsregeling tot stand. In juli '90 vorderde de moeder in kort geding een straat- en contactverbod voor de vader. Een dergelijk verbod werd uitgesproken voor zes maanden.

In november '90 vertrekt moeder met 'nieuwe vriend' naar Frankrijk, waar de moeder bevalt van zoon van nieuwe vriend, die dat kind al voor de geboorte erkent. Terug in Nederland wil de biologische vader weer contact met de eerste zoon van moeder. In maart '92 wordt het eerste kind door 'de nieuwe vriend' erkend met toestemming van de moeder.

In november '95 wordt de erkenning van het kind door 'de nieuwe vriend' door de rechtbank vernietigd. De vader wenst vervolgens zijn kind te erkennen. De rechtbank beschikt eind november in voor de vader gunstige zin. De moeder stelt beroep in bij het Hof. Zij stelt dat de rechtbank ten onrechte family life aanneemt tussen de vader en het kind: deze contacten zijn door geweld en intimidatie door de vader afgedwongen en dus zonder haar toestemming tot stand gekomen. De uit de erkenning door de vader voortvloeiende rechtsgevolgen beschouwt zij in haar gezinssituatie als een ongewenste inbreuk op het gezins- en privéleven van haar en de kinderen. Zij is er voorts van overtuigd dat de vader na de erkenning door hem van de zoon nog meer druk op haar zal uitoefenen dan thans het geval is en vervolgens, na de omgangsregeling, het ouderlijk gezag aan de orde zal stellen.

Van de vader is nog gebleken dat hij

- alleenstaand is,
- in een familierechtelijke betrekking tot zijn zoon wil staan
- vooral een regelmatig contact met zijn zoon wil hebben.

In de eerste plaats stelt het Hof vast dat er tussen de vader en het kind *thans* een band bestaat, die kan worden aangemerkt als 'vie familiale/family life' in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden.

De vader is daarom ontvankelijk in zijn verzoek tot erkenning van de zoon. Het Hof overweegt verder:

'Aan het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen staat thans de weigering van de moeder in de weg om toestemming tot erkenning door de vader van S. te geven. De vraag die dan beantwoord moet worden is of de weigering van de moeder slechts kan worden opgevat als misbruik van haar in artikel 1: 224, lid 1, aanhef en onder d, BW verleende bevoegdheid toestemming tot erkenning te weigeren. Het gaat er daarbij om of de moeder in feite geen enkel te respecteren belang bij haar weigering heeft.'

De beslissing van het Hof valt uit in het voordeel van de moeder:

’Op grond van de feiten en omstandigheden die hiervoor zijn vermeld en van hetgeen hiervoor is overwogen, en mede in aanmerking genomen dat wijziging van de rechtspositie van S., die het gevolg zou zijn van erkenning door de vader, *een inbreuk op het gezins- en privéleven van de moeder en S.* met zich mee zou brengen, kan niet geoordeeld worden dat de vrouw bij haar weigering tot het geven van haar in artikel 1: 224, lid 1, aanhef en onder de, BW bedoelde toestemming, geen enkel te respecteren belang heeft. Dat S., ondanks erkenning door de vader via naamswijziging de naam van zijn moeder kan behouden, doet aan het voorgaande niet af.’

Ten opzichte van voorgaande casus lijkt er sprake van een verdergaande inperking van de belangen van de moeder in een recente uitspraak van het Hof Den Haag, 8 maart 1996 (*Nemesis* 1996, nr. 4).

De moeder weigert toestemming te geven tot erkenning van de kinderen door de vader. Beide ouders hebben te kennen gegeven de geslachtsnaamswijziging als gevolg van een eventuele erkenning niet te wensen. Het hof oordeelt dat het doel van erkenning even goed kan worden bereikt zonder naamswijziging. Voor zover deze naamswijziging een belemmering oplevert voor die erkenning kan dit onder omstandigheden een ongerechtvaardigde inmenging opleveren in de zin van artikel 8, lid 2 EVRM. De geslachtsnaamswijziging ten gevolge van de erkenning blijft daarom in casu achterwege.

Het hof acht de angst van de moeder voor een verdergaande inmenging in het familie- en gezinsleven van haar en de kinderen dan die welke het gevolg is van de thans goed functionerende omgangsregeling ongegrond. De mogelijkheid van de vader een verzoek tot gezagswijziging in te dienen en het feit dat de vader bij haar overlijden met het gezag zal worden bekleed kunnen evenmin worden aangemerkt als in recht te respecteren belangen. Het verzoek van de man wordt derhalve alsnog toegewezen. Hij beroept zich op een afweging van belangen van de moeder en die van hem zelf, welke laatste zwaarder wegen. Het belang van de man is gelegen in het feit dat hij als gevolg van de erkenning volgens de huidige wettelijke regeling meer mogelijkheden heeft om bij vooroverlijden van de moeder met het gezag over de kinderen belast te worden. Geenszins is het zijn bedoeling om zich te mengen in de verzorging en opvoeding van de kinderen door de moeder.

Samenvattend zijn in deze uitspraak de volgende belangen van de moeder opzij gezet: 1. geslachtsnaamswijziging; 2. aangrijpen erkenning door vader om zich intensief met verzorging en opvoeding te gaan bemoeien; 3. erkenning als middel om verzoek tot gezagswijziging; 4. het risico dat hij bij overlijden met gezag wordt bekleed.

4 Wetsvoorstel

4.1 Samenvatting onderdelen wetsvoorstel

I Ontkenning

Zowel de vader als de moeder kunnen volgens het voorgestelde artikel 1:200 het door huwelijk ontstane vaderschap betwisten. Een kind dat binnen 306 dagen na ontbinding van het huwelijk door echtscheiding wordt geboren heeft niet langer van rechtswege de ex-man van de moeder tot vader. Wordt het huwelijk ontbonden door de dood van de man, dan heeft het kind deze man wel van rechtswege tot vader. Als de vrouw zwanger is op het moment van overlijden van haar echtgenoot kan zij niet hertrouwen binnen één jaar (het 'treurjaar van de weduwe'). Wel kan zij het vaderschap van haar overleden man ontkennen.

Heel belangrijk in het wetsvoorstel is dat de eis van erkenning na ontkenning is geschrapt. Dat betekent dat wanneer niet wordt erkend na de ontkenning, de mogelijkheid om te erkennen open blijft staan voor de toekomst. Als de vrouw niet wil dat erkend wordt, kan het gebeuren dat de vader op een later moment - wanneer er inmiddels family life is - toch wil gaan erkennen.

Voor het kind staat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap open.

Er blijft nog wel verschil tussen de ontkenningmogelijkheden voor man en vrouw. In geval van huwelijk is ontkenning van het vaderschap door de vader of de moeder niet mogelijk als de man voor het huwelijk kennis heeft gedragen van de zwangerschap van zijn echtgenote (art. 1:200, lid 2). Evenmin kunnen vader of moeder het vaderschap ontkennen, indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (art. 1:200, lid 3). Heeft de moeder de vader echter bedrogen omtrent de verwekker dan zijn beide beperkende leden niet van toepassing voor de vader: in geval van bedrog omtrent de verwekker heeft de vader wel een ontkenningmogelijkheid.

Termijnen

Aan de ontkenningmogelijkheden zijn met het oog op de rechtszekerheid termijnen gesteld die voor de vader en de moeder één jaar belopen. Voor de vader begint naar huidig recht de termijn (van 6 maanden) te lopen vanaf de geboorte van het kind of als hij daarmee niet bekend was, vanaf het moment dat hij ermee bekend wordt. In het voorstel wordt het aanvangstijdstip gelijk gesteld met die voor het kind: het moment dat de vader bekend wordt met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologi-

sche vader is. Voor de moeder loopt de termijn vanaf de geboorte tot een jaar nadien. Voor het kind wordt een termijn van drie jaar aangehouden. Wordt het feit dat zijn vader vermoedelijk niet zijn biologische vader is, bekend tijdens zijn minderjarigheid, dan loopt de termijn in ieder geval tot drie jaar na de meerderjarigheid. Een en ander betekent dat er situaties mogelijk zijn waarin de moeder niet meer kan ontkennen, terwijl het kind dat nog wel kan.

Aangezien de moeder een jaar de tijd heeft om het vaderschap te ontkennen, is het mogelijk dat de man in dat jaar toch family life heeft ontwikkeld. Hij kan naar de rechter stappen om een omgangsregeling op basis van een 'nauwe persoonlijke betrekking met het kind'. Als man en vrouw bij elkaar blijven na ontkenning dan wordt de man stiefvader.

II *Toestemming*

De erkenning is ondermeer nietig, indien zij is gedaan - terwijl het kind de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt - zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de moeder (art. 1:204, lid 1, sub c). Bij gebreke van deze toestemming wordt deze op verzoek van de man die het kind wil erkennen door de toestemming van de rechtbank vervangen, indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden, en de man de verwekker is van het kind (art. 1:204, lid 3).

Ook als de moeder is overleden is er - anders dan onder het vigerende recht - sprake van ontbreken van toestemming.

Ten aanzien van dit onderdeel van het wetsvoorstel wordt in de memorie van toelichting betoogd: 'Zoals ook voortvloeit uit rechtspraak van de Hoge Raad (zie onder andere HR 8 april 1988, NJ 1989, 170) kunnen op deze wijze de belangen van alle betrokkenen (verwekker, moeder en kind) door de rechter in de afweging worden betrokken. Voorts (p.11 MvT): 'Primair staat het belang van de verzoeker bij het tot stand komen van de familierechtelijke rechtsbetrekking. Zijn belang kan echter niet zo zwaar wegen dat de belangen van het kind of die van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind geschaad zouden worden als de toestemming zou worden vervangen. Vaak zullen de belangen van kind en moeder parallel lopen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de schade die de verhouding van moeder en kind kan oplopen, indien de verkrachter zijn kind zou willen erkennen. Zijn de verhoudingen tussen de verwekker die wil erkennen en de moeder slecht en wordt de erkenning gebruikt om een doorbraak in de verhoudingen te forceren, dan kunnen de belangen van het kind of die van de moeder bij een ongestoorde verhouding met haar kind zwaarder wegen dan die van de aspirant-erkenner. Dat hoeft niet steeds het geval te zijn. De man kan geruime tijd meer dan de moeder de zorg voor het kind hebben gehad, maar op enig moment door de moeder ten onrechte buiten de deur

zijn gezet. In een dergelijk geval kan het belang van het kind juist gediend zijn bij een erkenning.’

De factor zorg kan dus blijkens het laatste voorbeeld in de Memorie van Toelichting een rol spelen. Het zal veelal gaan om zorg in het verleden: indien de verwekker een groot aandeel heeft in de verzorging en opvoeding valt immers moeilijk in te zien waarom de moeder haar toestemming tot erkenning weigert.

Onder het huidige recht vindt in de ‘niet-gebruikelijke situatie’ een marginale belangenafweging plaats, waarbij de belangen van de vader en die van het kind bij de mogelijkheid tot continuering van de verzorging door de vader meewegen.

Thans is er in de jurisprudentie van de Hoge Raad sprake van een duidelijke honorering van zorg: de verwekker die veel gezorgd heeft, heeft meer kans op succes bij de rechter, ten aanzien van de moeder die niet zorgt geschiedt de rechterlijke toetsing minder terughoudend. Er is dus een gradueel verschil in toetsing. Loeb en Henstra (1996, p. 84) stellen dat de Hoge Raad alleen belangenafweging toestaat in het uitzonderlijke geval dat de vader de feitelijk verzorgende ouder is. In het wetsvoorstel is in alle gevallen een integrale belangenafweging voorzien, wanneer de erkenner-verwekker zich tot de rechter wendt omdat de moeder haar toestemming tot erkenning weigert.

Loeb en Henstra (1996, p. 86) stellen voorts dat aan de erkenning op basis van de dwingende wettelijke regeling een totaalpakket aan rechtsgevolgen is verbonden: ‘Daardoor kan geen onderscheid worden gemaakt tussen rechtsgevolgen die bij afstamming aansluiten en die welke qua karakter bij zorgend ouderschap passen’. Ook, zo stellen beide auteurs, biedt de dwingende wettelijke regeling weinig ruimte voor keuzevrijheid, gelijke behandeling en zelfbeschikking.

Bedacht moet worden dat nu het naamsgevolg verdwijnt, het ‘totaalpakket’ bestaat uit rechtstreekse gevolgen op het terrein van erfrecht en nationaliteit. Op het terrein van de nationaliteit is een wetsvoorstel aanhangig ondermeer inhoudend dat de nationaliteit van de erkenner niet automatisch overgaat naar het kind, maar slechts indien drie jaar door de erkenner is gezorgd. Resteert een mogelijk indirect gevolg: de kans om via de rechter een omgangsregeling tot stand te brengen is na erkenning groter.

Vage normen

Welke beperkingen van de mogelijkheid tot erkenning in overeenstemming zijn met artikel 8 EVRM wordt aan het oordeel van de rechter overgelaten: de rechter zal wanneer het wetsvoorstel is aangenomen en in werking is getreden de nieuwe toetsingsgronden van art. 1: 204, lid 3 (‘belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind’ en ‘de belangen van het kind’) gaan invullen. Wat precies die belangen zijn en welke criteria daarvoor gelden heeft de wetgever zelf niet nader aangegeven maar ter beoordeling aan de rechter overgelaten. Er bestaat in de

literatuur of de publieke opinie niet zonder meer consensus over, zodat verschillende oplossingen mogelijk zijn. Het afzonderlijk (moeten) aantonen van het bestaan van family life door de verwekker is - in afwijking van wat thans geldt - bijvoorbeeld niet vereist. Is het dus geen voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de verwekker in zijn verzoek aan de rechter, wellicht zal het wel (impliciet) een rol gaan spelen bij de belangenafweging. Belangrijk is om vast te stellen dat het in de belangenafweging primair gaat om het belang van de vader en dat de positie van het kind een belangrijke rol speelt. Welke factoren in de door de rechter te maken belangenafweging mee zullen spelen en wat de zwaarte zal zijn van de verschillende belangen is echter moeilijk te voorspellen. Het is in het kader van deze EER niet de bedoeling geweest om rechters uitspraken hierover te ontlokken, noch is uit andere bron te vernemen hoe rechters met deze materie om zullen gaan. Dat is ook logisch, aangezien het eigen is aan de rechterlijke macht om geen voorspellingen te doen over toekomstige gevallen. Het rechterlijk oordeel is ook sterk afhankelijk van het te beslissen geval.

Het feit dat invulling van deze - van de huidige regeling behoorlijk afwijkende - regeling in ruime mate aan de rechter wordt overgelaten doordat de wet geen duidelijke criteria geeft en het feit dat de wet niet differentieert naar rechtsgevolgen voor verschillende situaties (erkenning met toestemming van moeder dan wel met toestemming van de rechter) kan het vertrouwen in een voor vrouwen(emancipatie) gunstig effect ondermijnen.

Termijnen

Er is geen termijn gesteld aan de mogelijkheid voor de man om te kunnen erkennen met vervangende toestemming. Dat geeft onzekerheid voor de vrouw voor de toekomst. Er kan ook sprake zijn van ongelijkheid tussen man en vrouw, omdat de vrouw, omgekeerd, maar vijf jaar heeft voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.

4.2 Relatie van het wetsvoorstel met emancipatiebeleid

De vraag is of beide bepalingen uit het afstammingsrecht de keuzevrijheid van vrouwen inzake de inrichting van het eigen leven om alleen of samen met anderen vorm en inhoud aan hun leven te geven vergroten.

I Ontkenning

Ten aanzien van de introductie van de ontkenningmogelijkheid voor de vrouw is duidelijk dat haar keuzevrijheid wordt vergroot: zij kan op grond van het feit dat de man niet de biologische vader is, het vaderschap ontkennen en - alleen als zij dat

vervolgens wil - een andere man laten erkennen. De problemen die zich blijken de jurisprudentie hebben voorgedaan in situaties dat de echtscheiding niet op tijd was ingeschreven, of de echtgenoot niet beschikbaar was om medewerking te verlenen aan echtscheiding, of niet bereid of in staat om zijn vaderschap te ontkennen kunnen hiermee tot het verleden gaan behoren. De rechter kan zich niet langer op het standpunt stellen dat oplossing van bepaalde ontkenningsskwesties 'zijn rechtsvormende taak te buiten gaan'. De geraadpleegde deskundigen waren unaniem van mening dat dit onderdeel van het wetsvoorstel een 'goede zaak voor vrouwen' is. Door niemand van hen zijn mogelijke voor emancipatie negatieve effecten gemeld.

Het gelijktrekken van de mogelijkheid tot ontkenning voor man en vrouw is ingegeven door de wens tot gelijke behandeling van de vader en de moeder. Gelijke behandeling hoeft op zichzelf nog niet te leiden tot een positief emancipatie-effect. In het ingetrokken wetsvoorstel (nr. 20 626) was ook sprake van gelijke behandeling, maar werd de eis gesteld dat partijen ten tijde van de geboorte van het kind gescheiden leefden dan wel in een scheidingsprocedure betrokken waren. In het onderhavige voorstel werd deze eis in concrete gevallen mogelijk te verstrekkend gevonden.

Na ontkenning hoeft geen erkenning te volgen, zoals thans nog de wettelijke regel is. Vrouwen hoeven in de toekomst (anders dan thans het geval is), wanneer ze een kind hebben van een andere man dan die waarmee ze getrouwd zijn/waren, niet per se te trouwen met de verwekker van het kind om het vaderschap van hun (ex-)echtgenoot te kunnen ontkennen. De keuze voor een onafhankelijk moederschap kan daarmee worden gehonoreerd. Ook lijkt het voorstel de mogelijkheid van niet-huwelijkse samenlevingsverbanden te vergroten.

II *Toestemming*

De keuze om erkenning te verhinderen kan beïnvloed worden door praktische omstandigheden (zoals het ongemak dat gepaard kan gaan met naamsverandering van het kind door erkenning), maar ook door maatschappelijke processen als emancipatie en individualisering. Facilitering van erkenningsmogelijkheden door vervangende toestemming verhindert een persoonlijk emancipatieproces als het de wens van de moeder is om 'de man op afstand te houden' en hem de tweede viool te laten spelen.

Een andere visie wordt ook gehoord: kiest een vrouw ervoor om alleenstaand moeder te zijn, dan kan haar alleen-verantwoordelijkheid de ongelijke machtsverhoudingen tussen vrouwen en mannen met betrekking tot de voortplanting en de zorg voor kinderen versterken en kan zij vast blijven zitten in haar verantwoordelijkheid voor het nageslacht.¹

1 Holtrust 1993, p. 30, waar zij C. Verheijen (1986) aanhaalt in haar artikel 'Moederschap, gecontroleerde zelfbeschikking' in: *Jeugd en Samenleving* 131-138.

4.3 Structuren: wordt er in het wetsvoorstel expliciet rekening gehouden met sekseverschillen op het terrein van arbeidsdeling en de organisatie van intimiteit?

I Ontkenning

Het wetsvoorstel geeft vrouwen meer mogelijkheden tot het organiseren van intimiteit op grond van eigen keuze al dan niet tot ontkenning over te gaan. Feitelijke arbeidsdeling of normatieve opvattingen over arbeidsdeling spelen geen rol.

II Toestemming

Op grond van de Europese jurisprudentie komt aan de verwekker van het kind die met dat kind 'family life' heeft, het recht toe dat kind te erkennen. Dit recht is thans in het wetsvoorstel verwerkt op een nadrukkelijker wijze dan in de huidige regelgeving. De rechtspraak kon overigens 'een heel eind komen' met art. 8 EVRM. Is het wettelijk uitgangspunt tot nu toe het vetorecht van de moeder, in het wetsvoorstel staat het recht van de vader op erkenning veel centraler. Een belangenafweging moet duidelijk maken of de rechten van het kind of de moeder er in het concrete geval toe leiden dat het recht van de verwekker niet geëffectueerd kan worden.

Naar de huidige rechtspraak van de Hoge Raad komt in 'niet-gebruikelijke' situaties (wanneer de vader een groter aandeel in de verzorging en opvoeding van het kind heeft gehad en heeft dan gebruikelijk) sneller een doorbreking van het vetorecht tot stand. In het wetsvoorstel staat het kunnen ontstaan van een afstammingsband tussen de verwekker en zijn kind voorop.

4.4 Processen: zijn er veranderingen die (in)direct van invloed zijn op de verdeling van hulpbronnen?

I Ontkenning

De rechten van betrokkenen ondergaan veranderingen. Met betrekking tot geld en arbeid zijn de gevolgen slechts indirect. Als de moeder het vaderschap van haar echtgenoot of overleden echtgenoot ontkent dan zal dat veelal gebeuren in een situatie dat de echtgenoten gescheiden zijn gaan leven. De onderhoudsverplichting van de echtgenoot voor het betreffende kind vervalt bij de ontkenning. Daarvoor in de plaats komt de onderhoudsverplichting van de biologische vader ongeacht of erkenning heeft plaats gevonden. Alleen wanneer de verwekker van het kind niet bekend is of niet in staat of bereid is te gaan betalen ontstaan er financiële consequenties voor de moeder. Relatief veel vrouwen die alleen de zorg hebben van hun kind(eren) hebben een bijstandsuitkering. Zij kunnen - maar niet als rechtstreeks gevolg van hun ont-

kenning - te maken krijgen met ontwikkelingen als de terugdringing van het alleenstaand fulltime moederschap, hetgeen wordt veroorzaakt doordat bijstandsvrouwen nog maar vijf jaar lang de kinderen zelf volledig mogen verzorgen.¹ Niet verwacht wordt dat de mogelijkheid tot ontkenning door de vrouw leidt tot vermeerdering van het aantal vrouwen in de bijstand. Ontkenning zal zich veelal voordoen wanneer feitelijk al sprake is van een verbroken relatie. Eventuele betaling van alimentatie voor het betreffende kind kan door de ontkenning wel veranderen. In principe kan dit worden gecompenseerd door de financiële verplichtingen van de biologische vader. Hetzelfde geldt voor de andere aan het juridisch vaderschap gekoppelde rechten en verplichtingen die beëindigd worden door het verbreken van de afstammingsrelatie.

Tabel 3 - Personen van 15-64 naar arbeidsduur per week en positie in het huishouden, 1994

Vrouwen	Arbeitsduur per week					Totale bevolking (=100%) x 1000
	geen betaald werk %	1-11 uur	12-19 uur	20-34 uur	35 uur of meer	
Eenpersoonshuishouden	41	8	3	13	35	599
Ouder zonder partner met minderjarige kinderen	60	7	5	17	22	167
w.v. jongste kind 0-5 jaar	75	-	-	10	-	56
jongste kind 6-11 jaar	57	-	-	20	10	52
jongste kind 12-17 jaar	48	-	-	21	17	58
Ouder zonder partner met alleen meerderjarige kinderen	58	-	-	14	17	74
Lid van een paar zonder kinderen	43	5	4	20	28	1.499
Lid van een paar met minderjarige kinderen	48	14	11	21	7	1.620
w.v. jongste kind 0-5 jaar	51	13	11	19	6	790
jongste kind 6-11 jaar	47	16	12	20	6	416
jongste kind 12-17 jaar	44	14	10	23	9	414
Lid van een paar met alleen meerderjarige kinderen	59	10	7	16	7	460
Meerderjarig kind	36	16	3	12	34	410
Minderjarig kind	71	23	2	3	2	269
Ander lid	49	9	-	13	26	58
Totaal	47	10	6	17	19	5.156

1 Jet Tigchelaar, in redactioneel Nemesi 1996, nr. 3.

Bedacht moet worden dat van vrouwen als ouders in een eenoudergezin zich ruim 54% onder of rond het minimum inkomen bevindt. Nog eens 24% heeft een minimum tot modaal inkomen.

Een vrouw die ouder is zonder partner met minderjarige kinderen heeft in de meeste gevallen geen betaald werk. Is ze lid van een paar met minderjarige kinderen dan liggen de cijfers met betrekking tot arbeidsparticipatie iets gunstiger. Tabel 3 geeft een overzicht van vrouwen van 15-64 jaar naar arbeidsduur per week en positie in het huishouden, 1994.¹

II *Toestemming*

Vervangende toestemming zal niet van invloed zijn op bestaande arbeidsdeling omdat verdeling van zorgtaken geen onderdeel vormt van de voorgestelde regeling.

In de huidige rechtspraak van de HR wordt bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van misbruik van de bevoegdheid om toestemming tot de erkenning te weigeren onderscheid gemaakt naar 'gebruikelijke situaties' en 'niet-gebruikelijke situaties'. In gebruikelijke situaties heeft de moeder het gezag over het kind, leeft samen met het kind, verzorgt het en voedt het op. Alleen wanneer zij 'geen enkel te respecteren belang heeft bij de weigering' is er sprake van misbruik van de bevoegdheid om toestemming tot de erkenning te weigeren.

De beoordelingsruimte bij het vaststellen van misbruik van bevoegdheid is veel beperkter dan bij vervangende toestemming zoals voorzien in het wetsvoorstel. Daarbij vindt afweging plaats van: 1) de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind en 2) de belangen van het kind. Dat betekent dat de beslissing vaker ten gunste van de vader kan uitpakken dan thans. Het is moeilijk te voorspellen welke factoren een rol gaan spelen bij de (integrale) belangenafweging door de rechter. Te verwachten is dat family life een rol zal (blijven) spelen, en dat de inhoud die tot heden gegeven is aan het begrip family life niet direct verandert. De rechter moet echter ook nieuwe begrippen inhoud gaan geven. Justitiabelen zijn daarvan afhankelijk.

4.5 Processen: In hoeverre bevatten de voorgestelde wetsonderdelen regels over of verbonden met gender?

De ontwikkelingspsychologie heeft lange tijd de moeder-kind relatie centraal gesteld: de moeder was de eerstverantwoordelijke voor het doen en laten van haar kinderen. De laatste decennia richt de aandacht zich op de betekenis van het

1 Emancipatie in cijfers 1995, p. 36.

vaderschap voor de ontwikkeling van de kinderen. Het gaat daarbij niet in eerste plaats om het bestaan van een familierechtelijke betrekking tussen vader en kind, maar om een actieve participatie van de vader in het gezinsleven. Tevens gaat de aandacht uit naar de vraag in welke mate de vader een unieke, onvervangbare bijdrage levert aan de ontwikkeling van zijn kinderen. De biologische noch de juridische band blijkt voorwaarde om ouderschap op een goede wijze te kunnen invullen. Voor het jonge kind wordt aan het biologisch aspect van ouderschap relatief weinig belang gehecht.

Vanuit de erkenning wensende vader bezien, kan gesteld worden dat de biologische band die hij heeft met het kind voor hem kennelijk wèl een speciale betekenis heeft. Echter alleen wanneer hij verwekker is maakt zijn verzoek om vervangende toestemming kans van slagen: het 'blote' biologische vaderschap kan hem niet tot juridisch ouder maken.

I Ontkenning

Wat hierover is gerapporteerd in het kader van het kabinetsstandpunt leefvormen & de betrekkingen met kinderen¹ geldt ook hier: de wetgever houdt vast aan het bestaande afstammingsrecht waarin sociaal en biologisch ouderschap in principe met elkaar samenvallen. Binnen het afstammingsrecht wordt dus geen oplossing aangedragen voor het feit dat in de praktijk de sociale ouder lang niet altijd ook de biologische ouder van een kind is. Dat de tijd rijp is voor erkenning van sociaal ouderschap is geen punt van discussie meer, wel wordt gediscussieerd of regeling in het afstammingsrecht moet gebeuren of binnen een andere wet. Dat zulks niet is gerealiseerd in dit wetsvoorstel is een strategische keuze van de wetgever: het is de uitslag van de keuze tussen het hele systeem drastisch veranderen of de wet op onderdelen aanpassen aan de tijd c.q. de (Europese) rechtspraak. In andere wetsvoorstellen wordt gewerkt aan de vormgeving van andere aspecten van sociaal ouderschap. In de literatuur worden verschillende alternatieven ontwikkeld. Eén daarvan voorziet in de loskoppeling van de juridische afstammingsrelatie van de gezagsrelatie in de zin dat de eerste geen voorwaarde meer hoeft te zijn voor de tweede. Het biedt de mogelijkheid om sociale ouders een juridische ouderrol in de vorm van gezag te geven.

II Toestemming

Het belang van het juridisch vaderschap als instrument om een afstammingsband te vestigen krijgt een zwaarder gewicht. Wellicht is hier sprake van een al dan niet te-rechte vertaling van de thans heersende opvatting dat een kind onder alle omstandigheden het recht heeft zijn biologische vader te kennen. Het recht van het kind om

1 Verloof en Roggeband 1994, p. 133.

zijn vader te kennen is haast een nieuwe orthodoxie geworden (*de Volkskrant*, 5 oktober 1996). De Utrechtse hoogleraar adoptierecht R. Hoksbergen voert al geruime tijd actie tegen de anonimiteit van de spermadonor. Het wetsvoorstel gaat overigens niet zo ver om ook de spermadonor als biologische vader de mogelijkheid te geven de toestemming van de moeder tot erkenning te laten vervangen door rechterlijke toestemming; die actie is voorbehouden aan de verwekker.

Bij erkenning met vervangende toestemming verandert er voor de moeder en het kind iets in de betrekking tot de vader. In de eerste plaats ontstaat een afstammingsrelatie tussen vader en kind. Dit enkele feit kan een ingrijpende (relationele) verandering in de leefomgeving van een jong kind te weeg brengen. Een door continuïteit en stabiliteit gekenmerkte leefsituatie, waarin het jonge kind veiligheid en geborgenheid ervaart kan worden gezien als een belangrijke voorwaarde voor een evenwichtig verloop van de kinderlijke ontwikkeling.¹ Als de leefsituatie van het kind 'verstoord' wordt door erkenning heeft dit negatieve effecten voor moeder en kind.

4.6 Criteria

Er zijn ten aanzien van de voorgestelde regeling tot vervangende toestemming nog een aantal opmerkingen te maken die raken aan de begrippen 'gelijkheid', 'pluriformiteit' en 'autonomie'.

Uitholling recht moeder

Moeders hebben in de regel duidelijke redenen om een erkenning tegen te houden. Als de vervangende toestemming door de rechter gemakkelijker wordt, dan is de angst dat de weigering tot toestemming door de moeder niet veel meer voorstelt.

Volgens sommigen is erkenning tegen de wil van de moeder de enige plek in het afstammingsrecht waar 'zorg' werd gehonoreerd. Het wordt als pijnlijk ervaren dat dit argument slechts wordt gehonoreerd als het in het belang van de man kan worden gehanteerd. Het zorgargument dreigt, zo stellen zij, verloren te gaan in het wetsvoorstel doordat er een belangenafweging plaatsvindt, die uitgaat van het belang van de vader. Weliswaar kan family life en de factor zorg daarbinnen een rol gaan spelen, maar in welke omvang en volgens welke criteria is niet duidelijk. De wet zelf biedt hiervoor ook geen aanknopingspunten. De doelstelling van de vrouw-en-recht-beweging is dat degene die zorgt de rechten krijgt.

Vervolg op erkenning

1 Raad voor het Jeugdbeleid 1988, p. 22.

De gevolgen van vervangende toestemming zijn in principe dezelfde als de gevolgen van erkenning met toestemming van de moeder. Erkenning kan de eerste stap zijn naar gezagswijziging. Als 'gedwongen' erkenning heeft plaatsgevonden dan kan gezagswijziging gemakkelijker worden gerealiseerd. Zo'n volgende stap vereist een nieuwe procedure. De ontvankelijkheid zal na erkenning geen probleem zijn. Dat is wel het geval ten aanzien van de sociale ouder die omgang wil: hij is ontvankelijk op grond van een wettelijke bepaling (art. 1: 377a), die van derden eist dat er een 'nauwe band' bestaat.

Rechter en belangenafweging

De moeder wordt afhankelijk van de rechter die belangenafweging gaat maken. Is er iets te voorspellen over het gedrag van de rechter? De volgende opmerkingen kunnen daarbij gemaakt worden:

- het is koffiedik kijken wat de rechters gaan doen.
- er zijn geen redenen te denken dat met de toename van het aantal vrouwelijke rechters de positie van vrouwen in de rechtspraak verbetert.
- de vraag is of de rechterlijke macht zich anders gaat gedragen nu er een 'wettelijk recht' komt, inhoudende vervangende toestemming. Dat is immers anders dan in het verleden toen op basis van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid werd rechtgesproken. In deze zaken liet de HR regelmatig weten dat oplossing van een zaak *zijn rechtsvormende taak te buiten ging*. De hoven stellen zich gewoonlijk wat legalistischer op dan de lagere rechters, hetgeen op dat (laatste) niveau rechtsongelijkheid kon veroorzaken.

Effect nieuwe regelgeving

In de jurisprudentielijn kunnen aanwijzingen gevonden worden voor wat in de toekomst valt te verwachten ten aanzien van rechterlijke uitspraken. Volgens een van de deskundigen is in de omgangskwesties een kentering gekomen door de nieuwe regelgeving op dat terrein. Bekend is geworden dat de (lagere) kinderrechters weliswaar beslisten als daarvoor, maar dat de hoven veel juridischer te werk gingen. Wegens het feit dat er (maar) vier wettelijke ontzeggingsgronden nadrukkelijk werden vermeld, legden ze veel meer regelingen op dan daarvoor. Dat leverde - naar de mening van deze deskundige - onmogelijke situaties in de praktijk.

Bovendien bestaat het gevaar dat je de illusie geeft dat justitiabelen méér rechten hebben. Ten aanzien van omgangsregelingen leek dat het geval. Er zijn echter geen sancties (wel: dwangsom, echter moeilijk bij bijstand; gijzeling; stoppen met kinderalimentatie; kind de dupe; gedwongen hulpverlening en ondertoezichtstelling; op moeder inpraten en aansturen op gezagswijziging) die realisering van rechten kunnen bevorderen.

Man-vriendelijke rechter

Uit de AA-bundel van Holtrust/de Hondt zou - volgens een der deskundigen - te distilleren zijn dat de rechtsvormende taak van de rechter ongunstiger uitpakt wanneer het belang van de moeder in het geding is, dan wanneer het om de vader gaat. Voorbeeld: de rechter heeft ondanks het wettelijk verbod daartoe toegestaan dat de gehuwde man een kind kan erkennen. De eerste keer ging het om een grensgeval, waarin de echtgenote van die man onvruchtbaar was en de echtelieden bovendien 'in scheiding lagen'.

De verwekker die wil erkennen zal mogelijk family life moeten aantonen. Rechters zijn wellicht (te) snel geneigd zulks aan te nemen. In de rechtspraak wordt bijvoorbeeld aangenomen dat ook wanneer family life wordt onderbroken wegens afwezigheid van de erkenner voor een aantal jaren, het daarna weer kan herleven.

Ongunstig effect procedures

In de loop van de jaren is 'omgang moet' even gewoon geworden als 'melk moet'. Echter: 'in the best interest of the child' is het soms beter dat er rust heerst in het eenoudergezin en het kind dus niet voortdurend geconfronteerd wordt met conflictsituaties. Allerlei procedures wekken vaak alleen maar onrust.

Wat betekent al het geprocedeer voor vrouwen? Mannen weten eerder de weg naar de rechter te bewandelen. Vrouwen hebben achterstand wanneer het gaat om voor zichzelf opkomen. In rechterlijke procedures zijn vrouwen nogal eens de mindere.

5 Effecten wetsvoorstel

In dit hoofdstuk worden de verwachte effecten van het wetsvoorstel - in vergelijking met de huidige situatie - samengevat en worden enkele aandachtspunten voor de wetgever beschreven. Tenslotte wordt stilgestaan bij de beperkingen waarbinnen deze EER is uitgevoerd.

5.1 Reikwijdte van de effecten

I Ontkenning

De regeling van de ontkenningmogelijkheid is slechts van toepassing voor door huwelijk ontstaan vaderschap. Alleen wanneer de vader op het tijdstip van de geboorte was gehuwd met de vrouw uit wie het kind is geboren, of wanneer het huwelijk is ontbonden *door zijn dood* binnen 306 dagen voor de geboorte, kan ontkenning aan de orde zijn. Niet langer hoeft het vaderschap ontkend te worden van het kind dat vóór de 307de dag na de ontbinding van het huwelijk is geboren, omdat de vroegere echtgenoot niet meer automatisch de juridische vader is. Dit wordt algemeen als een goede zaak beschouwd. Het aantal situaties waarin behoefte bestaat om te ontkennen zal erdoor afnemen. Of per saldo vaker ontkend zal worden, omdat vrouwen nu ook de mogelijkheid hebben, is moeilijk te voorspellen. Omgekeerd immers moest in het huidige recht vaak door vaders ontkend worden omdat de echtscheidingsbeslissing enige tijd kan duren en vervolgens pas definitief wordt door inschrijving in de registers van de burgerlijke stand. De inschrijving kan pas als zeker is dat geen hoger beroep wordt ingesteld (2 maanden). Welke situaties doen zich dan voor in de praktijk? Moeder heeft de echtscheidingsbeslissing van de rechter. Ze wordt zwanger van de nieuwe vriend. Naar huidig recht gaan de 306 dagen pas tellen na de definitieve inschrijving. Pas bij de burgerlijke stand komt men erachter dat het kind nog geacht wordt van de ex-echtgenoot te zijn. Rechter krijgt bericht van 'vergeten' kind en roept ambtshalve de ouders op (moeder en ex-echtgenoot) om te beslissen over het ouderlijk gezag. De rechter raadt vader aan om een ontkenningprocedure te starten. Exacte aantallen zijn niet te geven. De meeste zaken komen niet verder dan de burgerlijke stand, pas als het daar mis gaat komen zaken bij de rechter in eerste aanleg. Aangezien het veel gaat om casuïstiek, waarvoor de rechter in de afgelopen jaren via artikel 8 EVRM een oplossing gevonden heeft, is doortrekking van die lijn te verwachten.

Voor de vrouw zal ontkenning veelal aan de orde zijn wanneer zij de wens heeft de biologische vader te laten erkennen. Hoewel erkenning geen vereiste is, is de verwachting dat na ontkenning doorgaans erkenning plaats zal vinden. Er kan zich wel een probleem voordoen als de echtgenoot inmiddels family life heeft gekregen met het kind in het jaar dat de moeder voor haar ontkenningssactie ter beschikking staat. Ook als ontkenning niet gevolgd wordt door erkenning heeft dat gevolgen voor het kind op het gebied van erfrecht, nationaliteit en geslachtsnaam.

II *Toestemming*

De regeling van de vervangende toestemming is slechts van toepassing voor de verwekker van het kind in geval de moeder (of het kind) haar (zijn) toestemming weigert. De moeder heeft voor die weigering haar redenen, die in geval van vervangende toestemming echter niet het gewenste effect voor haar en de bescherming van haar privé- en gezinsleven hebben. Door een geraadpleegde advocaat wordt dit zo geuit: 'Het gaat niet aan een vrouw die haar leven ingericht heeft met de zorgen van het kind te confronteren met een man die claimt te kunnen erkennen omdat hij de verwekker is. Dit klemt temeer daar er van zijn kant geen enkele verplichting tegenover staat'. Het effect van vervangende toestemming bij erkenning is dat er een afstammingsrelatie wordt gevestigd tussen de erkenner en het kind, welke gevolgen kan hebben voor de nationaliteit, het erfrecht en de naamgeving van het kind. De vaststelling van het vaderschap beïnvloedt tevens de positie van de moeder: zij kan indirect een relatie met een man opgedrongen krijgen, ook als zij niets met de man te maken wil hebben. Het enkele feit dat er een afstammingsrelatie wordt gevestigd kan een ingrijpende (relationele) verandering in de leefomgeving van een jong kind te weeg brengen. Een door continuïteit en stabiliteit gekenmerkte leefsituatie, waarin het jonge kind veiligheid en geborgenheid ervaart kan worden gezien als een belangrijke voorwaarde voor een evenwichtig verloop van de kinderlijke ontwikkeling.¹ Als de leefsituatie van het kind 'verstoord' wordt door erkenning heeft dit negatieve effecten voor moeder en kind.

Met betrekking tot erfrecht worden niet veel effecten verwacht: 'de meeste zaken spelen in situaties waar niets te halen valt'. Zo denkt Holtrust (1993, 282) er ook over: 'Het hebben van erfrechtelijke betrekkingen betekent slechts bij uitzondering dat er een mooie erfenis valt te verwachten en kan ook nadelige financiële consequenties hebben.'

Het naamrecht is nog niet definitief geregeld. Naar de huidige stand van zaken kunnen bij aanneming van de voorgestelde Wet op het naamrecht ouders kiezen welke naam zij wensen voor hun kind. Komen ouders er niet samen uit, dan prevaleert - volgens de laatste wijziging - de naam van de vader. Onder de huidige regeling werd

1 Raad voor het Jeugdbeleid 1988, p. 22.

het naamsgevolg als een geldige reden voor weigering van toestemming tot erkenning beschouwd. In de toekomst behoudt het kind de naam van de moeder bij erkenning en vervalt dus het bezwaar van de naamsverandering.

Een mogelijk gevolg op het terrein van nationaliteit is dat het kind een dubbel paspoort krijgt. Het risico dat het kind door de erkenner ontvoerd wordt, wordt door een der geraadpleegde deskundigen reëel geacht.

Erkenning vergroot de kansen op succes voor de vader in volgende procedures bijvoorbeeld in verband met omgangsregeling of ouderlijk gezag.

In de lijn van de toename van het aantal toekenningen omgangsregelingen in het omgangsrecht valt een toename van het aantal erkenningen te verwachten. Mogelijk dat de daar gehanteerde norm wordt doorgetrokken naar het afstammingsrecht. De erkenningsmogelijkheden voor de man worden verruimd: ook de gehuwde man kan erkennen, c.q. de vervangende toestemming van de rechter vragen. De echtgenote van de man hoeft niet in de erkenning van een kind bij een andere vrouw gekend te worden. Immers, 'in de toekomst zal deze erkenning niet tot naamswijziging hoeven te leiden, zodat hierdoor de schok binnen het bestaande huwelijk minder groot kan zijn'¹. De toenemende belangstelling voor de rol en de positie van de vader heeft mogelijk effect op de wens van de verwekker om zijn positie te formaliseren.

Het recht van de verwekker en niet het recht van de moeder - zoals in de huidige regeling - is primair. Er wordt niet expliciet een relatie gelegd met mogelijke zorgfuncties, evenmin wordt expliciet rekening gehouden met het feit dat vrouwen overwegend de zorg voor kinderen op zich nemen.

Alhoewel aan erkenning langs de weg van vervangende toestemming niet automatisch gevolgen op het terrein van ouderlijk gezag en omgang verbonden zijn, bestaat de vrees dat erkenning de eerste stap is op weg naar een verdergaande bemoeienis van de erkenner met de door de moeder gewenste leefsituatie. Eén van de geraadpleegde deskundigen stelde nadrukkelijk dat het in sommige situaties beter is dat er rust heerst in het gezin en moeder en kind dus niet voortdurend geconfronteerd worden met conflictsituaties en procedures die vaak alleen maar onrust wekken. Is er toch een procedure gestart tot verkrijging van rechterlijke toestemming tot erkenning, dan is - anders dan in eerdere voorstellen voor het afstammingsrecht - een aparte grond opgenomen op basis waarvan vervangende toestemming kan worden geweigerd: het belang van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind.

5.2 Weging van effecten ten opzichte van de huidige situatie

¹ MvT, p.12 geciteerd door De Hondt en Holtrust 1996, p. 752.

Aan de herverdeling van betaalde en onbetaalde arbeid leveren beide bepalingen hooguit indirect een bijdrage. Er worden geen effecten verwacht die de combinatie van werk- en zorgtaken vergemakkelijken. Wanneer vrouwen door te ontkennen in een financieel slechtere positie komen, zal de noodzaak om deel (te gaan) nemen aan het arbeidsproces wellicht groter worden. Om te komen tot daadwerkelijke deelname is nog een groot aantal andere factoren van belang, terwijl juist in veel gevallen het hebben van een kind en het ervoor moeten zorgen arbeidsparticipatie bemoeilijkt. Hiervoor is al aangegeven dat de praktijk en de jurisprudentie de huidige voorstellen tot verandering al gedeeltelijk zijn vooraf gegaan: het huwelijksvereiste na ontkenning/erkenning is door de rechter niet gerechtvaardigd bevonden en de vervangende toestemming door de rechter blijkt via de weg van het aantonen van misbruik van bevoegdheid ook al in zekere zin praktijk. Met name de uitspraken van het Europese Hof nopen tot aanpassing van de huidige wet.

De sekse-verschillen zullen als gevolg van het wetsvoorstel verandering ondergaan.

De verdeling van en toegang tot hulpbronnen wordt positief beïnvloed waar het gaat om de uitbreiding van de ontkenningmogelijkheden van de gehuwde vrouw.

Waar het gaat om vervangende toestemming bij erkenning is er sprake van een versterking van de positie van de vader: er komt méér recht voor de vader zonder dat daar voor de moeder een - door sommigen gewenste - compensatie tegenover staat. Anderen vragen zich echter af of de huidige situatie van het vetorecht een juiste situatie is, en of compensatie (nog) wel nodig is. Mogelijk heeft de formulering van het wetsvoorstel op het punt van vervangende toestemming een drempelverlagende werking voor de verwekker en derhalve een toename van het aantal erkenningen zonder toestemming van de moeder tot gevolg. Of en zo ja, hoe vaak de rechter zal moeten reageren op een mogelijk verweer van de moeder, inhoudend dat de erkenner weliswaar de biologische vader is, maar niet de verwekker (en derhalve niet ontvankelijk in zijn verzoek om vervangende toestemming) kan thans evenmin worden beantwoord.

Thans gelden voor vrouwen uiteenlopende argumenten om hun toestemming te onthouden aan de man die wenst te erkennen, zoals:

- zij wenst geen inbreuk in haar privé- en gezinsleven;
- zij wenst haar leven naar eigen inzicht in te richten, zonder inmenging van de verwekker;
- zij wenst haar financiële situatie in eigen hand te houden;
- zij heeft bezwaar tegen naamsverandering ten gevolge van erkenning;
- zij acht erkenning niet in het belang van het kind;
- zij vreest verdere acties nadat de man de erkenning gerealiseerd heeft.

In de 'gebruikelijke situatie' maken deze argumenten thans grote kans om gehonoreerd te worden. In de situatie van het wetsvoorstel zullen ze (m.u.v. het

naamsgevolg dat niet langer een argument is) in de belangenafweging betrokken worden en is de uitkomst onzeker.

Samenvattend zal er op het punt van ontkenning een verbetering optreden voor de positie van vrouwen, op het punt van de vervangende toestemming wordt hun positie minder sterk. Dat roept de vraag op of er een alternatief is voor het huidige voorstel op dit punt.

5.3 Aandachtspunten voor de wetgever

Vanuit het perspectief van deze emancipatie-effectrapportage worden geen negatieve effecten verwacht waar het gaat om de verruiming van de mogelijkheid tot ontkenning van het vaderschap.

Waar het gaat om de vervangende toestemming door de rechter, ligt dit anders. Deze verruiming van de wetgeving leidt tot een versterking van de positie van mannen. Alhoewel aan een dergelijke juridische actie geen rechtstreekse juridische gevolgen verbonden zijn - met uitzondering van die op het terrein van nationaliteit en erfrecht - wordt de vrees geuit dat dit de eerste stap kan zijn in een verder door de vrouw ongewenste indringing in haar leefsituatie.

Erkenning fungeert als paspoort voor verdere toegang in het leven van kind en moeder. Bedacht moet worden dat het - blijkens de jurisprudentie - veelal ingewikkelde en nare situaties zijn die de moeder ertoe brengen haar toestemming te onthouden. Waarmee overigens niet gezegd is dat de erkenning wensende verwekker daaraan altijd debet is.

Anderzijds is - mede gelet op de jurisprudentie - niet vol te houden dat toetsing door de rechter niet plaats zou dienen te vinden. De vraag is uiteraard wel op welke criteria toetsing plaats dient te vinden. Ter bescherming van de positie van de vrouw is in het wetsvoorstel in een afweging van de belangen van moeder en kind en hun onderlinge relatie voorzien.

Te overwegen valt een verdere beperking van de mogelijkheid om vervangende toestemming te vragen tot expliciet omschreven situaties. Gedacht kan worden aan:

- Het vragen van vervangende toestemming te binden aan een termijn van bijvoorbeeld 9 maanden na de verwekking + 1 jaar (deze laatste toevoeging naar analogie van het jaar dat bij ontkenning geldt). Argument voor deze beperking kan zijn dat ook op verwante terreinen van mannen verlangd wordt dat zij een grotere verantwoordelijkheid nemen voor hun seksueel gedrag.
- Mocht er geen termijn worden verbonden aan het vragen van vervangende toestemming door de man dan dient de vrouw ten allen tijde de mogelijkheid te

- hebben om gerechtelijke vaststelling van het vaderschap te vragen. Nu is dat beperkt tot een periode van vijf jaar.
- Vervangende toestemming kan alleen gevraagd worden als family life gedurende een periode van tenminste x maanden/jaren in de periode van zwangerschap en na geboorte aangetoond kan worden. Het bepalen van de termijn voor het vragen van vervangende toestemming zal hiermee in overeenstemming gebracht moeten worden. Een voordeel van een nadere omschrijving van het begrip family life vanuit de positie van vrouwen bezien, kan zijn dat een verder oprekken van dit begrip middels jurisprudentie wordt tegengegaan.

5.4 Aandachtspunten voor het gebruik van het model van de EER

Dit is de eerste toepassing van een emancipatie-effectrapportage op het terrein van het Ministerie van Justitie. Dat roept de vraag op hoe bruikbaar dit model is. Rekening houdend met het beperkte karakter van deze studie willen we hierover enkele opmerkingen maken.

Het door Verloof en Roggeband ontwikkelde model voor een EER is nuttig omdat het schetst langs welke hoofdlijnen een analyse kan worden ingericht. De gehanteerde begrippen geven tevens een kader om de machtsposities van mannen en vrouwen met elkaar te vergelijken.

Per toepassing dient men zich af te vragen in hoeverre aanpassing van het model aan het specifieke terrein gewenst is.

Wat het stappenplan betreft, is het voordeel van de EER-systematiek dat het gehele terrein gedegen in kaart wordt gebracht. Als EERS via dit model worden aangepakt, vergemakkelijkt dit ook vergelijkingen tussen verschillende beleidsterreinen. Tegelijk is deze minitieuze aanpak ook het nadeel: het leidt tot een minder efficiënte werkwijze. Om dit nadeel te ondervangen kan overwogen worden om te kiezen voor specifieke aandachtsgebieden waarvan de meeste positieve dan wel negatieve effecten verwacht worden. Daarbij dient men wel bedacht te blijven op het voorkomen van onbedoelde effecten.

Tenslotte is van belang om bij de toekomstige toepassingen van de EER méér mogelijkheden te bieden om toekomstige veranderingen in het gedrag te onderzoeken van degenen die met de wet te maken hebben: de rechterlijke macht, de advocatuur en de justitiabelen. In het kader van deze EER was dat slechts in beperkte mate mogelijk.

5.5 Tot slot: kanttekeningen bij de begrenzingen van deze EER

Deze EER kent twee beperkingen:

- a. de EER is gericht op twee onderdelen van het wetsvoorstel herziening afstammingsrecht en adoptie.
- b. de keuze van de wetgever om bij dit wetsvoorstel uit te gaan van het 'klassieke' afstammingsrecht is bij deze twee onderdelen niet ten principale aan de orde gesteld.

De argumenten voor deze beperkingen zijn in het eerste hoofdstuk genoemd.

Dit heeft ertoe geleid dat een principiële benadering van de gekozen uitgangspunten van het afstammingsrecht niet uitvoerig aan de orde is gekomen. Toch willen we aan het slot van deze rapportage kort ingaan op verschillende benaderingen van het afstammingsrecht, zoals die in de literatuur naar voren komen en zullen we de kritiek signaleren zoals die tijdens de raadpleging door een aantal deskundigen naar voren is gebracht. We wijzen er op dat bij deze opmerkingen door anderen weer kritische kanttekeningen geplaatst kunnen worden. Dat maakt in ieder geval duidelijk dat het debat over de wijze waarop juridisch vorm wordt gegeven aan afstammingsrelaties en ouderschapsrelaties nog volop gaande is. Er lijkt wel overeenstemming te bestaan over de wenselijkheid om uiteenlopende typen van ouderschapsrelaties juridisch te verankeren. Het gaat in het kader van deze beperkte studie echter veel te ver om een analyse en een afgewogen beschouwing over de verschillende mogelijke varianten hier op te nemen. Anderzijds willen we de lezer deze kanttekeningen niet onthouden.

Globaal gaat het om drie opvattingen, die als volgt te typeren zijn:

1. *De benadrukking van 'de biologie'*: afstamming is uitsluitend biologische afstamming. Fictief vaderschap wordt niet gehanteerd, ontkenning is derhalve niet aan de orde, evenmin als vervangende toestemming bij weigering door de moeder. Deze benadering impliceert een beperking van het huidige afstammingsrecht. Pleitbezorger voor deze benadering is ondermeer Van Wamelen.
In een variant wordt bepleit om andere gevolgen te verbinden aan het afstammingsrecht en daarmee biologische afstamming en ouderschap van elkaar los te koppelen.
2. *Sociaal ouderschap dient in het afstammingsrecht geregeld te worden*. Deze benadering impliceert een uitbreiding van het huidige afstammingsrecht. Deze opvatting en een combinatie van 1. en 2. worden binnen 'Vrouwenstudies' gehoord.
3. *Sociaal ouderschap dient buiten het afstammingsrecht (wettelijk) geregeld te worden*. Deze benadering impliceert beperking noch uitbreiding van het huidige afstammingsrecht.

De wetgever heeft gekozen voor de onder 3. vermelde benadering. Dat impliceert dat - met argumenten - voorbij gegaan is aan de beide andere benaderingen (1. en 2.).

Ter toelichting van de andere mogelijke uitgangspunten dienen de volgende opmerkingen.

Afstammingsrecht dient gebaseerd te zijn op de biologische werkelijkheid, is een ondermeer door Van Wamelen¹ naar voren gebrachte visie. Zij baseert haar alternatief op een afstammingsrecht dat een waarheidsgetrouwe afspiegeling van de biologische werkelijkheid beoogt te zijn en dat optimaal streeft naar een gelijke behandeling van man en vrouw, gehuwd of ongehuwd en van alle kinderen. Dat betekent ondermeer dat geen onderscheid wordt gemaakt naar de burgerlijke staat van de verwekker, gelijke behandeling van man en vrouw bereikt wordt doordat zowel voor de moeder als voor de vader het juridisch ouderschap van rechtswege ontstaat en de macht van de moeder inzake het vaderschap wordt ingeperkt. Dat betekent een vereenvoudiging van het afstammingsrecht: een vaderschap dat niet op fictieve bloedbanden berust, behoeft ook geen correctie op grond van het feit dat de man niet de biologische vader van het kind is.

Het wetsvoorstel beoogt volgens de wetgever het afstammingsrecht aan te passen aan de eisen van deze tijd. Dat betekent in de eerste plaats dat rekening moet worden gehouden met de betekenis van het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven zoals in art. 8 EVRM verwoord. Van Wamelen stelt echter dat de eisen van deze tijd vragen om meer: ten principale zou 'het afstammingsrecht zich moeten beperken tot de juridisering van het biologisch ouderschap (de afstamming) en zich moeten onthouden van fictieve regelingen inzake het vaderschap (Van Wamelen 1996, 1099). Het slotakkoord van het artikel waarin Van Wamelen haar standpunt ontvouwt, citeren we:

'Het voorgestelde afstammingsrecht (bedoeld is het hier aan de orde zijnde wetsvoorstel, *ML*) blijft de afstamming problematiseren. Mijn voorstel problematiseert het vrije seksuele verkeer met de one-night-stand. Mannen en vrouwen zullen zich realiseren, dat zij zich - meer dan onder het huidige en het voorgestelde recht - terdege moeten bezinnen op de vraag of zij een kind van en met de ander willen. Dat is dan mooi meegenomen, want een kind heeft niet alleen recht op openheid en voorlichting over zijn afstamming, maar bovenal het recht te worden geboren als gewenst kind binnen een bestendige affectieve relatie.'

Aanhangers van de onder 2. vermelde opvatting vinden het onterecht dat in het onderhavige wetsvoorstel een beperking tot het klassieke afstammingsrecht wordt gehanteerd. 'Je kunt immers niet voorbijgaan aan de vragen naar wat er speelt, wat de inhoud van afstamming moet zijn en waar de discussie al die jaren over is gegaan'. Zij wijzen op het resultaat van de Studiedag over sociaal ouderschap (Den

¹ Van Wamelen 1996, p. 1101.

Haag, 1991), waar de Raad voor het Jeugdbeleid, Nederlandse Gezinsraad en Emancipatieraad unaniem van oordeel waren dat het sociaal ouderschap geregeld moest worden.

Daar kan tegen ingebracht worden dat consensus over de noodzaak tot regeling van sociaal ouderschap, regeling van dat onderwerp in een ander dan het onderhavige wetsvoorstel niet uitsluit (opvatting 3.). De wetgever beoogt om in vier afzonderlijke wetsvoorstellen met deze ontwikkeling rekening te houden. Consensus over de noodzaak tot regeling van sociaal ouderschap impliceert tot heden nog geen consensus over de wijze waarop dit geregeld moet worden. De thans aanhangige wetsvoorstellen op dit terrein zijn naast het Wetsvoorstel Herziening Afstammingsrecht (24 649): het Wetsvoorstel Geregistreerd Partnerschap (23 761), het Wetsvoorstel Gezamenlijk Gezag (23 714) en het Wetsvoorstel Herziening Naamrecht.

Met het standpunt dat er een onterechte beperking tot het klassieke afstammingsrecht is, hangt de kritiek, inhoudend dat er sprake is van *versnipperde aanpak van het personen-en familierecht*, samen. Er wordt geen recht gedaan aan de ontwikkelingen door het afstammingsrecht zo geïsoleerd te behandelen, zo luidt het commentaar.

Waar de een vindt dat 'voor de juridisering van sociaal ouderschap de thans voorgestelde regeling van de adoptie voldoet' (Van Wamelen 1996, 1099) vindt een ander het ontbreken van de juridische status van de co-ouder een probleem. We gaan daar kort op in, evenals op enkele andere elementen die samenhangen met deze opvatting.

Juridische status co-ouder

Het ontbreken van een juridische status voor de volwassene die geen afstammingsrelatie heeft met het kind dat hij samen met de ouder opvoedt, kan thans nog problemen geven op het terrein van ouderlijk gezag. Op 2 november 1995 is de nieuwe regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen (Stb.1995, 240) in werking getreden. Gezag heeft betrekking op de persoon van de minderjarige, het bewind over zijn vermogen en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte. In de huidige regeling wordt het uitgangspunt gehanteerd dat de ouders gedurende hun huwelijk het gezag over hun minderjarige kinderen gezamenlijk uitoefenen. Zijn de ouders niet (meer) met elkaar gehuwd dan kan er ook sprake zijn van gezamenlijke gezagsuitoefening door de ouders. Voorwaarde is steeds het juridisch ouderschap: beide ouders moeten in familierechtelijke betrekking tot het kind staan. Ouderlijk gezag kan ook door één ouder alleen - van rechtswege of na rechterlijke uitspraak - worden uitgeoefend.

De toezienende voogdij is afgeschaft. De voogdij is uitsluitend gereserveerd voor het gezag over minderjarigen door meerderjarigen die niet in een afstammingsrelatie staan tot het kind of de jongere. Voogdij wordt echter alleen aangewend als beide

ouders of de alleenstaande ouder zijn overleden, dan wel ontheven van of ontzet uit het ouderlijk gezag.

Thans is in behandeling een op 10 mei 1994 ingediend wetsvoorstel tot wijziging van, ondermeer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van medevoogdij en gezamenlijke voogdij (Tweede Kamer 1993-1994, 23 714). Na de behandeling van de notitie Leefvormen (22 700, nr. 5) op 25 maart 1996 heeft de regering een nota van wijziging bij dit wetsvoorstel ingediend, waarbij de medevoogdij is gewijzigd in een *gezamenlijk gezag* van twee personen. Gezamenlijk gezag kan worden uitgeoefend door een ouder en een ander dan een ouder, die in nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Tevens worden de bepalingen die op het ouderlijk gezag betrekking hebben, van toepassing op dit gezamenlijk gezag door een ouder en een niet-ouder. De voorgestelde wijzigingen leiden tot een versterking van de positie van de partner van de juridische/verzorgende ouder van een kind, doordat het gezag van de ander onafhankelijk is van die van de juridische ouder en door de uitbreiding van mogelijke rechtsgevolgen gekoppeld aan het gezamenlijk gezag op het gebied van naamrecht en successie. Voor het toekennen van gezamenlijk gezag is als eis gesteld dat de ouder en zijn partner bewijzen dat zij gedurende 1 jaar voor de aanvraag de feitelijke zorg voor het kind hebben gehad.

De ongelijkheid tussen paren van ongelijk en gelijk geslacht is daarmee overigens niet opgeheven. De partner van gelijk geslacht van de biologische ouder kan immers niet de juridische ouder worden (omdat de wetgever wil dat 'de aansluiting bij de natuurlijke afstamming bewaard blijft'), terwijl bij paren van verschillend geslacht ook de niet-biologische vader door erkenning juridische ouder kan worden.¹ Niet de biologische waarheid blijkt hier de norm, maar heteroseksualiteit.²

De Hondt en Holtrust³ zijn van mening dat 'er belangrijke kansen worden gemist door (in het wetsvoorstel over afstamming en adoptie, *ML*) niet tegelijkertijd het ouderschap in homoseksuele relaties te regelen'. Boor⁴ acht het, met het oog op toekomstige ontwikkelingen in leefvormen en kunstmatige voortplantingstechnologie, beter om definitief de knoop tussen afstammingsrecht en juridisch ouderschap door te hakken.

1 Aldus de PvdA-fractie in het Nader verslag, vastgesteld 29 juli 1996 (Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 23 714, nr. 10).

2 Verloof en Roggeband 1994, p. 131.

3 De Hondt en Holtrust 1996, p. 754.

4 Boor 1996, p. 74.

Juridisch ouderschap dient aan te sluiten bij zorgrelatie

Het belangrijkste debat binnen juridische vrouwenstudies gaat over de integratie van zorg in het familierecht¹. De factor zorg is geen onbekende in de familierechtspraak. De Hoge Raad maakte in afstammingszaken een onderscheid tussen moeders in gebruikelijke en niet-gebruikelijke situaties. Moeders van de eerste categorie, die dagelijks voor hun kinderen zorgen, hebben méér rechten dan moeders wier kinderen uit huis zijn geplaatst of die bijvoorbeeld vanwege studie de zorg aan vader overlaten. In juni 1996 verscheen een Special van *Nemesis* over 'zorg in het familierecht'. In vijf artikelen wordt de stand van zaken geïnventariseerd, de mogelijke rol van zorg in verschillende onderdelen van het familierecht geëvalueerd en een voorstel gedaan voor juridische operationalisering van zorg door 'het recht op eerbiediging van een zorgrelatie' te introduceren en een wettekst voor te stellen.

Rechten moeder en rechten kind

De rechten van de moeder en die van het kind hoeven niet per se in elkaars verlengde te liggen. Welke vormen van ouderschap en welke afstammingsrelaties in het belang van kinderen zijn is niet voorwerp van deze studie. Andere instanties zoals de Raad voor het Jeugdbeleid hebben over dit onderwerp geadviseerd². De grote nadruk die er komt te liggen op het belang van het kind om een familiebetrekking met zijn (biologische) vader te hebben kan een conflictsituatie opleveren voor de moeder. Voor sommigen prevaleert het 'recht op rust' boven het recht op erkenning van de verwekker.

Een ander voorstel luidt dat man en vrouw samen maar een contract moeten maken rond het tijdstip van de verwekking van het kind waarin vastgelegd wordt of er erkend wordt of niet. 'Het is belangrijk voor een kind te weten van wie het afstamt, maar daarvoor is erkenning niet nodig. Het is heel vervelend dat er nu een regeling komt waardoor de verwekker méér rechten krijgt op een tijdstip dat het mis gaat.' (advocaat). Zij vindt dat vrouwen op grond van het feit dat ze het grootste deel van de reproductie leveren ook best méér rechten mogen hebben dan de mannen. De nieuwe wetgeving gaat te veel uit van de gelijkheid tussen man en vrouw, en is juist daarom anti-vrouw. De alimentatiewetgeving is daar ook een voorbeeld van: 'die is prima, als je er van uitgaat dat mannen 50 procent van de reproductie doen, hetgeen echter lang niet het geval is'. Een ander voorbeeld van feitelijke ongelijkheid ondanks 'gelijke behandeling' kan zich voordoen op het terrein van de pensioenverevening, waar als vervolg op het arrest Boon-Van Loon (HR 27 november 1981,

1 Boor 1996, p. 71.

2 Bijvoorbeeld: Raad voor het Jeugdbeleid, *Ouderschap zonder onderscheid; Een beleidsadvies over de belangen van kinderen bij verantwoord ouderschap en kunstmatige voortplanting* (1988) en *Afstamming, adoptie en sociaal ouderschap* (1990).

NJ 1982, 503, m.nt. EAAL en WHH) de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding tot stand is gebracht. Op 1 mei 1995 trad deze wet in werking. Ingevolge deze wet heeft de ene echtgenoot bij scheiding recht op de helft van het door de andere echtgenoot tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen. Wanneer gescheiden mannen verevening van pensioenrechten van hun (hoog-opgeleide) vrouwen vragen, terwijl hun aandeel in de verzorging van de kinderen minimaal geweest is, treden effecten op die niet door de wetgever bedoeld zijn.

Literatuur

- Boor, E., Leefvormen in het familierecht, in: *Nemesis* 1996, nr. 3, p. 68-75.
- Centraal Bureau voor de Statistiek en Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Emancipatie in cijfers 1995*, Den Haag 1995.
- Centraal Bureau voor de Statistiek met medewerking van Nederlandse Gezinsraad, *Relatie-en Gezinsvorming in de jaren negentig*, Voorburg/Heerlen 1994.
- Delft, M.L.E. van (1991), *Sociale atlas van de vrouw, deel 1: Gezondheid en hulpverlening. Seksualiteit en seksueel geweld*. Rijswijk, Sociaal en Cultureel Planbureau.
- Duijvendijk-Brand, J. van en S. Wortmann, *Compendium personen- en familierecht*, 6e (herz.druk) Deventer, Kluwer 1995.
- Hammerstein-Schoonderwoerd, W.C.E., *Ouderschap, anders geregeld?* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1988.
- Holtrust, N., *Bewust ongehuwde moeder*, Baarn: Ambo 1987
- Holtrust, N., *Aan moeders knie: de juridische afstammingsrelatie tussen moeder en kind*, (diss.) Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1993,
- Holtrust, N. *Rechtspraak vrouwen en recht in 231 uitspraken en annotaties/* red. N. Holtrust et. al. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1992
- Hondt, I. de en N. Holtrust, Met het afstammingsrecht naar de eenentwintigste eeuw, In: *NJB* 17 mei 1996, afl. 20, p. 749754
- Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Gezondheidseffectscreening: Rationele modellen in hun bestuurlijke context*, Rijswijk, juli 1996.
- Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Notitie Gezin; de maatschappelijke positie van het gezin*, Rijswijk, september 1996.
- Nemesis, *Special Zorg in het familierecht*, jaargang 12, mei/juni 1996, nummer 3.
- Nederlandse Gezinsraad (1996), *Nieuw gezinsrecht; Rapport over ouderschap en partnerschap*. Den Haag.
- Nuytinck, A.J.M., *Gelijke behandeling van man en vrouw in het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 1996.

- Raad voor het Jeugdbeleid (1988), *Ouderschap zonder onderscheid; Een beleidsadvies over de belangen van kinderen bij verantwoord ouderschap en kunstmatige voortplanting*. Rijswijk, Ministerie van WVC.
- Sevenhuijsen, S.J., *De orde van het vaderschap, politieke debatten over ongehuwd moederschap, afstamming en huwelijk in Nederland 1870-1900*. Stichting beheer IISG, Amsterdam 1987.
- Tweede Kamer, *Wetsvoorstel Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 649, nrs. 1-5.
- Verloo, M. en C. Roggeband, *Emancipatie-effectrapportage: theoretisch kader, methodiek en voorbeeldrapportages*, Den Haag: VUGA, 1994.
- Wamelen, C. van, Het tekort in het familierecht; In het bijzonder het afstammingsrecht, in: *NJB* augustus 1996, afl. 28, p. 1093-1102.
- Wortmann, S., Het derde wetsvoorstel herziening afstammings- en adoptierecht, in: *FJR*, nummer 6, juni 1996.