

MASTER'S THESIS

Meeroudergezag in Nederland: de oplossing voor kinderen uit 'roze gezinnen'?

**Een onderzoek naar de wettelijke verankering van meeroudergezag bij 'roze gezinnen',
bezien vanuit het perspectief van het kind, met het oog op artikel 8 EVRM en de
ontwikkelingen in buitenlandse en Europese wet- en regelgeving**

Kuipers, P.G.B.H.

Award date:

2020

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 28. Feb. 2021

Open Universiteit
www.ou.nl





Open Universiteit
www.ou.nl

Meeroudergezag in Nederland: de oplossing voor kinderen uit ‘roze gezinnen’?

Een onderzoek naar de wettelijke verankering van meeroudergezag bij ‘roze gezinnen’, gezien vanuit het perspectief van het kind, met het oog op artikel 8 EVRM en de ontwikkelingen in buitenlandse en Europese wet- en regelgeving.

Naam student: Pierrette (P.G.B.H.) Kuipers
Studentnummer: 851942433
E-mailadres: pierrettekuipers@hotmail.com
Telefoonnummer: 06-20052650
Studie: Master Rechtsgeleerdheid, Privaatrecht
Cursus: Scriptie
Begeleider: prof. mr. J.G.J. Rinkes
Inleverdatum: 15-01-2020 (definitief)
Aantal woorden: 12696 exclusief voetnoten, 13395 inclusief voetnoten

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie die ik heb geschreven in het kader van de afronding van de master Rechtsgeleerdheid, afstudeerrichting Privaatrecht, aan de Open Universiteit. Mijn passie voor het personen- en familierecht is ontstaan tijdens mijn werkzaamheden als juridisch medewerkster binnen het advocatenkantoor TLC Advocaten te Enschede en voor mij was het een gegeven dat mijn scriptie ook een onderwerp zou behandelen over het personen- en familierecht. Meeroudergezag is een actueel en veelgehoord onderwerp – onder andere op televisie en in nieuwsoverzichten - en heeft mijn interesse gewekt voor het onderwerp van deze scriptie.

Het schrijven van deze scriptie was een leuke, maar ook drukke periode. Naast het doen van dit onderzoek ben ik met veel plezier werkzaam binnen de advocatuur. Daarnaast begon ik met het schrijven van deze scriptie terwijl ik (net) zwanger was, waardoor het tempo hoog lag. Inmiddels is deze scriptie gegroeid naar het eindproduct, maar ook ik ben letterlijk en figuurlijk meegegroeid. Ik zou liegen als ik zou ontkennen dat dit ‘samenspel van omstandigheden’ nogal eens een uitdaging is geweest. Voor nu breekt een spannende tijd aan, welke tijd ik met een gerust hart in durf te gaan nu ik mijn scriptie heb afgerond. Het afronden was echter niet gelukt zonder een aantal belangrijke mensen, naar wie ik graag nog een woord van dank wil laten uitgaan.

Graag wil ik mijn begeleider prof. mr. J.G.J. Rinkes bedanken voor de fijne samenwerking en uitmuntende begeleiding. Zijn goede feedback en tips hebben geleid tot het eindresultaat van deze scriptie waar ik erg trots op ben. Het was fijn dat u mijn tempo bij wilde houden, om op deze wijze de scriptie voor mijn verlof in te kunnen leveren. Dank voor de flexibiliteit! Een woord van dank gaat ook uit naar mijn collega en leidinggevende mr. Willeke Krieger die mij met raad heeft bijgestaan bij het schrijven van mijn scriptie. Haar adviezen en onze sparmomenten hebben mij steeds weer nieuwe inzichten gegeven. Tevens een woord van dank aan mijn collega's Justy Nijland en Anne Hoekman. Het was fijn hoe jullie met mij mee hebben gedacht. Jullie weten mij te vinden! Daarnaast wil ik mijn studiegenoot Mirte Mol bedanken. Ik heb veel gehad aan jouw hulp en steun tijdens de gehele master, maar in het bijzonder tijdens dit laatste traject, waarbij voor ons beide het tempo hoog lag. Dank je wel voor jouw hulp en het bieden van een luisterend oor.

Een laatste woord van dank gaat uit naar mijn partner Maurice voor zijn ondersteuning in dit traject. In een fase waar ik veel ballen hoog moest houden, heb jij mij steeds weer gemotiveerd en ondersteund. Jij zorgde voor de ruimte om mijn master af te ronden, zonder mijzelf daarbij uit het oog te verliezen. Dank je wel voor alles.

Pierrette Kuipers
15-01-2020

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Lijst van afkortingen	5
Hoofdstuk I Probleemverkenning	6
1.1 Inleiding.....	6
1.2 Afbakening	7
1.2 Probleemstelling en deelvragen.....	8
1.3 Methodologie van het onderzoek	9
1.4 Wetenschappelijke relevantie	9
1.5 Maatschappelijke relevantie	9
1.6 Leeswijzer	9
Hoofdstuk II Het Nederlands gezagsrecht	11
2.1 Inleiding.....	11
2.2 Het gezagsrecht	12
2.2.1 Het gezag over minderjarige kinderen.....	12
2.2.2 Vormen van gezag	12
2.3 Meeroudergezinnen	14
2.3.1 Rechtspositie van ouders in intentionele meeroudergezinnen.....	14
2.4 Deelconclusie	15
Hoofdstuk III Het huidige gezagsrecht en internationale en Europese verdrags- en regelgeving 16	
3.1 Introductie ‘family life’	16
3.2 Derde ‘ouder’ en ‘family life’	16
3.3 Erkenning bekende donor bij weigerachtige biologische moeder of bij reeds twee bekende juridische ouders.....	17
3.4 Invulling nauwe persoonlijke betrekking in de rechtspraak: ‘family life’ en private life	18
3.5 Het belang van het kind.....	19
3.6 Deelconclusie	20
Hoofdstuk IV Gezagsgerelateerde problemen onder het huidige stelsel	21
4.1 Onderhandeling over de rug van een kind?.....	21
4.2 Harmonie in meeroudergezinnen	21
4.3 Belang van het kind.....	22
4.3.1 Belang van het kind voor meeroudergezag	22

4.4	Politieke opinie.....	23
4.4.1	Geschiedenis en totstandkoming huidige politieke opinie	23
4.4.2	Huidige politieke opinie meeroudergezag	24
4.4.3	Conclusie kabinet	24
4.5	Nadere analyse	25
4.6	Deelconclusie	26
Hoofdstuk V Een blik over de grens: meeroudergezag in Frankrijk		28
5.1	Introductie	28
5.2	Relevante bepalingen Code Civil	28
5.3	Franse rechtspraak	29
5.4	Aanknopingspunten voor Nederlandse wetgeving?	29
5.5	Deelconclusie	30
Hoofdstuk VI Conclusie en aanbevelingen		31
6.1	Conclusie	31
6.2	Aanbevelingen.....	32
Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur		34
BIJLAGE I		37

Lijst van afkortingen

Art.	Artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
CC	Code Civil
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van een Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
IVRK	Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind
Jo.	Juncto
MvT	Memorie van Toelichting
WNKH	Wetboek Napoleon ingerigt voor het koninkrijk Holland
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en documentatiecentrum

Hoofdstuk I Probleemverkenning

In dit hoofdstuk zal het onderzoek worden ingeleid en afgebakend. In de inleiding volgt een korte introductie van het onderzoek, om vervolgens de afbakening van het onderzoek weer te geven. In dit hoofdstuk komen tevens de probleemstelling en deelvragen aan bod, maar ook de relevantie van het onderzoek zal worden behandeld. Afgesloten wordt met een leeswijzer.

1.1 Inleiding

In 2012 werd er in de Tweede Kamer gedebatteerd over het wetsvoorstel ‘Juridisch ouderschap van rechtswege voor de vrouwelijke partner van de moeder’. Tijdens dit debat is een Kamervraag gesteld over meeroudergezinnen, meer specifiek hoe de rol van een derde ouder in meeroudergezinnen vormgegeven zou moeten worden.¹ Naar aanleiding van deze Kamervraag heeft de Staatssecretaris het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (hierna: WODC) de opdracht gegeven een onderzoek uit te voeren naar de behoefte van meeroudergezag.² Uit het onderzoek blijkt dat er inderdaad een behoefte bestaat aan een dergelijke regeling.³

De samenleving verandert voor wat betreft de opvattingen over relaties en ouderschap. Het is niet meer vanzelfsprekend dat een kind wordt geboren in een traditioneel gezin met een vader en een moeder. Steeds meer kinderen groeien op in zogenaamde ‘roze gezinnen’: gezinnen waarbij naast twee ouders ook een derde ouder aan te wijzen is. De term ‘roze gezinnen’ verwijst dan ook naar het verschijnsel dat de ouders thans niet per definitie van het mannelijke en vrouwelijke geslacht hoeven te zijn (blauw/roze), maar dat ook twee ouders van het gelijke geslacht voor kunnen komen (roze/roze). In Nederland groeien zo’n 25.000 kinderen op in een roze gezin.⁴ Het recht heeft deze veranderingen deels gevolgd, bijvoorbeeld voor wat betreft het recht op afstammingsinformatie voor (donor)kinderen. Voor het opgroeien van kinderen in meeroudergezinnen wordt in het gezagsrecht geen kader gecreëerd, terwijl deze praktijk wel voorkomt.⁵

In Nederland kan een kind niet meer dan twee juridische ouders hebben (meerouderschap) en niet meer dan twee personen kunnen het gezag over het kind uitoefenen (meeroudergezag). Een voorbeeld vormt de situatie waarin een lesbisch stel de twee juridische ouders van het kind zijn, maar waar de donrvader ook gezag over het kind wenst te krijgen. Het wettelijke stelsel staat het niet toe om meer dan twee juridische ouders dan wel twee gezagsouders te hebben.⁶ Hoewel dit niet expliciet in de wet wordt vermeld, volgt dit uit artikel 1:207 lid 2 sub a BW (erkenning) en artikel 1:204 lid 1 sub e BW (gerechtelijke vaststelling van het ouderschap). De donrvader wordt met andere woorden buitenspel gezet: voor hem bestaat er thans geen mogelijkheid om eveneens het gezag te krijgen over het kind. De positie van de donor is naar huidig recht niet met veel rechten en plichten omkleed. Zoals het WODC aangeeft in het rapport: *‘De donor heeft geen recht of plicht om vader te worden, heeft geen recht of plicht op gezag en het kind kan, afhankelijk van de vraag of er een nauwe*

¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 1.

² Antokolskaia e.a. 2014, p. 13.

³ Antokolskaia e.a. 2014, p. 27.

⁴ Kamerstukken II 2010/11, 33 032, nr. 74, p. 5.

⁵ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, p. 1.

⁶ Antokolskaia e.a. 2014, p. 47.

*persoonlijke betrekking tussen de donor en het kind is, een recht op omgang met de donor hebben.*⁷

In dit onderzoek wordt gezien in hoeverre de Nederlandse wetgeving een verankering van meeroudergezag bij ‘roze gezinnen’ behoeft, vanuit het perspectief van het kind en met het oog op artikel 8 EVRM. Artikel 8 EVRM betreft het artikel over ‘*family life*’. Ingevolge Artikel 8 lid 1 EVRM heeft een ieder recht op respect voor zijn privéleven en familie- en gezinsleven (hierna: ‘family life’).

1.2 Afbakening

Om het onderzoek naar een mogelijke verankering van meeroudergezag in het Nederlands recht binnen de gestelde termijn te kunnen voltooien, dient het onderzoek afgebakend te worden. Het onderzoek richt zich op meeroudergezag, waarbij de intentionele meeroudergezinnen worden behandeld. Intentionele meeroudergezinnen zijn gezinnen waarbij van meet af aan een derde ouder bij het kind betrokken is.

Er is gekozen om het onderzoek op te zetten vanuit de belangen van het kind. Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) bepaalt in artikel 3 lid 1: “*Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.*” Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft dit beginsel overgenomen in zijn rechtspraak over artikel 8 EVRM, dat het fundamentele recht op bescherming van privéleven en familie- en gezinsleven beoogt te beschermen. Daarnaast is het belang van het kind ook opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, te weten in artikel 24 lid 2. Het belang van het kind wordt sinds 1959 beschouwd als een fundamenteel uitgangspunt.⁸ De concrete invulling van de belangen van het kind is deels afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. De rechten van kinderen richten zich op de verwezenlijking van de belangen van het kind, waarbij als uitgangspunt geldt dat ieder kind wordt behandeld met respect voor mensenrechten en fundamentele vrijheden.⁹ Ik vind het van belang om een onderzoek te verrichten vanuit het perspectief van het kind. Het belang van het kind is – zoals hiervoor bleek – op meerdere plekken vastgelegd in wetgeving, maar vanuit mijn werkzaamheden als juridisch medewerkster zie ik ouders te vaak redeneren vanuit hun eigen positie en voorbij gaan aan de belangen van het kind. Dit betreft tevens het vernieuwende element van dit onderzoek, nu bijvoorbeeld het onderzoek van het WODC voornamelijk is verricht vanuit het perspectief van de ouders.

Door middel van een rechtsvergelijking met het stelsel van Frankrijk zal een juridisch kader worden gecreëerd. De keuze om het Franse rechtstelsel te analyseren, is gemaakt omdat het Franse rechtstelsel al een regeling kent ten aanzien van meeroudergezag: de zogenaamde *délégation*, zoals neergelegd in artikel 377 en 377-1 van de Franse Code Civil, zoals gewijzigd in 2002 en 2016 en de toepassing ervan in de Franse rechtspraak. Hoewel in eerste

⁷ Antokolskaia e.a. 2014, p. 37.

⁸ Staatscommissie Herijking Ouderschap, p. 22.

⁹ Staatscommissie Herijking Ouderschap, p. 23.

instantie afgevraagd kan worden waarom de Nederlandse situatie beoordeeld moet worden aan de hand van het Franse kader, was het Nederlandse burgerlijk recht tot halverwege de vorige eeuw nog deels gebaseerd op het Franse recht. Gezag over kinderen betekende in de vroegst bekende (geschreven) tijd een eigendomsrecht dat bij de vader van het kind berustte. Dit blijkt onder meer uit de Codex Hammoeabi, een van de eerste overgeleverde codificaties uit de geschiedenis. Onder het Nederlandse oudvaderlandse recht was de macht van de vader over zijn kinderen beperkter en het gezag eindigde bij het bereiken van de meerderjarigheid, door huwelijk of doorhandlichting.¹⁰ In 1809 werd in het ‘Wetboek Napoleon ingerigt voor het koninkrijk Holland (WNKH)’ aansluiting gezocht bij dit oudvaderlandse recht, maar wel binnen de systematiek van de Franse Code Civil Napoleon.¹¹ Destijds was het Nederlands recht derhalve gebaseerd op het Franse recht. Inmiddels is dat niet meer het geval; het Burgerlijk Wetboek is de vorige eeuw geheel nieuw ingericht. Beide rechtsstelsels hebben ontwikkelingen ondergaan met eigen rechtsvergelijkende en Europeesrechtelijke invloeden. Verder redenerend zou dit moeten betekenen dat de regeling ten aanzien van meeroudergezag is opgenomen in het Franse recht, in enigerlei mate overgenomen zou moeten kunnen worden, althans aanknopingspunten zou moeten bieden.¹²

Door het analyseren en vergelijken van de Franse regeling en de rechtelijke toepassing ervan in het Franse rechtssysteem, alsmede door middel van literatuuronderzoek, zal worden onderzocht of en op welke wijze meeroudergezag een rol kan en dient te krijgen in Nederlandse wetgeving om het fundamentele beginsel van eerbiediging van het privéleven (artikel 8 EVRM, ‘family life’) te kunnen waarborgen.

1.2 Probleemstelling en deelvragen

De geformuleerde probleemstelling luidt: “In hoeverre behoeft de Nederlandse wetgeving een verankering van meeroudergezag voor ‘roze gezinnen’, gezien vanuit het perspectief van het kind, met het oog op artikel 8 EVRM en het Franse rechtssysteem?”

Om deze probleemstelling te kunnen beantwoorden, is een viertal deelvragen gesteld:

- Hoe is het huidige gezagsrecht in Nederland ingericht in zijn algemeenheid, maar ook concreet voor meeroudergezinnen?
- Hoe verhoudt het huidige gezagsrecht in Nederland zich tot artikel 8 EVRM c.q. het criterium ‘family life’ zoals uitgewerkt in de rechtspraak van het EHRM en het Handvest van de Europese Unie?
- Welke gezagsgerelateerde problemen in meeroudergezinnen vanwege de huidige gezagsregeling zijn waarneembaar blijkens literatuur en rechtspraak en zouden deze problemen weggenomen kunnen worden door een verankering van meeroudergezag en hoe kijkt de politiek hier tegen aan?
- Een blik over de grens: Hoe is het Franse rechtssysteem ingericht met betrekking tot meeroudergezag en in hoeverre biedt dit systeem aanknopingspunten voor verankering ervan in de Nederlandse wetgeving?

¹⁰ Punsellie 2008, p. 5.

¹¹ Punsellie 2008, p. 6.

¹² Staatscommissie Herijking Ouderschap, p. 241.

1.3 Methodologie van het onderzoek

Het wetenschappelijk onderzoek zal uitgevoerd worden aan de hand van juridisch-dogmatisch onderzoek en meer specifiek door het verrichten van literatuurstudie en rechtsvergelijkend onderzoek. Met betrekking tot de literatuurstudie zal voornamelijk nader in beeld gebracht moeten worden wat de huidige stand van zaken is van het gezagsrecht. Deze informatie verwacht ik te vinden in (wetenschappelijke) literatuur en/of (wetenschappelijke) artikelen. Daarnaast zal literatuur- en jurisprudentieonderzoek plaatsvinden naar artikel 8 EVRM ‘family life’ en zal worden bezien in hoeverre ‘family life’ van invloed is op meeroudergezag. Tevens zullen politieke stukken, waaronder kamerstukken, en jurisprudentie worden bestudeerd om een antwoord te verkrijgen op de gestelde deelvragen en probleemstelling.

Naast literatuurstudie zal een gedeelte van het onderzoek in het teken staan van een rechtsvergelijkend onderzoek. Allereerst zal hiertoe de huidige Nederlandse gezagsregeling beschreven worden. Vanuit dit uitgangspunt zal worden onderzocht hoe het meeroudergezag in de Franse wetgeving is verankerd en of deze wetgeving aanknopingspunten biedt om meeroudergezag op eenzelfde wijze in de Nederlandse wetgeving te verankeren.

1.4 Wetenschappelijke relevantie

De wetenschappelijke relevantie van het onderzoek is gelegen in het feit dat het onderzoek nieuwe kennis - naast de reeds bestaande kennis – biedt omtrent de wettelijke verankering van meeroudergezag. Dit onderzoek zal derhalve een bijdrage pogen te leveren aan verdere ontwikkeling van kennis en mogelijkheden omtrent een wettelijke verankering van meeroudergezag. De vernieuwende elementen in dit onderzoek, zoals hiervoor reeds aangehaald, zijn enerzijds dat het onderzoek wordt verricht vanuit het belang van het kind, anderzijds door de Franse regeling ten aanzien van meeroudergezag te onderzoeken.

1.5 Maatschappelijke relevantie

De maatschappelijke relevantie van het onderzoek is gelegen in het feit dat de doelstelling van het onderzoek is om bij te dragen aan de verdere ontwikkeling van meeroudergezag. Deze bijdrage is mijns inziens nodig, omdat voor het opgroeien van kinderen in meeroudergezinnen in het gezagsrecht geen kader wordt gecreëerd, terwijl deze praktijk wel voorkomt.¹³ Zoals reeds in de inleidende samenvatting aangehaald, is meeroudergezag sinds 2012 een onderwerp in de politiek en is meer dan eens gepoogd meeroudergezag een wettelijke basis te bieden.¹⁴

1.6 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 zal eerst gestart worden met het beschrijven van het huidige gezagsrecht naar Nederlands recht. Hiertoe zal de relevante wetgeving uit boek 2 van het Burgerlijk Wetboek over het gezagsrecht nader in beeld worden gebracht. In hoofdstuk 3 zal vervolgens behandeld worden hoe het huidige gezagsrecht zich verhoudt tot artikel 8 EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof hieromtrent, maar ook tot het Handvest van de Europese Unie.

¹³ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, p. 1.

¹⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 1.

Hoofdstuk 4 zal in het teken staan van de vraag welke gezagsgerelateerde problemen in meeroudergezinnen vanwege de huidige gezagsregeling waarneembaar zijn blijkens literatuur en rechtspraak en zouden deze problemen weggenomen kunnen worden door een verankering van meeroudergezag. Tevens wordt in dit hoofdstuk behandeld wat de huidige politieke opinie is.

Hoofdstuk 5 bevat een bespreking van deze kwestie zoals neergelegd in het Franse rechtssysteem en rechtspraak. Zoals hiervoor reeds aangehaald, kent het Franse rechtssysteem al een regeling omtrent meeroudergezag. Dit hoofdstuk zal dan ook in het teken staan van deze regelgeving en de rechtspraak op dat gebied. Tevens zal bezien worden of deze regelgeving aanknopingspunten biedt en als voorbeeld kan dienen voor meeroudergezag in Nederland.

Het onderzoek zal afgesloten worden met een conclusie en het doen van aanbevelingen aan de Nederlandse wetgever.

Hoofdstuk II Het Nederlands gezagsrecht

In dit hoofdstuk staat het gezagsrecht in Nederland centraal. Bezien zal worden hoe het Nederlands gezagsrecht is vormgegeven in het algemeen, maar ook specifiek voor meeroudergezinnen. Door eerst de basis in beeld te brengen, kan in een later stadium van deze scriptie deugdelijke aanbevelingen worden gedaan of het gezagsrecht aanpassing verdient.

2.1 Inleiding

Het wettelijke stelsel van het Nederlandse gezagsrecht is opgenomen in boek 2 BW en is inhoudelijk terug te voeren op de voorgaande algehele herziening van het gezagsrecht uit 1995. Deze herziening heeft plaatsgevonden vanwege de destijds opkomende veranderingen in de maatschappij, namelijk de tolerantie ten opzichte van echtscheidingen en stellen van het gelijke geslacht die een kinderwens hebben. Sinds deze herziening wordt onder andere een onderscheid gemaakt tussen het ouderlijk gezag van juridische ouders en voogdij, waarbij voogdij alleen toekomt aan derden, niet-ouders. Tevens is het sindsdien mogelijk dat een juridisch ouder samen met een niet-ouder het gezag krijgt. Het begrip ouderlijke macht werd in 1995 vervangen door het ouderlijk gezag, nu ouderlijke macht alleen toekwam aan gehuwde ouders. Vanwege de ontwikkelingen in de maatschappij, werd dit achterhaald geacht. Het gezagsrecht wordt als een aanbouwwet gezien en heeft in de loop der tijd nog meerdere aanvullingen gekend waarbij de familierechtelijke band centraal staat.¹⁵

Uitleg van de begrippen familierechtelijke relatie, gezagsouder en juridisch ouderschap

Er zal in dit onderzoek een aantal begrippen steeds terugkeren, die op het eerste oog hetzelfde lijken, doch verschillend zijn en een nadere toelichting nodig hebben om mogelijke onduidelijkheden weg te nemen.

- **Een familierechtelijke relatie:** dit wordt gecreëerd door afstamming: de vader en moeder van het kind van wie hij zijn DNA heeft gekregen, zijn de biologische ouders. Artikel 1:197 BW bepaalt dan ook dat een kind, zijn ouders en hun bloedverwanten in familierechtelijke betrekking tot elkaar staan;
- **Gezagsouder:** een gezagsouder gaat over het bewind van het vermogen en de vertegenwoordiging in en buiten rechte van de minderjarige (artikel 1:245 lid 4). Dit betekent dat degene die een gezagsrelatie heeft met een minderjarige, verantwoordelijk is voor de verzorging en opvoeding van de minderjarige en dat hij of zij de wettelijk vertegenwoordiger is.
- **Juridisch ouderschap of juridisch ouder:** een juridisch ouder is de wettelijke ouder van de minderjarige. Dit is aangaande de moeder de vrouw waaruit het kind is geboren (artikel 1:198 BW). Voor de man wordt gekeken naar de burgerlijke stand. Is de man gehuwd met de vrouw waaruit het kind is geboren? Dan is hij juridisch ouder op grond van artikel 1:199 lid 1 sub a BW. Is de man niet gehuwd met deze vrouw, dan kan hij het kind erkennen, adopteren of het ouderschap gerechtelijk laten vaststellen (artikel 1:199 lid 1 sub c, d en e BW).

¹⁵ Antokolskaia e.a. 2014, p. 38.

De begrippen juridisch ouderschap of juridisch ouder en gezag moeten gescheiden worden, nu de gevolgen die aan ouderschap gebonden zijn, niet per definitie gebonden hoeven te zijn aan het gezag. Ouderschap is levenslang, terwijl gezag eindigt wanneer het kind meerderjarig wordt. Daarnaast kan een persoon gezag hebben, zonder ouder te zijn en vice versa. Met andere woorden: de juridisch ouder is wettelijk familie van het kind, maar hoeft niet biologisch verwant te zijn.¹⁶

Het wettelijke stelsel staat het niet toe om meer dan twee juridische ouders dan wel twee gezagsouders te hebben.¹⁷ Hoewel dit niet expliciet in de wet wordt vermeld, volgt dit uit artikel 1:207 lid 2 sub a BW (erkenning) en artikel 1:204 lid 1 sub e BW (gerechtelijke vaststelling van het ouderschap). Erkenning of gerechtelijke vaststelling is pas dan mogelijk indien het kind nog geen twee juridische ouders heeft. Ook uit het afstammingsrecht volgt - zij het wederom indirect - dat een kind slechts twee juridische ouders en twee gezaghebbende ouders kan hebben. Dit uitgangspunt is tot op heden blijven bestaan. De wet kent de mogelijkheid toe het gezag door een ouder tezamen met een ander dan een ouder uit te oefenen ingevolge art. 1:253sa jo. art. 1:253t BW, zolang er nog niet twee juridische ouders zijn.¹⁸ Het creëren van een juridische driepartijenverhouding is door de wet hiermee expliciet uitgesloten. Het is denkbaar dat dit problemen oplevert in meeroudergezinnen, waarbij van meet af aan sprake is van een driepartijenverhouding, waarbij een derde juridisch gezien buitenspel zal worden gezet. In de politiek wordt reeds enige tijd gediscussieerd of meeroudergezag in Nederland mogelijk moet kunnen zijn om deze situatie te ondermijnen.¹⁹

2.2 Het gezagsrecht

In deze deelparagraaf staat een behandeling centraal van de verschillende vormen van gezag. Het is van belang om bij de behandeling van de discussie omtrent meeroudergezag de basis eerst in beeld te brengen, alvorens er (mogelijke) aanbevelingen kunnen worden gedaan over de wettelijke verankering van meeroudergezag.

2.2.1 Het gezag over minderjarige kinderen

Het gezagsrecht is opgenomen in boek 1, afdeling 4, titel 14 BW. Elk minderjarig kind staat onder gezag. Het ouderlijk gezag omvat blijkens artikel 1:247 lid 1 BW de plicht, maar ook het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden. De ouders verkrijgen door het gezag niet slechts de plicht en het recht om het kind te verzorgen en op te voeden, maar tevens zijn zij de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige. Dit betekent dat zij het bewind over het vermogen van de minderjarige voeren, maar hem eveneens vertegenwoordigen in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte (aldus artikel 1:245 lid 4 BW). Het gezag duurt in beginsel voort totdat het kind de leeftijd van 18 jaren heeft bereikt en daarmee meerderjarig is.

2.2.2 Vormen van gezag

Ouderlijk gezag gehuwden

¹⁶ Asser-De Boer 2010, nr. 818.

¹⁷ Antokolskaia e.a. 2014, p. 47.

¹⁸ Vlaardingerbroek e.a. 2014, p. 368.

¹⁹ Kamerstukken I 2016/17, 33 032, nr. 1, p. 2.

Het uitgangspunt van het Nederlandse gezagsrecht is dat juridische ouders wiens kind binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap worden geboren, gezamenlijk het gezag uitoefenen (artikel 1:251 BW). Dit wordt het ouderlijk gezag genoemd. Het gezag ontstaat van rechtswege bij de geboorte van het kind. Na echtscheiding blijven de ouders gezamenlijk belast met de uitoefening van het gezag over de minderjarige, tenzij het in het belang van de minderjarige is om het eenhoofdig gezag aan één van de beide ouders toe te wijzen (artikel 1:253a BW).²⁰

Het gezamenlijk gezag is eveneens van toepassing bij een kind dat is geboren uit een huwelijk van twee mensen van hetzelfde geslacht. Bij een gehuwd lesbisch stel heeft te gelden dat zodra het kind ten tijde van de geboorte niet in een familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder - denk hierbij aan een mogelijke erkenning door de biologische vader van het kind - bij de geboorte van rechtswege het gezamenlijk gezag over het kind voor beide ouders van hetzelfde geslacht ontstaat.²¹ Bij een gehuwd homostel wordt gezamenlijk gezag verkregen door middel van adoptie als bedoeld in artikel 1:199 BW, waardoor het kind in familierechtelijke betrekking tot de tweede juridische vader komt te staan.²²

Gezamenlijk gezag met een ander dan de juridisch ouder

De wet staat het eveneens toe dat een ander dan de juridisch ouder mede is belast met het ouderlijk gezag over een minderjarige. Dit betreft geen ouderlijk gezag, maar gezamenlijk gezag met een ander dan de juridisch ouder. Gezamenlijk gezag kan ontstaan indien één van de juridische ouders van het kind eenhoofdig belast is met het gezag. Deze juridische ouder kan de rechtbank met een nieuwe partner verzoeken om beide met het gezamenlijk gezag te belasten op grond van artikel 1:253t BW. Vereist hierbij is dat de minderjarige in nauwe persoonlijke betrekking dient te staan tot de nieuwe partner. Hierbij dient de partner voorts aan te tonen dat:

- a. de juridische ouder en derde op de dag van het verzoek gedurende ten minste een aaneengesloten periode van een jaar onmiddellijk voorafgaande aan het verzoek gezamenlijk de zorg over de minderjarige hebben gehad; en
- b. de ouder die het verzoek doet op de dag van het verzoek gedurende ten minste een aaneengesloten periode van drie jaren alleen met het gezag belast is geweest.²³

Het is eveneens denkbaar dat er tijdens een huwelijk of geregistreerd partnerschap een kind geboren wordt, maar waarvan de echtgenoot niet de vader is. In deze gevallen ontstaat ook van rechtswege het gezamenlijk (en dus niet het ouderlijk) gezag, tenzij het kind al in een familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder. Een bekend voorbeeld hiervan is de (gehuwde) moeder die in verwachting raakt tijdens een affaire. Haar echtgenoot - zijnde niet de biologische vader - wordt van rechtswege belast met het gezamenlijk gezag op grond van artikel 1:199 lid 1 sub a BW. De van rechtswege met het gezag belaste vader kan het vaderschap ontkennen op grond van artikel 1:200 BW.²⁴

²⁰ Schonewille, p. 273, Rechtbank Utrecht 18 augustus 2006, RFR 2006, 13.

²¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 3 (MvT), p. 2-3.

²² Curry, Vonk, *FJR 2006/12*, p. 2.

²³ Artikel 1:253t lid 2 BW.

²⁴ Asser-De Boer 2010, nr. 691b.

Andere vormen van gezag

Het is denkbaar dat een minderjarige niet onder ouderlijk gezag staat. In de praktijk benoemt de rechter een voogd indien een van de navolgende situaties zich voordoet:

- a. de ouders met gezag is of zijn ontheven van of ontzet uit het ouderlijk gezag;
- b. de ouders met gezag is of zijn overleden;
- c. de ouders is of zijn zelf nog minderjarig.

De rechtbank kan in deze gevallen een voogd benoemen op grond van artikel 1:295 BW, hetgeen datieve voogdij wordt genoemd. Op grond van artikel 1:292 BW kan een ouder bij uiterste wilsbeschikking of door hiervan aantekening te laten opnemen in het register bepalen welke persoon dan wel welke twee personen na zijn dood voortaal als voogd onderscheidenlijk als gezamenlijke voogden het gezag over zijn kinderen zullen uitoefenen. Deze vorm van voogdij wordt ook wel testamentaire voogdij genoemd.²⁵

2.3 Meeroudergezinnen

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de meeroudergezinnen en het gezagsrecht. In deze paragraaf wordt behandeld wat de rechtspositie is van ouders in meeroudergezinnen bij lesbische stellen en hoe het gezagsrecht al dan niet voorziet in hun wensen en/of behoeftes.

2.3.1 Rechtspositie van ouders in intentionele meeroudergezinnen

Intentionele meeroudergezinnen zijn gezinnen waarbij reeds voor de geboorte - meer specifiek ten tijde van de bevruchting van de biologische moeder - meer dan twee partijen zijn betrokken, zoals hierna verder geconcretiseerd zal worden. De intentionele meeroudergezinnen kunnen bestaan uit twee vrouwen die gebruik maken van een donor of twee mannen die gebruik maken van een draagmoeder. In deze gevallen ontstaat een driepartijenverhouding: er is een biologische moeder (I), er is een meemoeder (II) en er is een zaaddonor (III). Een vierpartijenverhouding is ook denkbaar: twee mannen besluiten met twee vrouwen ouder te worden en wensen het kind gezamenlijk op te voeden, bijvoorbeeld door co-ouderschap.

Rechtspositie van moeders

De rechtspositie van de biologische moeder tegenover haar kind is steeds dezelfde: zij is naast de biologische moeder tevens juridisch ouder en heeft het gezag, nu het kind uit haar is geboren (ex art. 1:198 sub a BW jo. Art. 1:253b BW). Daarnaast neemt de meemoeder een prominente rol in, in deze driepartijenverhouding. Een meemoeder is niet de vrouw waaruit het kind wordt geboren, maar de vrouw die de echtgenote of partner is van de biologische moeder van het kind en die dat kind samen met de biologische moeder als ouder opvoedt.²⁶ Haar rechtspositie wordt bepaald aan de hand van de burgerlijke staat: wordt het kind geboren tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap, dan geldt het gezamenlijk gezag op grond van art. 1:253sa BW. De meemoeder kan juridisch ouder van het kind worden op grond van artikel 1:198 lid 1 sub b BW. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat, indien de biologische moeder en meemoeder gebruik maken van een bekende donor, er in beginsel geen juridisch ouderschap van rechtswege geldt voor de meemoeder, zodat slechts de biologische

²⁵ Asser-De Boer 201, nr. 2010

²⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 6, p. 5

moeder belast is met het gezag. In deze gevallen heeft de meemoeder de mogelijkheid om het kind te erkennen (art. 1:198 lid 1 sub c BW), om op deze wijze het juridisch ouderschap te verkrijgen, al dan niet door het verzoeken van vervangende toestemming aan de rechtbank.²⁷

De bekende zaaddonor

Indien de biologische moeder en meemoeder gebruikmaken van een bekende zaaddonor, is het van belang om de afspraken tussen hen eenduidig vast te leggen. De zaaddonor kan, indien hij in nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat en het kind niet reeds twee juridische ouders heeft, het kind eveneens erkennen op grond van artikel 1:204 lid 3 BW. Indien de biologische moeder en de eventuele aanwezige meemoeder dit niet wensen, kan de zaaddonor om vervangende toestemming vragen aan de rechtbank. De rechter zal voorts een afweging moeten maken in het concrete geval, alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemende, en het belang van het betreffende kind centraal stellen.²⁸ De zaaddonor heeft bij een nauwe persoonlijke betrekking een recht op omgang met het kind, zo volgt uit art. 1:377a BW en artikel 8 EVRM.²⁹

2.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk staat een overzicht centraal van het gezagsrecht, zowel algemeen, maar ook specifiek voor meeroudergezinnen. Uitgangspunt van het gezagsrecht is dat juridische ouders wiens kind binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap worden geboren, gezamenlijk het gezag uitoefenen (artikel 1:251 BW). Dit wordt het juridisch ouderschap en ouderlijk gezag genoemd. Het gezag ontstaat in dit geval van rechtswege bij de geboorte van het kind. De wet staat het eveneens toe dat een ander dan de juridisch ouder mede is belast met het ouderlijk gezag over een minderjarige. Dit wordt niet ouderlijk gezag, maar gezamenlijk gezag genoemd. Het gezamenlijk gezag kan bijvoorbeeld ontstaan bij een lesbisch paar dat samen een kind krijgt.

De wet bepaalt (impliciet) dat het gezag slechts bij twee personen kan berusten, hetgeen betekent dat het niet mogelijk is om drie personen gezamenlijk gezagdrager te laten zijn. Het creëren van een juridische driepartijenverhouding is door de wet derhalve expliciet uitgesloten. Het is denkbaar dat dit problemen oplevert in meeroudergezinnen, waarbij van meet af aan sprake is van een driepartijenverhouding, immers bestaat er een biologische moeder (I) een meemoeder (II) en een zaaddonor (III). Indien de bekende zaaddonor eveneens het gezag over de minderjarige wenst te hebben, dan is dit – indien er reeds twee gezagdragende ouders bekend zijn – niet mogelijk en wordt de zaaddonor buitenspel gezet. In de volgende hoofdstukken zal nader bezien worden in hoeverre dit in de praktijk daadwerkelijk tot problemen leidt.

²⁷ Antokolskaia e.a. 2014, p. 37, 38.

²⁸ Asser-De Boer 2010, nr. 1021a.

²⁹ HR 30 november 2007, NJ 2008, 310.

Hoofdstuk III Het huidige gezagsrecht en internationale en Europese verdrags- en regelgeving

In dit hoofdstuk staat centraal hoe het Nederlandse gezagsrecht zich verhoudt tot Europese regelgeving. Artikel 8 ('family life') van het EVRM en artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zullen in beeld gebracht worden, maar ook de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ter zake artikel 8 EVRM is onderdeel van behandeling. Tevens wordt aandacht besteed aan het Internationaal Verdrag voor de Rechten van een Kind.

3.1 Introductie 'family life'

Artikel 8 van het EVRM en artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie leggen vast dat: *"een ieder recht heeft op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven (...)".* Volgens vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dient het begrip 'family life' uit artikel 8 EVRM en artikel 7 van het Handvest ruim opgevat te worden en vallen hieronder ook de banden van nabije familieleden, zoals bijvoorbeeld de band tussen grootouders en hun kleinkinderen.³⁰ Het vereiste van de nauwe persoonlijke betrekking is de Nederlandse vertaling van het begrip 'family life' uit art. 8 EVRM en artikel 7 van het Handvest.³¹ Om een nauwe persoonlijke betrekking aan te tonen, zal de nationale rechter telkens opnieuw alle relevante en concrete feiten en omstandigheden in aanmerking nemen en moeten toetsen.³²

3.2 Derde 'ouder' en 'family life'

Zoals in hoofdstuk 2 uitvoerig is behandeld, staat de Nederlandse wet het thans niet toe dat een derde persoon wordt belast met het gezag. Hoewel dit niet met zoveel worden expliciet is opgenomen in de wet, blijkt dit uit de bewoordingen van meerdere bepalingen, bijvoorbeeld artikel 1:207 lid 2 sub a BW (erkenning) en artikel 1:204 lid 1 sub e BW (gerechtelijke vaststelling van het ouderschap).

Een bekend knelpunt is de positie tussen de meemoeder en de positie van de bekende donor die 'family life' heeft met het kind. Indien het kind wordt geboren tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap tussen de moeder en meemoeder, dan geldt het gezamenlijk gezag op grond van art. 1:253sa BW. De meemoeder kan juridisch ouder van het kind worden op grond van artikel 1:198 lid 1 sub b BW. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat, indien de biologische moeder en meemoeder gebruik maken van een bekende donor, in beginsel geen juridisch ouderschap van rechtswege geldt voor de meemoeder. In deze gevallen heeft de meemoeder de mogelijkheid om het kind te erkennen (art. 1:198 lid 1 sub c BW).³³

De zaaddonor kan, indien hij in nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat en het kind niet reeds twee juridische ouders heeft, het kind erkennen op grond van artikel 1:204 lid 3 BW. Indien de biologische moeder en de eventuele aanwezige meemoeder dit niet wensen en dit weigeren, dan kan de zaaddonor om vervangende toestemming vragen aan de rechtbank. De rechter zal voorts een afweging moeten maken in het concrete geval, waarbij

³⁰ EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (*Marckx/België*).

³¹ Wortmann, Van Duijvendijk-Brand 2005, p. 216-217.

³² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 06 december 2012, 200.192.554.

³³ Antokolskaia e.a. 2014, p. 37, 38.

hij alle omstandigheden in aanmerking zal nemen en het belang van het betreffende kind centraal zal stellen.³⁴ De zaaddonor heeft bij een nauwe persoonlijke betrekking in ieder geval een recht op omgang met het kind, zo volgt uit art. 1:377a BW, artikel 8 EVRM en artikel 7 van het Handvest. Dit wordt ook wel de ontvankelijkheidstoets genoemd.³⁵

Doorstaat de bekende zaaddonor echter de ontvankelijkheidstoets bij een verzoek tot vervangende toestemming voor erkenning indien zowel de meemoeder als bekende zaaddonor het kind willen erkennen om op deze wijze belast te worden met het gezag?

3.3 Erkenning bekende donor bij weigerachtige biologische moeder of bij reeds twee bekende juridische ouders

In art. 1:204 lid 3 BW wordt bepaald dat de verwekker van een kind aan de rechter vervangende toestemming kan vragen voor erkenning als de moeder die toestemming weigert. Blijkens de wetsgeschiedenis van artikel 1:204 BW is de verwekker van een kind de man die samen met de moeder het kind op natuurlijke wijze heeft laten ontstaan. Nu bij een zaaddonor het kind niet op natuurlijke, maar op medische wijze (bijvoorbeeld inseminatie) wordt verwekt, is de zaaddonor geen verwekker, maar biologisch vader van het kind.³⁶ De wet gaf een bekende zaaddonor, die wel biologische vader is, maar niet de verwekker, geen eigen rechtsingang om vervangende toestemming te vragen tot erkenning van het kind, nu artikel 1:204 lid 3 BW in eerste instantie alleen toezag op de verwekker van het kind. De Hoge Raad heeft dit uitgangspunt inmiddels genuanceerd en is van mening dat de bekende zaaddonor die ‘family life’ kan aantonen, wel ontvankelijk is in zijn verzoek om vervangende toestemming te verkrijgen tot erkenning van het kind.³⁷

Naar aanleiding van deze nuance is in artikel 1:204 lid 3 sub b BW de mogelijkheid opgenomen dat ook de biologische vader van het kind, die niet de verwekker is, maar wel in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind, het kind kan erkennen. Blijft de biologische moeder weigerachtig, dan kan de bekende zaaddonor om vervangende toestemming verzoeken. Dit verzoek wordt afgewezen indien: *“toewijzing de belangen van de biologische moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt.”*³⁸

Enige opmerking verdient daarbij wel dat – indien de rechter het verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning door de zaaddonor inwilligt - de meemoeder door deze constructie juridisch buitenspel wordt gezet: indien de bekende zaaddonor erkent, kan de meemoeder niet langer juridisch ouder worden. Het kind heeft dan immers al het maximum van twee juridische ouders.

In de gevallen waarbij de zaaddonor een verzoek tot vervangende toestemming indient terwijl het kind al twee juridische ouders heeft, bijvoorbeeld door erkenning door de meemoeder op grond van art. 1:198 lid 1 sub c BW, dan zal het verzoek van de zaaddonor in beginsel worden afgewezen. De enige mogelijkheid die dan voor hem nog rest, is een verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling op grond van ‘family life’.³⁹ De reden dat een

³⁴ Asser – De Boer 2010, nr. 1021a.

³⁵ HR 30 november 2007, NJ 2008, 310.

³⁶ Kamerstukken 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 6.

³⁷ HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386; HR 21 april 2006, NJ 2006, 584.

³⁸ Antokolskaia e.a. 2014, p. 38.

³⁹ HR 11 april 2008, R07/129HR.

zaaddonor vervolgens wel ontvankelijk kan zijn in een verzoek tot omgang, is gelegen in het feit dat zodra de zaaddonor ‘family life’ kan aantonen, op grond van artikel 8 EVRM wel een omgangsrecht bestaat. De rechter zal vervolgens een omgangsregeling vaststellen die in het belang van het kind is of de omgang ontzeggen op grond van een of meer ontzeggingsgronden. Bij de vaststelling van de omvang van de omgangsregeling is het belang van het kind doorslaggevend.⁴⁰

3.4 Invulling nauwe persoonlijke betrekking in de rechtspraak: ‘family life’ en private life

Het ligt op de weg van de bekende zaaddonor om een nauwe persoonlijke betrekking aan te tonen met het kind. Zodra de zaaddonor hierin slaagt, hebben het kind en de donor in ieder geval recht op omgang met elkaar (artikel 1:377a lid 1 BW). De maatstaven voor de feiten en omstandigheden die de zaaddonor moet aandragen, zijn ontwikkeld in de rechtspraak, maar zullen steeds weer per kwestie opnieuw beoordeeld moeten worden.⁴¹ Het is niet voldoende dat de zaaddonor slechts aantoont dat hij de biologische vader is: hij dient bijkomende omstandigheden te stellen. Biologische verwantschap is echter wel een belangrijke factor voor het aantonen van een nauwe persoonlijke betrekking.⁴²

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) geeft voor het aantonen van de nauwe persoonlijke betrekking onder meer aan: *“The existence or non-existence of ‘family life’ within the meaning of Article 8 is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties, in particular the demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after the birth”*, alsmede: *“Where it concerns a potential relationship which could develop between a child born out of wedlock and its natural father, relevant factors include the nature of the relationship between the natural parents and the demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after its birth”*.⁴³ Uit deze rechtspraak blijkt dat omstandigheden die van belang zijn gelegen kunnen zijn in de belangstelling van de zaaddonor voor het kind, zowel voor als na de geboorte, alsook de relatie tussen de zaaddonor en de biologische moeder, eveneens voor als na de geboorte van het kind.

In de Marckx-uitspraak van het EHRM wordt reeds in 1979 bepaald dat het begrip ‘family life’ ruim opgevat dient te worden en dat hieronder ook vallen de banden van nabije familieleden en dat de Staat de verplichting heeft – vanwege respect voor ‘family life’- de banden met andere familieleden normaal te laten ontwikkelen. Het maken van een onderscheid tussen een wettig en onwettig kind en tussen een gehuwde en ongehuwde moeder is als discriminatoir aan te merken.⁴⁴ Volgens het EHRM is samenwonen geen vereiste om een nauwe persoonlijke betrekking aan te nemen. Daarentegen wegen factoren als de jeugdige leeftijd van het kind en het belang van het contact mee bij de beoordeling of er sprake is van ‘family life’.⁴⁵

⁴⁰ Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 16.

⁴¹ Antokolskaia e.a. 2014, p. 38.

⁴² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 06 december 2012, 200.192.554.

⁴³ EHRM 1 juni 2004, NJ 2004, 667 (Lebbink/Nederland); EHRM 29 juni 1999, 27110/95 (Nylund/Finland).

⁴⁴ EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (Marckx/België).

⁴⁵ EHRM 21 juni 1988, 10730/84 (Berrehab/Nederland).

Uit jurisprudentie van het EHRM volgt eveneens dat de vaststelling van de juridische betrekkingen tussen een biologische vader en diens kind en daarmee de vraag of de biologische vader een recht heeft op toegang tot het kind, een belangrijk deel kan betreffen van de identiteit van de biologische vader: ‘private life’. Het EHRM is van mening dat in gevallen waarin de biologische vader ‘family life’ niet kan aantonen, nauwe banden wel binnen de reikwijdte van ‘private life’ kunnen vallen en daarmee ook onder de bescherming van artikel 8 EVRM en artikel 7 van het Handvest dienen te vallen. Het EHRM laat geen twijfel bestaan over het belang van het samenzijn tussen ouder en kind: voor een ouder en een kind is het van fundamenteel belang dat zij samen kunnen zijn en een band kunnen opbouwen.⁴⁶

Samenvattend: de biologische vader dient – om ontvankelijk te zijn in zijn verzoek tot erkenning van het kind – ofwel ‘family life’ aan te tonen ofwel, indien hij dit niet kan, ‘private life’ aan te tonen. Zodra de biologische vader ontvankelijk verklaard wordt in zijn verzoek, komt de gerechtelijke instantie toe aan de inhoudelijke toetsing van de omstandigheden van het geval.⁴⁷ De bijkomende omstandigheden moeten gelegen zijn in de aard van de relatie van de biologische vader/zaaddonor en de moeder voor de geboorte, de omstandigheden na de geboorte of een combinatie van beide, zodat aangetoond kan worden dat er sprake is van ‘family life’. Het is aan de rechter om vervolgens te bezien of de wens tot erkenning van de zaaddonor voorrang geniet op de wens van erkenning door de meemoeder. De rechter zal hierbij steeds het belang van het kind centraal stellen.⁴⁸

3.5 Het belang van het kind

Hoewel uit het voorgaande is gebleken dat het belang van het kind centraal staat, is het maar de vraag in hoeverre dit belang daadwerkelijk van doorslaggevende betekenis is. Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK) bepaalt in artikel 3 lid 1: *“Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.”* Daarnaast is het belang van het kind ook opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, te weten in artikel 24 lid 2.⁴⁹

Op 20 november 1959 wordt door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties de Verklaring van de Rechten van het Kind aanvaard en wordt sindsdien het belang van het kind beschouwd als een fundamenteel uitgangspunt.⁵⁰ Vanaf 1960/1970 kwam er – naast de aandacht voor de belangen van het kind - ook aandacht voor de rechten van het kind. Kinderen werden niet langer uitsluitend gezien als afhankelijk en kwetsbaar, maar ook als individuen met eigen rechten. Door deze kentering kwam er ook aandacht voor de eisen waaraan besluitvorming moet voldoen over beslissingen die het kind aangaan en de vraag in

⁴⁶ EHRM 10 februari 2015, 77818/12 (*Penchevi/Bulgarije*).

⁴⁷ EHRM 21 december 2010, 20578/07 (*Anayo/Duitsland*); EHRM 15 september 2011, 17080/07 (*Schneider/Duitsland*).

⁴⁸ HR 19 mei 2000, NJ 2000, 545; HR 29 september 2000, NJ 2000, 654; EHRM 1 juni 2004, NJ 2004, 667 (*Lebbink/Nederland*); HR 30 november 2007, NJ 2008, 310, HR 2 november 2012, LJN BX5798.

⁴⁹ Staatscommissie Herijking Ouderschap, p. 22.

⁵⁰ Aldus de preambule behorende bij het Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

hoeverre kinderen hierop invloed moeten kunnen uitoefenen.⁵¹ Het EHRM besliste *‘dat het belang van het kind afhangt van de omstandigheden van het geval, met name zijn leeftijd, zijn mate van volwassenheid, het al dan niet aanwezig zijn van zijn ouders, zijn omgeving en hetgeen hij heeft meegemaakt’*.⁵² In de Levin-uitspraak van het EHRM wordt geoordeeld dat onder het belang van het kind onder andere wordt verstaan het belang van het kind op continuïteit en stabiliteit in de opvoedrelatie.⁵³

Op het moment dat er sprake is van een derde die naast twee al bestaande juridische ouders tevens gezagdrager wenst te zijn, ontstaat er een botsing tussen twee fundamentele rechten, te weten artikel 3 IVRK en artikel 8 EVRM. Enerzijds stelt het belang van het kind het uitgangspunt centraal dat sprake dient te zijn van continuïteit en stabiliteit in de opvoedrelatie, anderzijds kan een beroep op ‘family life’ door de zaaddonor ex artikel 8 EVRM er voor zorgen dat deze continuïteit verbroken wordt en een derde wordt betrokken in de juridische opvoedsituatie. Uit de Mandet-uitspraak van het EHRM blijkt dat de rechten van de biologische vader ex artikel 8 EVRM kunnen prevaleren boven de bescherming van het gezinsleven en de door het kind geuite wensen ter zake.⁵⁴ Het is aan de rechter om een keuze te maken tussen beide fundamentele rechten.⁵⁵

3.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk staat het begrip ‘family life’ uit artikel 8 EVRM en artikel 7 van het Handvest centraal en wel de verhouding van dit begrip met het huidige gezagsrecht in Nederland. Artikel 8 van het EVRM en artikel 7 van het Handvest stellen: *“een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven (...)”*. Zoals in hoofdstuk 2 is behandeld, staat onze wet het thans niet toe dat een derde persoon wordt belast met het gezag. Een bekend knelpunt is de positie tussen de meemoeder en de positie van de bekende donor die (aantoonbaar) ‘family life’ heeft met het kind. In artikel 1:204 lid 3 sub b BW is inmiddels de mogelijkheid opgenomen voor de bekende zaaddonor, zijnde niet de verwekker, maar wel de biologische vader, om het kind te erkennen indien tussen hem en het kind ‘family life’ of ‘private life’ bestaat. De maatstaven voor de feiten en omstandigheden die de zaaddonor moet aandragen, zijn ontwikkeld in de rechtspraak, maar zullen steeds weer per kwestie opnieuw beoordeeld moeten worden. Het is aan de rechter om vervolgens te bezien of de wens tot erkenning van de zaaddonor voorrang geniet op de wens van erkenning door de meemoeder, alle omstandigheden hierbij in aanmerking nemende, maar voornamelijk door het belang van het kind centraal te stellen. Doordat de zelfstandige rechtsingang voor de donovader inmiddels is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek verhoudt het huidige gezagsrecht zich sindsdien dan ook beter tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, meer specifiek artikel 8 en artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Op het moment dat er sprake is van een derde die naast twee al bestaande juridische ouders tevens gezagdrager wenst te zijn, ontstaat er een botsing tussen twee fundamentele rechten, te weten artikel 3 IVRK en artikel 8 EVRM. Het is aan de rechter om een keuze te maken tussen beide fundamentele rechten.

⁵¹ Staatscommissie Herijking Ouderschap, p. 22-23.

⁵² EHRM 6 juli 2010, 41615/07 (*Shuruk/Zwiterland*).

⁵³ EHRM 15 maart 2012, 35141/06 (*Levin/Zweden*).

⁵⁴ EHRM 14 januari 2016, 30955/12, EHCR 2016/76, m.nt. S. Florescu (*Mandet/Frankrijk*).

⁵⁵ Punselie 2008, p. 13; Pessers 2013, *NJB* 2013/2189, p. 7.

Hoofdstuk IV Gezagsgerelateerde problemen onder het huidige stelsel

In dit hoofdstuk wordt gezien of door de beperking van maximaal twee juridische ouders spanningen ontstaan in meeroudergezinnen of deze spanningen weggenomen kunnen en dienen te worden, met het oog op het belang van het kind en hoe de politiek daartegen aankijkt. Daarnaast worden – in de lijn met het belang van kind – adviezen gegeven hoe meeroudergezag in Nederland vormgegeven kan worden.

4.1 Onderhandeling over de rug van een kind?

De huidige wetgeving staat het niet toe om meer dan twee gezagdragende ouders te hebben voor een kind. Op het moment dat er twee gezagdragende ouders bekend zijn, wordt een eventuele derde persoon met de wens om eveneens belast te worden met het gezag, buitenspel gezet. Dit betekent dat de ouders een keuze moeten maken, misschien zelfs moeten onderhandelen, om de rechten en plichten te verdelen. De vraag is of het wenselijk is dat ouders gaan onderhandelen en contracteren over het recht van het kind op familierechtelijke betrekkingen met zijn of haar ouders.⁵⁶

Het is denkbaar dat dat de feitelijke rol en de juridische rol van de betreffende ouders een discrepantie laat zien. Het kan immers zijn dat de derde ouder feitelijk wel meebeslist over gezagsgerelateerde aspecten die het kind aangaan, maar juridisch deze erkenning niet kan krijgen. Is deze discrepantie te verenigen met het belang van het kind of zouden de juridische en feitelijke situatie in overeenstemming moeten zijn? Een overeenstemmende situatie zal leiden tot een betere betrokkenheid van de verschillende partijen bij de opvoeding van het kind. Het kind heeft hier ook baat bij, nu beslissingen aangaande het kind genomen kunnen worden door de drie personen die ook daadwerkelijk nauw betrokken zijn bij hem en zijn belang centraal kunnen stellen. Een belangrijk risico dat echter genomen wordt met meeroudergezag, is het risico op een toename van het aantal conflicten als er meer dan twee ‘gezagspelers op het speelveld staan’. Immers: hoe meer mensen, hoe meer meningen.⁵⁷

4.2 Harmonie in meeroudergezinnen

Zoals kort aangehaald in paragraaf 4.1 kan onder het huidige stelsel sprake van zijn van ongelijkwaardigheid. Zolang er een harmonie bestaat tussen de ouders en de kinderen kunnen de ouders gezamenlijk de zaken regelen aangaande de kinderen. De derde ouder zonder gezag kan hierin ook feitelijk meebeslissen, bijvoorbeeld over een medische behandeling van de kinderen of over de aanvraag van een paspoort. Echter, in het geval de verhouding verandert tussen de ouders en de derde ouder zonder gezag (de meemoeder of zaaddonor), kan deze derde ouder wederom buitenspel worden gezet en ontstaat er een ongelijke situatie voor de derde ouder, waar deze in beginsel niets tegenin kan brengen: hij is immers niet met het gezag belast. Het is daarbij denkbaar dat de derde ouder reeds jarenlang feitelijk op dezelfde manier meebesliste over de kinderen als de juridische ouders, maar door een verslechterende harmonie hierbij niet langer wordt betrokken. Het belang van het kind kan hierbij ook worden betrokken. Het kind wordt ineens geconfronteerd met een situatie waarbij de derde ouder niet langer (of in mindere mate) in zijn leven zal zijn, noch beslissingen voor hem kan nemen.⁵⁸

⁵⁶ Pessers 2013, *NJB 2013/2189*, p. 2588-2596.

⁵⁷ Antokolskaia e.a. 2014, p. 210-211.

⁵⁸ Mollema 2014, p. 221-222.

Door het creëren van een gelijkwaardige positie voor de betrokken ouders kunnen ouders gezamenlijk de zaken die geregeld moeten worden voor het kind, correct regelen en niet alleen de ouders die belast zijn met het gezag. Het belang van het kind is ermee gediend dat alle aanwezige ouders (of dit er nu twee of drie zijn) in harmonie zaken aangaande het kind feitelijk, maar ook juridisch kunnen regelen. Een derde ouder die door de twee juridische ouders buitenspel gezet wordt, is niet in het belang van het kind, dat belang heeft bij een relatie met al zijn ouders.⁵⁹

4.3 Belang van het kind

Op 20 november 1959 wordt door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties de Verklaring van de Rechten van het Kind aanvaard en sindsdien wordt het belang van het kind beschouwd als een fundamenteel uitgangspunt.⁶⁰ Vanaf 1960/1970 kwam er – naast de aandacht voor de belangen van de kind - ook aandacht voor de rechten van het kind. Kinderen werden niet langer uitsluitend gezien als afhankelijk en kwetsbaar, maar ook als individuen met eigen rechten. Door deze kentering kwam er ook aandacht voor de eisen waaraan besluitvorming moet voldoen over beslissingen die het kind aangaan en de vraag in hoeverre kinderen hierop invloed moeten kunnen uitoefenen.⁶¹ Het begrip ‘belang van het kind’ laat zich niet eenvoudig definiëren, maar het EHRM besliste daarover *‘dat het belang van het kind afhangt van de omstandigheden van het geval, met name zijn leeftijd, zijn mate van volwassenheid, het al dan niet aanwezig zijn van zijn ouders, zijn omgeving en hetgeen hij heeft meegemaakt’*.⁶² In een andere uitspraak van het EHRM wordt geoordeeld dat onder het belang van het kind onder andere wordt verstaan het belang van het kind op continuïteit en stabiliteit in de opvoedrelatie.⁶³

4.3.1 Belang van het kind voor meeroudergezag

Zoals uit de voorgaande paragrafen is gebleken, is een aantal knelpunten waarneembaar nu de wet het op dit moment nog niet toestaat om meer dan twee juridische ouders te hebben. Het is van belang om na te gaan of meeroudergezag een oplossing biedt voor de geconstateerde spanningen of dat dit wellicht juist aanleiding geeft tot andere spanningen.⁶⁴ Het belang kind valt uiteen in een aantal deelbelangen. Deze deelbelangen zijn telkenmale afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bestaande deelbelangen zijn in ieder geval:

- stabiliteit en continuïteit in de opvoedrelatie;
- het recht van het kind om zijn afstemming te kennen en de banden met zijn biologische vader te ontwikkelen;
- het belang om gehoord te worden;
- het nastreven van een laag conflictpotentieel.

Deze belangen kunnen aangevuld worden met andere belangen indien dit blijkt uit de omstandigheden van het geval. Het belang van het kind is, met andere woorden, een lastig te definiëren begrip. Uit de opgesomde deelbelangen blijkt dat het ene deelbelang wel gebaat

⁵⁹ Antokolskaia e.a. 2014, p. 126-127, 217.

⁶⁰ Aldus de preambule behorende bij het Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

⁶¹ Staatscommissie Herijking Ouderschap, p. 22-23.

⁶² EHRM 6 juli 2010, 41615/07 (*Shuruk/Zwiterland*).

⁶³ EHRM 15 maart 2012, 35141/06 (*Levin/Zweden*).

⁶⁴ Antokolskaia e.a. 2014, p. 69.

kan zijn bij meeroudergezag (bijvoorbeeld het deelbelang dat het kind recht heeft om de banden met zijn biologische vader te ontwikkelen), maar dat een ander deelbelang (bijvoorbeeld stabiliteit en continuïteit in de opvoedrelatie of een laag conflictpotentieel) zich weer kan verzetten tegen meeroudergezag.⁶⁵ Het innemen van een duidelijk standpunt of meeroudergezag wel of niet in het belang van het kind is, is hierdoor dan ook lastig.⁶⁶ In paragraaf 4.5 zal daarover nog het nodige nader geanalyseerd worden.

Het laten overeenstemmen van de feitelijke en juridische rol van een (derde) ouder zou door de invoering van meeroudergezag kunnen leiden tot een meer bij het belang van het kind aansluitende visie. Enerzijds wordt door meeroudergezag erkend dat er thans gezinnen kunnen bestaan die afwijken van de traditionele standaard en welk gezin hierdoor ook juridisch bescherming krijgt: niemand wordt buitenspel gezet. Anderzijds wordt ook het praktische belang gediend door meeroudergezag: door een gelijkwaardige positie van de betrokken ouders kunnen zij gezamenlijk de zaken die geregeld moeten worden voor het kind, correct regelen en niet alleen de ouders die belast zijn met het gezag. Het belang van het kind is ermee gediend dat alle aanwezige ouders (of dit er nu twee of drie zijn) in harmonie zaken aangaande het kind feitelijk, maar ook juridisch kunnen regelen. Een derde ouder die door de twee juridische ouders buitenspel gezet wordt, is niet in het belang van het kind, dat belang heeft bij een relatie met al zijn ouders.⁶⁷

4.4 Politieke opinie

4.4.1 Geschiedenis en totstandkoming huidige politieke opinie

De discussie over de vraag of meeroudergezag mogelijk zou moeten zijn, is een discussie die al reeds enige tijd geleden is gestart en een terugkerend onderwerp is op de politieke agenda. Een eerste stap richting een visie die meer aansluit op de feitelijke verzorgings- en opvoedingssituatie van het kind, is gezet met de invoering van de Wet Lesbisch Ouderschap.⁶⁸ Mede door de invoering van deze wet, heeft het WODC in 2014 geconcludeerd dat er inderdaad behoefte is aan een juridische regeling voor meeroudergezag. De Staatscommissie Herijking Ouderschap is vervolgens in 2016 verzocht om te adviseren over een mogelijke wettelijke regeling voor meeroudergezag. De Staatscommissie heeft in het onderzoek dat voorafging aan het advies de recente veranderingen in gezinsvormen in kaart gebracht om op deze wijze vast te kunnen stellen of en waar er knelpunten bestaan tussen de feitelijke en juridische situatie.

Het onderzoek resulteerde in het advies dat inderdaad voorzien moet worden in een regeling van meeroudergezag: *“De Staatscommissie stelt vast dat het in de huidige maatschappij voorkomt dat een kind wordt verzorgd en opgevoed door meer dan twee personen die samen als ouders met het kind een gezin vormen. Het mogelijk maken dat deze personen een juridische ouderschapsband met het kind kunnen vestigen, maakt zekerder dat de band tussen kind en ouders tijdens het opgroeien, maar ook na de meerderjarigheid, in stand blijft. Waar meerdere personen samen met het kind een gezin vormen, acht de Staatscommissie het doorgaans ook wenselijk dat deze personen samen het gezag over het*

⁶⁵ Antokolskaia e.a. 2014, p. 213.

⁶⁶ Spruijt 2013, *FJR 2013/10*, p. 86-100.

⁶⁷ Antokolskaia e.a. 2014, p. 126-127, 217.

⁶⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 4.

*kind uitoefenen, als erkenning voor de gelijkwaardige positie van al deze personen ten opzichte van het kind en van elkaar. De Staatscommissie adviseert daarom juridisch meerouderschap en meeroudergezag onder bepaalde voorwaarden mogelijk te maken.*⁶⁹

4.4.2 Huidige politieke opinie meeroudergezag

Naar aanleiding van het advies heeft het kabinet verder gediscussieerd over de wettelijke mogelijkheid tot meeroudergezag. Het kabinet stelt dat de belangen van het kind voorop gesteld moeten worden en neemt daarbij de zeven kernen van goed ouderschap als uitgangspunt. Deze uitgangspunten zijn:

- een onvoorwaardelijk persoonlijk commitment;
- continuïteit in de opvoedingsrelatie;
- verzorging en zorg voor lichamelijk welzijn;
- opvoeding tot zelfstandigheid en sociale en maatschappelijke participatie;
- het organiseren en monitoren van de opvoeding in het gezin, op school en in het publieke domein;
- zorg dragen voor de vorming van de afstammingsidentiteit van het kind;
- zorg dragen voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen, onder wie de andere ouder.⁷⁰

Ondanks het feit dat zowel het WODC alsook de Staatscommissie adviseren te voorzien in meeroudergezag kiest het kabinet op dit moment niet voor het treffen van een regeling voor meeroudergezag. De belangrijkste reden die het kabinet daaraan ten grondslag legt, is dat het kabinet meent dat een toename van het aantal personen met uitgebreide rechten tot een kind zal leiden tot een toename van het aantal conflicten rond datzelfde kind. Het kabinet valt terug op de ervaringen rond escalaties bij problematische echtscheidingen, waaruit is gebleken dat de daaruit voortvloeiende loyaliteitsconflicten uiterst belastend kunnen zijn voor kinderen.⁷¹ Daarnaast constateert het kabinet op basis van de uitgebrachte adviezen en consultatie van de betrokken beleidsdepartementen dat: *“meerouderschap en meerpersoonsgezag leiden tot toenemende complexiteit en daarmee samenhangende uitvoeringsconsequenties. Het betreft dan onder meer de consequenties voor de registraties, de sociale zekerheid, de zorg en de fiscaliteit. De uitwerking van meerouderschap en meerpersoonsgezag roept nog vele beleidsvragen op. Vooral de gewenste doorwerking naar de verschillende kindregelingen vergt een nadere afweging mede bezien in het licht van de doelstellingen van de regelingen en de beoogde mate van facilitering van ouders. Een dergelijke afweging is niet meegenomen in het advies van de Staatscommissie”*.⁷²

4.4.3 Conclusie kabinet

Het kabinet meent dat het belang van het kind zich verzet tegen een regeling voor volledig meeroudergezag en stelt voor zich te gaan richten op een mogelijkheid tot deelgezag. Bij deelgezag dragen derden onderdelen van het gezag samen met de twee juridische ouders. Door het invoeren van een regeling van deelgezag wordt naar het oordeel van het kabinet tegemoet gekomen aan *‘de praktische problemen van sociale ouders, door bescherming van*

⁶⁹ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, p. 5.

⁷⁰ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, p. 2.

⁷¹ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, p.11; Vlaardingerbroek 2018, p. 97.

⁷² Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, p. 11.

het belang van het kind en verzorgende derden bij continuïteit van de verzorging en contact met diegenen die voor het kind belangrijk zijn'. Indien er voor gekozen wordt te voorzien in een regeling van deelgezag, dan zal door een evaluatie daarvan moeten blijken of de regeling inderdaad voldoende tegemoetkomt aan de problemen die er bestaan voor derde ouders. In deze evaluatie zal tevens het conflictpotentieel moeten worden betrokken, of er internationaal inmiddels verder ontwikkelde inzichten bestaan en of meeroudergezag tegen die tijd anders zou moeten worden beoordeeld.⁷³ Het kabinet zal met voorrang werken aan wetgeving over deze onderwerpen, die naar verwachting voor de zomer van 2020 aan de Tweede Kamer zullen worden gezonden.⁷⁴

4.5 Nadere analyse

De vraag is welk gewicht de in artikel 4.3.1 genoemde deelbelangen toegekend moeten worden. Weegt het ene belang zwaarder dan het andere of zullen specifieke vereisten voor meeroudergezag er voor kunnen zorgen dat wordt voldaan aan alle specifieke deelbelangen? Zoals uit paragraaf 4.4.2 blijkt, kiest het huidige kabinet er op dit moment voor om niet te voorzien in een regeling van meeroudergezag. De belangrijkste reden die daaraan ten grondslag wordt gelegd, is de angst voor een toename van het aantal conflicten, hetgeen niet in het belang van het kind wordt geacht. Dit is in overeenstemming met een specifiek deelbelang, namelijk het nastreven van een laag conflictpotentieel. Het kabinet heeft echter kennelijk een zwart/wit-situatie voor ogen, waarbij alleen wordt gelet op voornoemd deelbelang. Het recht van het kind om zijn afstemming te kennen en de banden met zijn biologische vader te ontwikkelen, wordt bijvoorbeeld volledig gepasseerd. Meeroudergezag zou in de praktijk inderdaad kunnen leiden tot een toename van de (juridische) complexiteit van de opvoedingssituatie en het aantal conflicten: hoe meer mensen, hoe meer meningen. Het tegendeel is echter ook denkbaar. Juist de gelijkwaardige positie van de verschillende gezagdragers kan bijdragen aan het in een vroeg stadium registreren of oplossen van (dreigende) conflicten, nu er geen sprake is van een machtsstrijd van één tegen één.⁷⁵

Het kabinet had er ook voor kunnen kiezen om voorwaarden te stellen aan de vormgeving van meeroudergezag. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie dat meeroudergezag alleen mogelijk is indien alle ouders (dus zowel de biologische ouders als de juridische ouders) ten tijde van de verwekking de intentie hebben gehad om gezamenlijk en gelijkwaardig ouder en gezagdrager te zijn. Geadviseerd wordt om meeroudergezag zo in te richten dat de drie aanwezige partijen al vóór het ontstaan van de eventuele conflicten nadenken over hoe hun situatie vormgegeven moet worden: maatwerk. Voor een verzoek tot meeroudergezag kan het opstellen van een meeroudergezagsovereenkomst verplicht worden gesteld, waarin de intenties van alle partijen wordt gespecificeerd en welke overeenkomst vervolgens wordt getoetst door de rechter voor de geboorte van het kind. Geadviseerd wordt een dergelijke overeenkomst op te stellen vóór de conceptie van het kind, zodat alle betrokken partijen een gelijke positie hebben in de gewenste afspraken aangaande het kind.

Daarnaast wordt het in het belang van het kind geacht om bij een verzoek tot meeroudergezag het benoemen van een bijzonder curator als vereiste te stellen, één en ander

⁷³ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, p. 12.

⁷⁴ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, p. 14.

⁷⁵ Staatscommissie Herijking Ouderschap, p. 445.

in lijn met artikel 1:212 BW, zodat verzekerd wordt dat alle deelbelangen van het kind centraal komen te staan en gelijke weging toekomen.

De weg van meeroudergezag staat dan niet open voor partijen die al met elkaar in conflict zijn over het gezag over het kind in een later stadium na de geboorte, zodat het kind niet in een loyaliteitsconflict zal geraken. Voor deze situaties kan als oplossing worden geboden om te voorzien in een vorm van zwakke/eenvoudige adoptie: adoptie waarbij wel een familierechtelijke betrekking met de adoptant wordt gevestigd, maar waarbij deze betrekking niet in plaats komt van de reeds bestaande familierechtelijke betrekkingen. Voor het kind heeft dit als voordeel dat wordt tegemoetgekomen aan de feitelijke situatie, namelijk door het vestigen van een familierechtelijke betrekking met een derde die het kind al daadwerkelijk verzorgt en opvoedt, maar waarbij het kind geen ‘afscheid’ hoeft te nemen van zijn andere twee juridische ouders.⁷⁶

Het kabinet is star in benadering om – louter op grond van het verhoogde risico op conflicten – te beredeneren dat er op dit moment volledig geen ruimte is voor meeroudergezag, maar alleen een poging doet tot het initiëren van een regeling van deelgezag. Door voorgaande adviezen ter zake op te volgen, wordt balans gezocht tussen alle geldende deelbelangen, zonder hierbij één belang voorop te stellen. Het is vervolgens voorbehouden aan de rechter om ook gewicht toe te kennen aan andere omstandigheden van het specifieke geval.

4.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht welke knelpunten er op dit moment bestaan, nu er nog niet is voorzien in een regeling van meeroudergezag, of deze spanningen weggenomen kunnen en dienen te worden met het oog op het belang van het kind en de politieke opinie daarover.

Door de beperking van twee gezagdragende ouders dienen ouders een keuze te maken, of zelfs te onderhandelen, om de rechten en plichten te verdelen. De vraag is of het wenselijk is dat ouders gaan onderhandelen en contracteren over het recht van het kind op familierechtelijke betrekkingen met zijn of haar ouders. Het is daarnaast denkbaar dat de feitelijke rol en de juridische rol van de betreffende ouders een discrepantie laat zien. Het kan immers zijn dat de derde ouder feitelijk wel meebeslist over gezagsgerelateerde aspecten die het kind aangaan, maar juridisch deze erkenning niet kan krijgen. Het belang van het kind is ermee gediend dat alle aanwezige ouders (of dit er nu twee of drie zijn) in harmonie zaken aangaande het kind feitelijk, maar ook juridisch kunnen regelen. Een derde ouder die door de twee juridische ouders buitenspel gezet wordt, is niet in het belang van het kind is, dat belang heeft bij een relatie met al zijn ouders.

Een belangrijk risico dat genomen wordt met meeroudergezag, is het risico op een toename van het aantal conflicten als er meer dan twee gezagspelers op het speelveld staan. Het tegendeel is echter ook denkbaar. Juist de gelijkwaardige positie van de verschillende gezagdraggers kan bijdragen aan het in een vroeg stadium registreren of oplossen van (dreigende) conflicten, nu er geen sprake is van een machtsstrijd van één tegen één.

Het begrip ‘belang van het kind’ laat zich niet eenvoudig definiëren, maar het EHRM besliste daarover *‘dat het belang van het kind afhangt van de omstandigheden van het geval,*

⁷⁶ Staatscommissie Herijking Ouderschap, p. 436.

met name zijn leeftijd, zijn mate van volwassenheid, het al dan niet aanwezig zijn van zijn ouders, zijn omgeving en hetgeen hij heeft meegemaakt. Het belang van het kind is, met andere woorden, een lastig te definiëren begrip. Het innemen van een duidelijk standpunt of meeroudergezag wel of niet in het belang van het kind is, is hierdoor dan ook lastig.

Het kabinet meent dat het belang van het kind zich verzet tegen een regeling voor volledig meeroudergezag en gaat zich richten op een regeling van deelgezag, welke wetgeving naar verwachting in 2020 gereed zal zijn voor behandeling in de Tweede Kamer. Het kabinet is van mening dat een regeling van meeroudergezag zal leiden tot een toename van het aantal conflicten. Het kabinet heeft echter kennelijk een zwart/wit-situatie voor ogen, waarbij alleen wordt gelet op voornoemd deelbelang. Het recht van het kind om zijn afstemming te kennen en de banden met zijn biologische vader te ontwikkelen, wordt bijvoorbeeld volledig gepasseerd. Geadviseerd wordt om meeroudergezag zo in te richten dat de drie aanwezige partijen al vóór het ontstaan van de eventuele conflicten nadenken over hoe hun situatie vormgegeven moet worden: maatwerk. Voor een verzoek tot meeroudergezag kan het opstellen van een meeroudergezagsovereenkomst verplicht worden gesteld, waarin de intenties van alle partijen wordt gespecificeerd en welke overeenkomst vervolgens wordt getoetst door de rechter voor de geboorte van het kind. Geadviseerd wordt een dergelijke overeenkomst op te stellen vóór de conceptie van het kind, zodat alle betrokken partijen een gelijke positie hebben in de gewenste afspraken aangaande het kind. Op deze wijze wordt een balans gezocht tussen alle geldende deelbelangen van het kind, zonder hierbij één specifiek deelbelang voorop te stellen.

Hoofdstuk V Een blik over de grens: meeroudergezag in Frankrijk

In dit hoofdstuk staat een beschouwing centraal van het Franse stelsel van meeroudergezag. Daarnaast wordt gezien in hoeverre dit systeem aanknopingspunten biedt voor verankering van meeroudergezag in Nederland.

5.1 Introductie

De Franse vorm van gezag heeft dezelfde functie als in Nederland: het bieden van bescherming aan een minderjarig kind. Franse wettelijke bepalingen vereisen dat de ouders veiligheid, gezondheid en moraliteit van het kind beschermen. Bij de hervorming van de France Code Civil in 2002 is (formeel) afstand gedaan van de expliciete bewoordingen van dit drieluik, maar het vormt nog steeds de basis voor het huidige Franse gezagsrecht.⁷⁷ De Franse wet kent al een vorm van meeroudergezag: de zogenoemde *délégation* zoals neergelegd in artikel 377 en 377-1 van de Franse Code Civil (CC), zoals gewijzigd in 2002 en 2016 en de toepassing ervan in Franse rechtspraak. Onderzocht wordt of de Franse vorm van meeroudergezag in enigerlei mate overgenomen zou moeten kunnen worden, althans aanknopingspunten daartoe biedt voor Nederland.⁷⁸

5.2 Relevante bepalingen Code Civil

De ouders van het kind zijn titularis van het ouderlijk gezag in Frankrijk, zo bepaalt artikel 371-1 van de Franse Code Civil. In beginsel wordt het ouderlijk gezag gezamenlijk door beide ouders uitgeoefend. Zoals aangegeven in de introductie kent de Franse wet een mogelijkheid tot meeroudergezag: *délégation*, hetgeen zoveel betekent als overdracht van de uitoefening van het ouderlijk gezag aan een derde.⁷⁹ Er wordt zowel een mogelijkheid gecreëerd tot gehele alsook tot gedeeltelijke uitoefening van het gezag. De ouders kunnen er voor kiezen dat de bevoegdheden tussen hen en de derde persoon worden verdeeld: de zogenaamde *délégation-transfert*. Dit houdt in dat de ouders bevoegd zijn tot het uitoefenen van bepaalde (vastgelegde) bevoegdheden en dat de derde uitsluitend andere bevoegdheden kan uitoefenen. Deze derde kan een familielid ('*proche digne de confiance*') zijn of een erkende instelling.⁸⁰ Tevens is het mogelijk dat de drie partijen meeroudergezag tot stand brengen, waarbij de derde samen met de ouders dezelfde bevoegdheden mag uitoefenen: *délégation-partage*. Deze vorm van meeroudergezag is met de wijziging van artikel 377 van de Franse Code Civil in 2002 ingevoerd.⁸¹ De rechtbank in Frankrijk dient in beide gevallen de gezagsoverdracht uit te spreken.⁸²

De Staatscommissie in Frankrijk heeft eind 2014 voorgesteld om het bestaande meeroudergezag te verruimen. Dit voorstel is thans nog onderwerp in het Franse parlement, inmiddels als wetsvoorstel (bijlage I).⁸³ Ten aanzien van het meeroudergezag stelt de Staatscommissie voor om het meeroudergezag uit te kunnen breiden tot maximaal twee

⁷⁷ Cornu 2002, p. 77.

⁷⁸ Staatscommissie Herijking Ouderschap, p. 241.

⁷⁹ Sikorska e.a. 2015, p. 46.

⁸⁰ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 1 juillet 2009, 08-12.146.

⁸¹ Carpi en Leiboff 2016, p. 272.

⁸² Sikorska e.a. 2015, p. 47-48, Boele e.a. 2015, p. 446.

⁸³ Dossiers n° 1856 en 1925, www.assemblee-nationale.fr. Zie voor het wetsvoorstel <https://www.senat.fr/rap/101-071/101-0715.html>.

personen naast de twee ouders, in totaal derhalve vier gezagdragers, hetgeen nu nog beperkt is tot drie personen.⁸⁴

De grondslag van artikel 377 van de Franse Code Civil is, zoals in Nederland eveneens het geval is, artikel 8 en artikel 14 van het EVRM alsook het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.⁸⁵

5.3 Franse rechtspraak

Blijkens de uitwerking van artikel 377 van de Franse Code Civil in de Franse rechtspraak, wordt het belang van het kind centraal gesteld bij de vraag of het gezag al dan niet gedelegeerd moet worden. La Cour la Cassation (hierna te noemen: het Hof van Cassatie) geeft bijvoorbeeld aan dat een alleenstaande moeder met ouderlijk gezag de uitoefening van het gezag geheel of gedeeltelijk mag delegeren aan de vrouw met wie zij duurzaam (stabiel en continu) samenleeft, wanneer de omstandigheden dit vereisen en de maatregel in het belang van het kind is.⁸⁶ Het is aan de rechter die de gezagsoverdracht uitspreekt om degene aan te wijzen die het gezag (mede) gaat uitoefenen. Hij is niet gehouden om bij voorkeur te kiezen voor één van de familieleden van het kind: hij moet alleen onderzoeken of de omstandigheden meeroudergezag vereisen en of dit in het belang van het kind is.⁸⁷ Het belang van het kind wordt teruggevoerd op het Verdrag van New York van 20 november 1989, dat bepaalt dat in alle beslissingen betreffende kinderen, of het nu gaat om openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn, rechtbanken, administratieve autoriteiten of wetgevende instanties, het belang van het kind voorop moet staan.⁸⁸

5.4 Aanknopingspunten voor Nederlandse wetgeving?

Het Nederlandse burgerlijk recht was tot halverwege de vorige eeuw nog deels gebaseerd op het Franse recht. Gezag over kinderen betekende in de vroegst bekende (geschreven) tijd een eigendomsrecht dat bij de vader van het kind berustte. Dit blijkt onder meer uit de Codex Hammoeabi, een van de eerste overgeleverde codificaties uit de geschiedenis. Onder het Nederlandse oudvaderlandse recht was de macht van de vader over zijn kinderen beperkter en het gezag eindigde bij het bereiken van de meerderjarigheid, door huwelijk of door handlichting.⁸⁹ In 1809 werd in het ‘Wetboek Napoleon ingerigt voor het koninkrijk Holland (WNKH)’ aansluiting gezocht bij dit oudvaderlandse recht, maar wel binnen de systematiek van de Franse Code Civil Napoleon.⁹⁰ Destijds was het Nederlands recht derhalve gebaseerd op het Franse recht. Inmiddels is dat niet meer het geval; het Burgerlijk Wetboek is de vorige eeuw geheel nieuw ingericht.

Frankrijk en Nederland maken zoals bekend inmiddels deel uit van de Europese Unie. Daarnaast zijn zij beide verdragsstaat van het EVRM en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind. Het meeroudergezag wordt in Frankrijk gegrond op artikel 8 EVRM alsook artikel 3 van het IVRK.⁹¹ Daarnaast zijn beide landen aan te merken als landen die een

⁸⁴ Théry e.a. 2014, p. 295-297.

⁸⁵ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 juillet 2010, 09-12.623.

⁸⁶ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 février 2006, 04-17.090.

⁸⁷ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 16 avril 2008, 07-11.273.

⁸⁸ Cour de cassation, Cour de cassation saisie pour avis, 19 juin 2019, 19-70.008.

⁸⁹ Punselie 2008, p. 5.

⁹⁰ Punselie 2008, p. 6.

⁹¹ Cour de cassation, Cour de cassation saisie pour avis, 19 juin 2019, 19-70.008.

Civil Law stelsel kennen: de Engelse benaming voor continentaal recht. Het Civil Law systeem is – anders dan de common law - voornamelijk gebaseerd op codificatie van rechten en verplichtingen en is een gesystematiseerd en gestructureerd systeem. De rechter is gebonden aan deze gecodificeerde wetten en regels. Civil law is simpel gezegd het resultaat van een mengeling van drie grote rechtssystemen: het Romeinse recht, het Germaans gewoonterecht en het canoniek recht.⁹² Nederland en Frankrijk hebben historisch gezien mogelijk veel overeenkomsten ten aanzien van hun rechtssysteem.

Op grond van het voorgaande kan gesteld worden dat de Franse vorm van meeroudergezag aanknopingspunten biedt voor de Nederlandse vorm van meeroudergezag. Beide landen kennen hetzelfde rechtssstelsel – het Civil Law rechtssstelsel - en stellen, zoals zoveel landen met gelijke systemen en verdragsbinding, het belang van het kind voorop op grond van artikel 8 EVRM en artikel 3 van het IVRK, nu zij als lidstaat van de Europese Unie tevens verdragsstaat zijn van voornoemde verdragen. Daar Frankrijk er in is geslaagd een vorm van meeroudergezag in te voeren in de Franse wetgeving, wordt in deze scriptie verdedigd dat deze vorm van meeroudergezag ook voor Nederland aanknopingspunten kan bieden.

5.5 Deelconclusie

De Franse vorm van gezag heeft dezelfde functie als in Nederland: het bieden van bescherming aan een minderjarig kind. Franse wettelijke bepalingen vereisen dat de ouders veiligheid, gezondheid en moraliteit van het kind beschermen. In Frankrijk is het meeroudergezag een reeds bekende rechtsfiguur: *délégation* op grond van artikel 377 en 377-1 van de Franse Code Civil. De ouders kunnen er voor kiezen dat de bevoegdheden tussen hen en de derde persoon worden verdeeld: de zogenaamde *délégation-transfert*. Dit houdt in dat de ouders bevoegd zijn tot het uitoefenen van bepaalde (vastgelegde) bevoegdheden en dat de derde uitsluitend andere bevoegdheden kan uitoefenen. Tevens is het mogelijk dat de drie partijen meeroudergezag tot stand brengen, waarbij de derde samen met de ouders dezelfde bevoegdheden mag uitoefenen: *délégation-partage*. Deze vorm van meeroudergezag is met de wijziging van artikel 377 van de Franse Code Civil in 2002 ingevoerd. Het is aan de rechter die de gezagsoverdracht uitspreekt om degene aan te wijzen die het gezag (mede) gaat uitoefenen, waarbij het belang van het kind centraal wordt gesteld. Frankrijk en Nederland maken deel uit van de Europese Unie. Daarnaast zijn zij beide verdragsstaat van het EVRM en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind. Het meeroudergezag wordt in Frankrijk gegrond op artikel 8 EVRM alsook artikel 3 van het IVRK.⁹³ Daarnaast zijn beide landen aan te merken als landen die een Civil Law stelsel kennen. Daar Frankrijk er in is geslaagd een vorm van meeroudergezag in te voeren in de Franse wetgeving, wordt in deze scriptie verdedigd dat deze vorm van meeroudergezag ook voor Nederland aanknopingspunten kan bieden.

⁹² Ryan 1962, p. 1.

⁹³ Cour de cassation, Cour de cassation saisie pour avis, 19 juin 2019, 19-70.008.

Hoofdstuk VI Conclusie en aanbevelingen

6.1 Conclusie

In dit onderzoek staat meeroudergezag centraal en is een antwoord gezocht op de vraag: “in hoeverre de Nederlandse wetgeving een verankering van meeroudergezag bij ‘roze gezinnen’ behoeft, vanuit het perspectief van het kind en met het oog op artikel 8 EVRM.” Het wetenschappelijk onderzoek is verricht door middel van juridisch-dogmatisch onderzoek, meer specifiek door het verrichten van literatuurstudie en rechtsvergelijkend onderzoek. De literatuurstudie stond in het teken van een onderzoek naar de huidige stand van zaken omtrent meeroudergezag, zowel op nationaal alsook op internationaal niveau. Naast literatuurstudie stond een gedeelte van het onderzoek in het teken van een rechtsvergelijkend onderzoek. De Franse vorm van meeroudergezag is onderzocht en beschreven, om vervolgens de conclusie te kunnen trekken of deze vorm aanknopingspunten biedt voor Nederland.

Uitgangspunt van het gezagsrecht is dat juridische ouders wiens kind binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap worden geboren, gezamenlijk het gezag uitoefenen (artikel 1:251 BW). Dit wordt het juridisch ouderschap en ouderlijk gezag genoemd. Het gezag ontstaat in dit geval van rechtswege bij de geboorte van het kind. De wet bepaald (impliciet) dat het gezag slechts bij twee personen kan berusten, hetgeen betekent dat het niet mogelijk is om drie personen gezamenlijk gezagdrager te laten zijn. Het creëren van een juridische driepartijenverhouding is door de wet derhalve uitgesloten. Het is denkbaar dat dit problemen oplevert in meeroudergezinnen, waarbij van meet af aan sprake is van een driepartijenverhouding, immers bestaat er een biologische moeder (I) een meemoeder (II) en een zaaddonor (III).

Een bekend knelpunt is de positie tussen de meemoeder en de positie van de bekende donor die (aantoonbaar) ‘family life’ heeft met het kind, in de situatie waarbij beide personen belast willen worden met het gezag. In artikel 1:204 lid 3 sub b BW is inmiddels de mogelijkheid opgenomen voor de bekende zaaddonor, zijnde niet de verwekker, maar wel de biologische vader, om het kind te erkennen indien tussen hem en het kind ‘family life’ of ‘private life’ bestaat. Dit kan echter alleen voor zolang er nog geen tweede juridische ouder bekend is. De maatstaven voor de feiten en omstandigheden die de zaaddonor moet aandraagen, zijn ontwikkeld in de rechtspraak, maar zullen steeds weer per kwestie opnieuw beoordeeld moeten worden. Het is aan de rechter om vervolgens te bezien of de wens tot erkenning van de zaaddonor voorrang geniet op de wens van erkenning door de meemoeder, alle omstandigheden hierbij in aanmerking nemende, maar voornamelijk door het belang van het kind centraal te stellen. Het begrip ‘belang van het kind’ laat zich niet eenvoudig definiëren, maar het EHRM besliste daarover ‘*dat het belang van het kind afhangt van de omstandigheden van het geval, met name zijn leeftijd, zijn mate van volwassenheid, het al dan niet aanwezig zijn van zijn ouders, zijn omgeving en hetgeen hij heeft meegemaakt.*’ Het belang van het kind is, met andere woorden, een lastig te definiëren begrip. Het innemen van een duidelijk standpunt of meeroudergezag wel of niet in het belang van het kind is, is hierdoor dan ook lastig.

Door de beperking van twee gezagdragende ouders dienen ouders een keuze te maken, of zelfs te onderhandelen, om de rechten en plichten te verdelen. De vraag is of het wenselijk

is dat ouders gaan onderhandelen en contracteren over het recht van het kind op familierechtelijke betrekkingen met zijn of haar ouders. Het is daarnaast denkbaar dat de feitelijke rol en de juridische rol van de betreffende ouders een discrepantie laat zien. Het kan immers zijn dat de derde ouder feitelijk wel meebeslist over gezagsgerelateerde aspecten die het kind aangaan, maar juridisch deze erkenning niet kan krijgen. Het belang van het kind is ermee gediend dat alle aanwezige ouders (of dit er nu twee of drie zijn) in harmonie zaken aangaande het kind feitelijk, maar ook juridisch kunnen regelen. Een derde ouder die door de twee juridische ouders buitenspel gezet wordt, is niet in het belang van het kind, dat belang heeft bij een relatie met al zijn ouders.

Een belangrijk risico dat genomen wordt met meeroudergezag, is het risico op een toename van het aantal conflicten als er meer dan twee gezagspelers op het speelveld staan. Het tegendeel is echter ook denkbaar. Juist de gelijkwaardige positie van de verschillende gezagdragers kan bijdragen aan het in een vroeg stadium registreren of oplossen van (dreigende) conflicten, nu er geen sprake is van een machtsstrijd van één tegen één.

Ook in de politiek staat meeroudergezag op de agenda. Het kabinet meent dat het belang van het kind zich verzet tegen een regeling voor volledig meeroudergezag en gaat zich richten op een regeling van deelgezag, welke wetgeving naar verwachting in 2020 gereed zal zijn voor behandeling in de Tweede Kamer. Het kabinet is van mening dat een regeling van meeroudergezag zal leiden tot een toename van het aantal conflicten. Het kabinet heeft echter kennelijk een zwart/wit-situatie voor ogen, waarbij alleen wordt gelet op voornoemd deelbelang. Het recht van het kind om zijn afstemming te kennen en de banden met zijn biologische vader te ontwikkelen, wordt bijvoorbeeld volledig gepasseerd.

In Frankrijk is het meeroudergezag een reeds bekende rechtsfiguur: *délégation* op grond van artikel 377 en 377-1 van de Franse Code Civil. De ouders kunnen er voor kiezen dat de bevoegdheden tussen hen en de derde persoon worden verdeeld: de zogenaamde *délégation-transfert*. Dit houdt in dat de ouders bevoegd zijn tot het uitoefenen van bepaalde (vastgelegde) bevoegdheden en dat de derde uitsluitend andere bevoegdheden kan uitoefenen. Tevens is het mogelijk dat de drie partijen meeroudergezag tot stand brengen, waarbij de derde samen met de ouders dezelfde bevoegdheden mag uitoefenen: *délégation-partage*. Frankrijk en Nederland maken deel uit van de Europese Unie. Daarnaast zijn zij beide verdragsstaat van het EVRM en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind. Het meeroudergezag wordt in Frankrijk gegrond op artikel 8 EVRM alsook artikel 3 van het IVRK. Daar Frankrijk er in is geslaagd een vorm van meeroudergezag in te voeren in de Franse wetgeving, wordt in deze scriptie verdedigd dat deze vorm van meeroudergezag ook voor Nederland aanknopingspunten kan bieden.

6.2 Aanbevelingen

Gelet op de resultaten van het onderzoek blijkt dat het belang van het kind ermee gebaat is dat in Nederland wordt voorzien in een (vorm van) meeroudergezag, echter dienen hierbij ook de ‘tegens’ in ogenschouw genomen te worden. Een toename van het aantal conflicten – nu er drie gezagspelers op het veld zullen staan – is een aannemelijk risico dat genomen wordt en is niet in het belang van het kind. Geadviseerd wordt daarom om meeroudergezag zo in te richten dat de drie aanwezige partijen al vóór het ontstaan van de eventuele conflicten nadenken over hoe hun situatie vormgegeven moet worden: maatwerk is het sleutelwoord.

Voor een verzoek tot meeroudergezag kan het opstellen van een meeroudergezagsovereenkomst voor de verwekking van het kind verplicht worden gesteld, waarin de intenties van alle partijen wordt gespecificeerd en welke overeenkomst vervolgens wordt getoetst door de rechter. Geadviseerd wordt een dergelijke overeenkomst op te stellen vóór de geboorte van het kind, zodat alle betrokken partijen een gelijke positie hebben in de gewenste afspraken en er nog geen conflicten bestaan. De weg van meeroudergezag staat dan niet open voor partijen die al met elkaar in conflict zijn over het gezag over het kind in een later stadium na de geboorte, zodat het kind niet in een loyaliteitsconflict zal geraken. Voor deze situaties kan als oplossing worden geboden om te voorzien in een vorm van zwakke/eenvoudige adoptie: adoptie waarbij wel een familierechtelijke betrekking met de adoptant wordt gevestigd, maar waarbij deze betrekking niet in plaats komt van de reeds bestaande familierechtelijke betrekkingen. Voor het kind heeft dit als voordeel dat wordt tegemoetgekomen aan de feitelijke situatie, namelijk door het vestigen van een familierechtelijke betrekking met een derde die het kind al daadwerkelijk verzorgt en opvoedt, maar waarbij het kind geen afscheid hoeft te nemen van zijn andere twee juridische ouders.

Mocht het verplicht stellen van een meeroudergezagsovereenkomst niet mogelijk blijken, dan wordt het in het belang van het kind geacht om bij een verzoek tot meeroudergezag – in een later stadium, na de geboorte, maar vóór het ontstaan van eventuele conflicten – het benoemen van een bijzonder curator als vereiste te stellen (één en ander in lijn met artikel 1:212 BW), zodat verzekerd wordt dat alle (deel)belangen van het kind centraal komen te staan en gelijke weging toekomen.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Asser-de Boer 2010

J. de Boer, Mr. C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Personen- en Familierecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2010.

Antokolskaia e.a. 2014

M.V. Antokolskaia e.a., *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Boele e.a. 2005

Boele e.a., *European Family Law in Action. Volume III: Parental Responsibilities*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2005.

Carpi en Leiboff 2016

D. Capri, M. Leiboff, *Fables of the law, Fairy Tales in a Legal Context*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH.

Cornu 2002

G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Paris: Montchrestien 2002.

Curry-Summer, Vonk, FJR 2006/12

I. Curry-Summer, M. Vonk, 'Adoptie door paren van gelijk geslacht: wie probeert de wet te beschermen?', *FJR 2006/12*, p. 2.

Mollema 2014

A. Mollema, 'Wie wordt de tweede ouder? De biologische vader en de duomoeder in juridische strijd verwickeld, nu en in de toekomst', in: T. Gerverdincx e.a. (red.), *Wetenschappelijk bijdragen, bundel ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden.*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Pessers 2013, NJB 2013/2189

D. Pessers, 'De terugkeer van de bastaard. Een beschouwing over het wetsvoorstel Lesbisch ouderschap van rechtswege', *NJB 2013/2189*, p. 7, 2588-2596.

Punselie 2010

E.C.C. Punselie, *Gezag over minderjarigen*, Amsterdam: Stichting tot bevordering der Notariële wetenschap 2008.

Ryan 1962

K.W. Ryan, *An introduction to the Civil Law*, Brisbane: Law Book co. of Australia 1962.

Schonewille

F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu, 2012.

Sikorska e.a. 2015

K. Sikorska, T. Kruger, F. Swennen, *Meerouderschap en meeroudergezag, onderzoek uitgevoerd in opdracht van de Staatscommissie Herijking ouderschap*, Antwerpen: 2015, gepubliceerd op www.rijksoverheid.nl.

Spruijt, FJR 2013/10

E. Spruijt, 'Kind en (v)echtscheiding; op weg naar verbeterpunten', *FJR 2013/10*, p. 86-100.

Théry e.a. 2014

I. Théry e.a., *Filiation, origines, parentalité Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, gepubliceerd op www.justice.gouv.fr.

Vlaardingerbroek e.a. 2014

P. Vlaardingerbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Vlaardingerbroek, NTM-NJCMB Bulletin 2018/05

P. Vlaardingerbroek, 'Het afstammingsrecht in de 21ste eeuw, beschouwd vanuit een mensenrechtelijk perspectief', *NTM-NJCM Bulletin 2018/05*, p. 97.

Wortmann Van Duijvendijk-Brand 2005

S.F.M. Wortmann en J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Lijst met overige bronnen**Nederlandse jurisprudentie**

HR 19 mei 2000, NJ 2000, 5450.

HR 29 september 2000, NJ 2000.

HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386.

HR 21 april 2006, NJ 2006, 584.

HR 30 november 2007, NJ 2008, 310.

HR 11 april 2008, R07/129HR.

HR 2 november 2012, LJN BX5798.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 06 december 2012, 200.192.554.

Rechtbank Utrecht 18 augustus 2006, RFR 2006, 13.

Buitenlandse jurisprudentie

Cour de Cassation, Chambre civile 1, 24 février 2006, 04-17.090.

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 16 avril 2008, 07-11.273.

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 1 juillet 2009, 08-12.146.

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 juillet 2010, 09-12.623.

Cour de cassation, Cour de cassation saisie pour avis, 19 juin 2019, 19-70.008.

Europese jurisprudentie

EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (*Marckx/België*).

EHRM 21 juni 1988, 10730/84 (*Berrehab/Nederland*).

EHRM 29 juni 1999, 27110/95 (*Nylund/Finland*).

EHRM 1 juni 2004, NJ 2004, 667 (*Lebbink/Nederland*).

EHRM 6 juli 2010, 41615/07 (*Shuruk/Zwiterland*).

EHRM 21 december 2010, 20578/07 (*Anayo/Duitsland*).

EHRM 15 september 2011, 17080/07 (*Schneider/Duitsland*).

EHRM 15 maart 2012, 35141/06 (*Levin/Zweden*).

EHRM 10 februari 2015, 77818/12 (*Penchevi/Bulgarije*).

EHRM 14 januari 2016, 30955/12, EHCR 2016/76, m.nt. S. Florescu (*Mandet/Frankrijk*).

Regelgeving en parlementaire stukken

Rapport van de Staatscommissie Herijking Ouderschap ‘Kind en ouders in de 21ste eeuw’, Den Haag december 2016.

Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 16.

Kamerstukken II 2010/11, 33 032, nr. 74, p. 5.

Kamerstukken 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 4, 6

Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 1.

Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 6, p. 5

Kamerstukken I 2016/17, 33 032, nr. 1, p. 2.

Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, p. 1, 2, 5, 11, 12, 14.

Dossiers n° 1856 en 1925, gepubliceerd op www.assemblee-nationale.fr.

BIJLAGE I