

JEUGDRECHT IN DE PRAKTIJK

IDO WEIJERS



Jeugdrecht in de praktijk
Ido Weijers

ISBN 978 90 8850 846 2
NUR 824

© 2018 B.V. Uitgeverij SWP Amsterdam

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, *Stbl.* 351, zoals gewijzigd bij het besluit van 23 augustus 1985, *Stbl.* 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot Uitgeverij SWP (Postbus 12010, 1100 AA Amsterdam-Zuidoost).



INHOUD

VOORWOORD	7
INLEIDING	9
1. FAMILIERECHT	15
Inleiding	15
Juridisch ouderschap	16
Adoptie	21
Minderjarigheid	23
Ouderlijk gezag	28
2. JEUGDHULP	37
Inleiding	37
Een nieuwe wet	38
Toegang tot goede zorg	40
Privacybescherming	42
Klachten en beroep	43
3. KINDERBESCHERMING	47
Inleiding	47
Internationaal kader	48
Een nieuwe wet	51
Ondertoezichtstelling	55
Beëindiging en schorsing gezag	61

4. STRAFRECHT	65
Inleiding	65
Aparte procedures	67
Aparte sancties	68
Structurele aspecten	71
Instanties	76
5. ONDERWIJS	83
Inleiding	83
Leerplicht	83
Zorgplicht	86
School en religie	87
Privacy	93
Klachtrecht	95
6. MEDISCHE BEHANDELING	97
Inleiding	97
Informed consent	98
Beroepsgeheim	102
Dwangopname	106
Toestemming onderzoek	106
7. VLUCHTELINGEN	109
Inleiding	109
Het Vluchtelingenverdrag van de VN	110
Alleenstaande minderjarigen	112
Ongedocumenteerde kinderen	116
OVER DE AUTEUR	121



VOORWOORD

Onder professionals die met jongeren werken blijkt grote behoefte te bestaan aan enige basiskennis van het jeugdrecht. Medewerkers van wijkteams, buurtteams of wijknetwerken krijgen geregeld te maken met vragen op het gebied van opvoedingsondersteuning en jeugdhulp. En die praktische vragen raken op hun beurt vrijwel altijd aan juridische vragen, zoals: wat is de positie van de ouders? Welke rechten heeft de niet-verzorgende gescheiden ouder? Wat zijn de regels rond spijbelen? Wie beslist bij een medisch noodzakelijk geachte ingreep bij het kind? Wat mag ik aan collega's aan informatie over het gezin vertellen?

Dit boekje is speciaal geschreven met het oog op deze doelgroep. En iets breder, omdat anderen behalve jongerenwerkers, maatschappelijk werkers en jeugdhulpverleners ook bij tijd en wijle met elementaire vragen op het brede gebied van het jeugdrecht worden geconfronteerd. Dat geldt uiteraard voor de professionals op het gebied van de jeugd-ggz en de jeugdreclassering, voor gezinsvoogden en raadsonderzoekers, maar ook voor leerkrachten, wijkagenten en gemeenteambtenaren en voor vrijwilligers, managers en bestuurders op al deze terreinen.

Bij het schrijven van de verschillende hoofdstukken heb ik dankbaar gebruikgemaakt van het commentaar van diverse deskundigen. Ik dank collega Wendy Schrama, hoogleraar personen- en familierecht aan de Universiteit Utrecht, voor haar kritische opmerkingen bij het eerste hoofdstuk; mr. Reinier Feiner, jeugdrechtadvocaat te Rotterdam voor zijn commentaar bij hoofdstuk 2; mr. Carolien de Bruin, onderwijsadviseur bij InfanSius, voor haar opmerkingen bij hoofdstuk 5; mr. Kees Blankman, docent familie- en gezondheidsrecht aan de Vrije Universiteit en rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Gelderland, voor zijn kanttekeningen bij hoofdstuk 6; en mr. Carla van Os, docent orthopedagogiek in het bijzonder de jeugdzorg aan de Rijksuniversiteit Groningen en specialist op het terrein van minderjarige vluchtelingen, voor haar correcties en kritische

opmerkingen bij hoofdstuk 7. Uiteraard zijn eventuele fouten die desondanks in de tekst zijn achtergebleven geheel voor mijn rekening.

Tot slot bedank ik uitgever Paul Roosenstein voor de als altijd bijzonder aangename en inspirerende samenwerking bij alweer mijn negende boek bij Uitgeverij SWP. De plannen voor de productie van dit boek ontstonden in het kader van de voorbereiding van een cursus Jeugdrecht door Logavak Opleidingsgroep.

Ido Weijers



INLEIDING

Jeugdrecht, wat bedoelen we daar mee? Meestal verwijst deze term naar vier gebieden, (aspecten van) het familierecht zoals afstamming, minderjarigheid en ouderlijk gezag, de vrijwillige jeugdhulp, de kinderbescherming en het jeugdstrafrecht. Maar wie een goed beeld wil krijgen van het Nederlandse recht met betrekking tot kinderen moet ook kijken naar uiteenlopende gebieden als onderwijs, medische behandeling en migratie. Er bestaat echter geen algemene wet die al deze gebieden met focus op kinderen omvat. De verschillende relevante regelingen staan ook allerm minst overzichtelijk bij elkaar in gemakkelijk als zodanig te herkennen wetboeken. Sommige van de voor kinderen belangrijke regels zijn bijvoorbeeld vastgelegd als rechten en plichten van ouders. Kwesties als ouderschap, minderjarigheid, adoptie en voogdij zijn onderdeel van het Burgerlijk Wetboek. Daarin zijn ook de regels betreffende de kinderbescherming vastgelegd, verspreid over diverse artikelen, evenals de regels betreffende de medische behandeling. De regels voor de jeugdhulp zijn vastgelegd in de Jeugdwet, die deel uitmaakt van het bijzonder bestuursrecht; die regels staan dus weer in een heel ander wetboek. Belangrijke regels wat betreft het onderwijs staan in de grondwet en de regels betreffende het jeugdstrafrecht zijn niet zoals in sommige landen in een apart wetboek bij elkaar gezet, maar zijn slechts terug te vinden als bijzondere regelingen in de veel omvattender wetboeken van strafrecht en strafvordering.

Dit boek beoogt een zeer korte introductie te geven tot het Nederlandse jeugdrecht door een beknopte behandeling van enkele van de meest relevante en meest karakteristieke punten op deze verschillende rechtsgebieden. Dat laatste aspect – ‘karakteristiek Nederlands’ – krijgt met name reliëf doordat de Nederlandse wet- en regelgeving op diverse gebieden die voor kinderen van belang zijn wordt vergeleken met de wet- en regelgeving elders.

Wie een helder begrip wil verwerven van het Nederlandse jeugdrecht, dient allereerst een beeld te krijgen van de grote lijnen in de historische ontwikkeling ervan.

Twee brede internationale ontwikkelingen zijn daarbij cruciaal. De eerste ontwikkeling betreft het gelijktijdig ontstaan van een systeem van kindbescherming en een apart jeugdrechtsysteem rond 1900 tegen de achtergrond van de ‘sociale kwestie’. In het kader van de snelle industrialisatie en urbanisatie van de westerse wereld ontstond oog voor verpaupering van gezinnen in de snel uitbreidende steden. In reactie daarop ontstond zowel op landelijk niveau als internationaal een roep om actief staatsoptreden ter bescherming van het kind. In Nederland resulteerde dat in de aanname van de Kinderwetten in 1901, een jaar na de invoering van de algemene Leerplicht. Met de Kinderwetten werden ingrijpende vernieuwingen in gang gezet op twee gebieden: kindbescherming en jeugdstrafrecht. Er kwam een einde aan de onaantastbare macht van de vader en de overheid kon ingrijpen als er gevaar dreigde voor de gezondheid of de ontwikkeling van het kind. En er kwamen aparte sancties en procedures voor kinderen die de wet overtraden. Deze vernieuwingen, gericht op bescherming en gepaste sanctionering van kinderen, pasten in een internationale trend.¹

De tweede cruciale ontwikkeling kwam ruim een halve eeuw later op gang. Die ontwikkeling draaide niet zozeer om kindbescherming als wel om kinderrechten. Deze trend begon met de aanname van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in 1950. Maar deze trend kreeg pas echt betekenis toen het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) enkele decennia later via zijn uitspraken invloed begon te krijgen. Europese burgers die alle juridische wegen in hun eigen land hebben bewandeld kunnen als laatste mogelijkheid om hun recht te halen een zaak bepleiten voor dit hof. De uitspraken van het Europees Hof spelen een grote rol in de ontwikkeling van de mensenrechten in het algemeen in Europa en dit geldt in het bijzonder voor de rechten van kinderen. Uitspraken van het Europees Hof voor de rechten van de mens hebben betrekking op alle onderwerpen in dit boek. Daarom wordt op diverse plekken in dit boek gewezen op uitspraken van het EHRM.

Deze ontwikkeling naar verbetering van kinderrechten werd op haar beurt enorm versterkt door de aanname in 1989 door de Verenigde Naties van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK). Dit is zonder twijfel het meest omvattende mensenrechteninstrument, dat bovendien is geratificeerd door 193 staten. (Alleen de US en Somalië hebben de conventie nog steeds niet geratificeerd.)

1 Zo werd de Juvenile Court Act in de VS ingevoerd in 1899 en volgden vergelijkbare initiatieven iets later in Canada, België en Duitsland en werd de leerplicht rond dezelfde tijd ingevoerd in Engeland, Frankrijk en België.

Het is gebruikelijk om daarbij vier ‘algemene principes’ te onderscheiden: dat alle kinderen recht hebben op alle rechten en vrijheden die in het verdrag worden genoemd zonder discriminatie van welke aard ook (art. 2); dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind een eerste overweging vormen (art. 3); dat alle kinderen recht hebben op leven, overleven en ontwikkeling (art. 6); en dat alle kinderen het recht hebben om hun mening te geven en te participeren in beslissingen die hen betreffen in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid (art.12).

Deze ontwikkeling heeft de laatste jaren in Nederland net als elders in Europa op velerlei gebied tot discussies en tot ingrijpende aanpassingen van de wetgeving betreffende kinderrechten geleid. Hierbij speelt een rol dat elk land dat het kinderrechtenverdrag heeft geratificeerd eens in de vijf jaar een rapport moet presenteren over wetgeving en beleid op het punt van kinderrechten in de achterliggende jaren. Dit rapport wordt besproken op een open vergadering van onafhankelijke deskundigen – het Comité voor de rechten van het kind (CRC), dat toezicht houdt op de implementatie van het IVRK, waarbij ook non-gouvernementele organisaties zoals Amnesty International en Defence for Children een bijdrage leveren. Op basis van deze informatie doet het comité aanbevelingen aan de lidstaat.

Een van de aanbevelingen van het comité was dat Nederland een Kinderombudsman moest aanstellen, als een onafhankelijk instituut dat de ontwikkeling van de rechten van het kind controleert. De Kinderombudsman biedt hulp aan kinderen die menen dat hun rechten niet of onvoldoende worden nagekomen; geeft advies, gevraagd en ongevraagd, aan regering, parlement en andere instellingen; en onderzoekt structurele problemen van kinderen, zoals armoede en kinderen die gedwongen thuiszitten omdat geen school ze opneemt. Nederland heeft een Kinderombudsman sinds 2011.²

Opzet van het boek

Het Nederlandse jeugdrecht is allesbehalve statisch. Zeker de laatste decennia is er een enorme beweging, er is veel discussie en nieuwe regels en wetten buitelen vaak over elkaar, van de introductie van de Jeugdwet en de herziening van de kinderschermingsmaatregelen tot aanpassing van het afstammingsrecht, van herziening

2 In Europa bestaat inmiddels een netwerk van veertig Kinderombudsmannen. Zij wijzen er onder meer op dat de duizenden vluchtelingenkinderen die op dit moment door Europa zwerven ernstige trauma's kunnen oplopen en slachtoffer kunnen worden van geweld en mensenhandel en zij stellen dat de Europese regeringen deze kinderen moeten beschermen en ze zonder restricties toegang moeten geven tot gezondheidszorg en onderwijs.

van het gezagsrecht tot introductie van een nieuw ‘adolescentenstrafrecht’ en aanscherping van de regels betreffende migratie. Deze recente wetswijzigingen hebben voor een deel te maken met de ingrijpende overgang van een verzorgingsstaat naar een ‘participatiemaatschappij’, waarbij de nationale overheid zich meer terugtrekt van directe bemoeienis met terreinen van zorg en de bestuurlijke en financiële verantwoordelijkheid daarvoor neerlegt bij de gemeenten. Daarbij verschuift het recht op zorg van de burger naar een zorgplicht van de gemeente en wordt de burger verondersteld in de eerste plaats zelf verantwoordelijk te zijn als het gaat om de zorg voor ouderen, hulpbehoevenden en kinderen met problemen, en daarnaast in belangrijke mate een beroep te doen op zijn directe omgeving, familie, burens en verder sociaal netwerk en zich daarna pas tot de overheid te wenden. Maar ze hebben ook te maken met zulke uiteenlopende kwesties als nieuwe inzichten omtrent de rol van de overheid bij het voorkomen van opvoedingsproblemen en criminaliteit, nieuwe realiteiten wat betreft gezinsvorming en relaties, actuele inzichten omtrent jongvolwassenheid en ingrijpende politieke discussies over asielzoekers en omvangrijke migratiestromen vanuit de derde wereld naar het Westen.

In de hoofdstukken die volgen worden de belangrijkste ontwikkelingen op het brede gebied van het Nederlands jeugdrecht onderzocht. Daarbij zullen geregeld vergelijkingen worden gemaakt met regelgeving elders, waarbij specifieke vergelijkingen met andere landen voor de geïnteresseerde lezer kort worden uitgewerkt in voetnoten. Het eerste hoofdstuk van dit boek behandelt enkele belangrijke onderwerpen van het familierecht: het juridisch ouderschap, adoptie, minderjarigheid en ouderlijk gezag. Deze onderwerpen zijn onmisbaar voor een goed begrip van hetgeen in de daaropvolgende hoofdstukken aan de orde komt. Zo is een goed begrip van minderjarigheid en ouderlijk gezag nodig om te kunnen begrijpen wat er precies aan de orde is op het gebied van de kindbescherming, het jeugdstrafrecht, het onderwijs, de medische behandeling en vluchtelingenvraagstukken. Minderjarigheid betekent dat de jeugdige altijd onder de hoede staat van een ouder (of voogd) en dit gegeven heeft implicaties voor zowel de minderjarige als de verantwoordelijke volwassene(n) op elk van de in dit boek behandelde rechtsgebieden. Hier worden ook recente, ingrijpende veranderingen op het gebied het familierecht behandeld.

Het tweede hoofdstuk behandelt de jeugdhulp. Centraal staat de recent ingevoerde Jeugdwet (2015) en de eerste bevindingen aangaande de zogeheten transitie van de jeugdhulp van het rijk naar de gemeenten. In dit hoofdstuk zal worden stilgestaan bij kwesties als privacy en beroepsgeheim en deze onderwerpen zullen in verschillende hoofdstukken terugkeren. Waar dit hoofdstuk gaat over alle vormen

van vrijwillige jeugdhulp, behandelt hoofdstuk drie de kinderbescherming. Daar gaat het om door de overheid opgelegde hulpverlening aan ouders en kind, waarbij de kinderrechter, geadviseerd door de Raad voor de Kinderbescherming, een sleutelrol heeft. Ook hier betreft het overigens een recent ingevoerde wet, waarbij de nieuwe condities voor de maatregel van ondertoezichtstelling en de gezagsbeëindiging centraal staan.

Hoofdstuk vier behandelt een ander onderdeel van de rechtspraak, namelijk het jeugdstrafrecht. Hierin worden de aparte sancties en aparte procedures voor jeugdigen behandeld en enkele structurele aspecten zoals de leeftijdsgrenzen, de relatie tussen het jeugdstrafrechtstelsel en de kinderbescherming en de zogeheten typerende inquisitoire traditie van het Nederlandse jeugdstrafproces. In hoofdstuk vijf komt het onderwijsrecht aan de orde. Hierin wordt behalve op de leerplicht en de zorgplicht van de school ook ingegaan op de rol van religie in het onderwijs, op kwesties betreffende de privacy van de leerling en ten slotte het klachtrecht. Hoofdstuk zes behandelt het gezondheidsrecht. In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan *informed consent* bij kinderen, toestemming van de ouders, het beroepsgeheim en de meldcode van ggz- en jeugdzorgprofessionals en de dwangopname. Het laatste hoofdstuk gaat in op de positie van vluchtelingenkinderen, met speciale aandacht voor ongebeide minderjarigen en voor ongedocumenteerde kinderen.



1. FAMILIERECHT

Inleiding

Peter en Ingrid wonen samen en verwachten een kind. Echter, tijdens de zwangerschap loopt hun relatie stuk. Kan Peter nu nog het vaderschap van hun kind claimen?

Jeanne en Lilian zijn een lesbisch stel. Zij willen graag een kind en hun gezamenlijke vriend Henk is bereid als donor op te treden. Kunnen zij in dit geval samen officieel moeder worden en zo ja, welke stappen moeten ze daarvoor zetten?

Dit hoofdstuk geeft antwoord op deze en vergelijkbare vragen. Het familierecht heeft betrekking op de rechtsverhouding tussen personen op het terrein van families en relaties. Het regelt zowel de ‘verticale’ relaties – zoals afstamming en ouderlijk gezag – als de ‘horizontale’ relaties – zoals huwelijk en geregistreerd partnerschap. Gezien de invalshoek van dit boek richt dit hoofdstuk zich op de verticale relaties. Voor alle onderwerpen in de volgende hoofdstukken is het noodzakelijk over enige basale kennis omtrent deze relaties te beschikken.

In dit hoofdstuk komen vier onderwerpen aan de orde die nauw met elkaar samenhangen. Allereerst worden de belangrijkste varianten van het juridisch moederschap en vaderschap volgens Nederlands recht behandeld. Daarop volgt beknopte informatie over adoptie. Dan wordt ingegaan op cruciale kwesties betreffende de minderjarigheid, zoals handelingsonbekwaamheid. Ten slotte worden enkele kernpunten van ouderlijk gezag behandeld.

Juridisch ouderschap

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Artikel 8 – Recht op eerbiediging van privé- familie- en gezinsleven

1. Eenieder heeft het recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Het afstammingsrecht regelt de afstamming tussen ouders en kinderen. Het geeft antwoord op de vraag wie volgens de wet familie van elkaar zijn. Het afstammingsrecht geeft het kind een rechtsbetrekking tot zijn ouders, broers en zussen, grootouders, ooms en tantes, neven en nichten et cetera. Het afstammingsrecht is 'dwingend recht', dat wil zeggen dat er geen ruimte is om dingen op dit gebied zelf alternatief, naar eigen inzicht te regelen. Tegelijkertijd is het afstammingsrecht in Nederland, zoals in meerdere landen, hevig in beweging. Dat betekent dat de principes waarop het tot voor kort was gebaseerd minder prominent en minder vanzelfsprekend zijn. Dan gaat het allereerst om het uitgangspunt dat het in het belang van het kind is dat een kind minimaal een ouder heeft en maximaal twee ouders. Over dit uitgangspunt bestaat inmiddels in Nederland enige discussie. Eind 2016 deed een staatscommissie de aanbeveling aan de regering om juridisch ouderschap voor drie of vier ouders tegelijk mogelijk te maken, als aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Daarnaast gold tot voor kort het beginsel van biologische afstamming als simpele en solide grondslag voor juridisch ouderschap, kortom de afstamming van een kind van een man en een vrouw, omdat alleen een man en een vrouw biologisch gezien samen een kind kunnen krijgen. Sinds begin 2014 is dit beginsel in Nederland gedeeltelijk losgelaten. Sindsdien is het namelijk mogelijk dat twee moeders als juridische ouders van het kind kunnen worden beschouwd. Toch is het beginsel van biologische afstamming allerminst losgelaten. Bij moederschap door geboorte geldt biologisch ouderschap nog steeds als pijler van juridisch ouderschap. Ten aanzien van donoren wordt ook nog steeds veel belang aan biologie toegekend. Daarnaast

is het bijvoorbeeld bij het verbreken van de afstamming nog altijd een belangrijk criterium of de ouder de biologische ouder is van het kind.

Bij de ontwikkeling van het Nederlandse afstammingsrecht speelt het internationale recht een zeer belangrijke rol. Hierbij moet allereerst worden gedacht aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dit verdrag heeft in Nederland rechtstreekse werking. Dat wil zeggen dat de rechterlijke macht alle wetgeving en bestuur direct aan het EVRM moet toetsen en dat personen in Nederland bij de rechter tegen beslissingen van de overheid bepalingen uit het EVRM kunnen inroepen. Verder moet worden gedacht aan belangrijke, richtinggevende uitspraken van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) en aan het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK).

In dit stuk over het afstammingsrecht zal eerst worden ingegaan op het juridisch moederschap door geboorte. Daarna zullen de verschillende varianten van juridisch ouderschap worden behandeld, dat wil zeggen ouderschap van rechtswege, door erkenning en door gerechtelijke vaststelling. Bij elk van deze drie varianten zal achtereenvolgens op de variant voor het vaderschap en die voor het moederschap worden ingegaan. Deze aanpak vloeit logisch voort uit de wijze waarop de wetgever de drie recent gecreëerde varianten voor de ‘meemoeder’ heeft ontleend aan de al eerder bestaande varianten voor het juridisch vaderschap.

Moeder door geboorte

Net als in zeer veel andere landen geldt in Nederland het klassieke principe uit het Romeinse recht *mater semper certa est*: door de geboorte is het altijd zeker wie de moeder is. ‘De vrouw uit wie het kind is geboren’ is voor de Nederlandse wet de juridische moeder met alle rechten en plichten die daarbij horen. Dit beginsel is ook van toepassing als bij de bevruchting genetisch materiaal van anderen is ingebracht, zoals een eicel van een andere vrouw. De wet maakt geen onderscheid wat betreft de procedure die aan de geboorte is voorafgegaan: de vrouw die het kind ter wereld brengt wordt eenvoudigweg als de juridische moeder van het kind gezien.

Evenmin maakt de Nederlandse wet onderscheid wat betreft de relationele situatie van de geboortemoeder, dat wil zeggen de vraag of zij op het moment van de geboorte getrouwd is (of anderszins een formele relatie – geregistreerd partnerschap – heeft met de andere ouder).³

3 Van belang is hier de historische uitspraak van het EHRM in juni 1979 in de zaak *Marckx vs. Belgium*. Het EHRM stelde onder verwijzing naar artikel 8 en 14 van het EVRM dat de staat geen onderscheid mag maken tussen wat men vroeger ‘wettige’ (dat wil zeggen binnen een huwelijk geboren) kinderen noemde en ‘natuurlijke’ kinderen, die buiten een huwelijk zijn geboren.

Ten slotte is het belangrijk dat onderlinge afspraken, zoals ten aanzien van draagmoederschap, waarbij een ‘draagmoeder’ voor een andere vrouw – de ‘wensmoeder’ – of bijvoorbeeld een homostel een kind ter wereld brengt, in principe geen rechtsgeldigheid hebben als ze over de afstamming gaan. ‘Wensmoederschap’ wordt door de Nederlandse wet niet erkend. Een draagmoeder wordt beschouwd als juridische moeder. De wensmoeder kan alleen een juridische moeder worden via de (omslachtige) weg van adoptie (zie hierna).

Ouder van rechtswege

Van oudsher kent de Nederlandse wet het ‘huwelijksvaderschap’: de vader van een kind is de man die op het moment van de geboorte van het kind gehuwd is met de vrouw uit wie het kind is geboren.

Sinds april 2014 geldt dit ook voor de man die een geregistreerd partnerschap heeft met de geboortemoeder. Voor heteroparen geldt (nog steeds) de klassieke veronderstelling dat de man die met de moeder van het kind is getrouwd (of een geregistreerd partnerschap heeft) ook de biologische vader van het kind is. Of er feitelijk een andere man of een (anonieme) donor aan de conceptie van het kind te pas is gekomen, doet voor de wet niet ter zake. De man die een formele relatie heeft met de moeder op het moment van de geboorte is van rechtswege altijd de vader. Wanneer het kind wordt geboren voordat beide partners getrouwd zijn of een geregistreerd partnerschap hebben gesloten, ontstaat geen vaderschap van rechtswege maar zal de man het kind moeten erkennen (zie hierna).

Sinds april 2014 is eveneens ‘moederschap van rechtswege’ voor de tweede moeder mogelijk gemaakt, en wel onder twee voorwaarden. Ten eerste moet er net als bij vaderschap van rechtswege sprake zijn van een formele relatie – huwelijk of geregistreerd partnerschap – van de ‘meemoeder’ of ‘duomoeder’ met de geboortemoeder op het moment van de geboorte van het kind. Ten tweede moet het kind, afwijkend van het uitgangspunt voor het juridisch vaderschap, zijn verwekt door kunstmatige inseminatie met behulp van een onbekende donor. De wet sluit uitdrukkelijk uit dat, als twee vrouwen samen een kind hebben gekregen met een bekende donor, de vrouw die is getrouwd met de geboortemoeder van rechtswege moederschap krijgt toegekend. Dit is zo geregeld omdat de donor op grond van het beginsel van biologische afstamming (vroeg of laat) eveneens juridisch ouderschap zou kunnen claimen, hetgeen strijdig is met het uitgangspunt dat een kind maximaal twee ouders kan hebben. Dit betekent echter niet dat de meemoeder met wie de geboortemoeder een formele relatie heeft niet toch juridisch moeder kan worden. Maar daarvoor moet een extra stap worden gezet, zoals hierna wordt uiteengezet.

Ouder door erkenning

Naast het huwelijksvaderschap kent de Nederlandse wet van oudsher het juridisch vaderschap door erkenning. Erkenning staat los van biologisch vaderschap. Erkenning scheidt een juridische relatie tussen de man die het kind erkent en het kind. Erkenning komt tot stand wanneer de man bij de burgerlijke stand van de gemeente verklaart dat hij het kind erkent. Dit kan voor de geboorte, meteen na de geboorte en (veel) later.

Een cruciaal verschil met ouderschap van rechtswege is dat voor erkenning toestemming van de moeder is vereist. In het geval de geboortemoeder niet toestemt, kan de biologische afstamming weer een belangrijke rol spelen. Een man die kan aantonen dat hij de verwekker is van het kind, kan de rechter namelijk om vervangende toestemming voor de erkenning vragen. De rechter wijst dit verzoek in de regel toe; daarbij is het criterium dat het belang van het kind door de erkenning niet zal worden geschaad en dat erkenning het belang van de moeder bij een ongestoorde verhouding met haar kind niet zal schaden. Ook een spermadonor heeft het recht om bij weigering door de moeder de rechtbank om vervangende toestemming voor erkenning te vragen. Ook hier zien we een combinatie van biologische afstamming en sociale factoren, aangezien een belangrijke voorwaarde voor erkenning in zo'n geval is dat de spermadonor ook dient aan te tonen dat hij in een nauwe persoonlijke betrekking staat of heeft gestaan tot de moeder of tot het kind.

Behalve dat de geboortemoeder in principe erkenning kan blokkeren (voor een kind onder de 16) kan het kind van ten minste 12 jaar dat eveneens. Maar erkenning is ook in een aantal andere gevallen niet mogelijk. Ten eerste als de jeugdige al twee ouders heeft. Ten tweede is erkenning uitgesloten wanneer een man vanwege te nauwe verwantschap geen huwelijk met de moeder mag sluiten, zoals een broer, vader of oom. Ten derde is erkenning evenmin onmogelijk wanneer een man nog geen 16 jaar oud is.

Met de wetwijziging van april 2014 is een vergelijkbare mogelijkheid gecreëerd voor vrouwenparen om samen een kind te krijgen via erkenning. Erkenning van het kind door de duomoeder vereist, net als bij een man die een kind wil erkennen, instemming van de geboortemoeder. Weigert de geboortemoeder dit, dan kan ook degene die erkenning als duomoeder verlangt naar de rechtbank stappen. De rechter kan het verzoek om toestemming dan toewijzen als hij van oordeel is dat dit in het belang van het kind is.

De route van de erkenning van een kind is voor vrouwenparen die ouderschap van een kind willen delen met name in twee gevallen van belang: als ze samen een kind krijgen met een bekende donor die geen ouderschap claimt; en als er sprake is van

een onbekende donor, maar beide vrouwen (nog) geen formele relatie hadden op het moment van de geboorte van het kind.

Ouder via gerechtelijke vaststelling

Ook deze route bestond al en bestaat nog steeds wat betreft het vaderschap. Dit betreft ongeveer het omgekeerde van de erkenning, omdat het hierbij (met name) gaat om partners die geen juridisch ouder willen zijn. Bij het vaderschap gaat het hier behalve om mannen die geen juridisch vader willen worden ook een enkele keer om een man die overlijdt voordat hij het kind heeft erkend. Van origine had de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap dus enkel en alleen betrekking op de biologische afstamming. Het draaide hierbij immers om de vaststelling van het verwekkerschap van de man door de rechter. Louter op grond van de conclusie dat de man de verwekker was, legde de rechter op verzoek van de moeder het juridisch vaderschap op aan de man.

Sinds april 2014 is een enigszins vergelijkbare procedure ontwikkeld ten aanzien van een vrouw die het meemoederschap ontkent. Uiteraard gaat het hierbij niet om verwekkerschap en kan deze beslissing dus níét worden gebaseerd op een biologisch gegeven. De grond hiervoor is in de wet als volgt geformuleerd: ‘Het ouderschap van een persoon kan, ook indien deze is overleden, op de grond dat deze de verwekker is van het kind of op de grond dat deze als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, door de rechtbank worden vastgesteld op verzoek van de moeder, tenzij het kind de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt.’ Net als bij de verwekker kan de geboortemoeder dus in principe tegen de wil van degene die het betreft via de rechter het juridisch ouderschap afdwingen.

Ouderschap via adoptie

Ten slotte kent de Nederlandse wet de mogelijkheid om via adoptie juridisch ouder te worden. Alle gevolgen die de Nederlandse wet aan het ouderschap verbindt zijn ook van toepassing op de ouders die door adoptie een kind krijgen. Zo ontstaan er niet alleen familierechtelijke relaties tussen het adoptiekind en de adoptiefouders, maar ook tussen het kind en de familie van de adoptiefouders. Zie verder in dit hoofdstuk.

Gevolgen van het ouderschap

Afstammingsrecht leidt allereerst tot het ontstaan van een familierechtelijke betrekking tussen het kind, zijn ouders en bloedverwanten. Maar het juridisch