

Mensenrechten

De heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk na Hoge Raad 19 oktober 1990

Mr. C. Waaldijk*

1 Inleiding

Een paar jaar geleden heb ik in *Ars Aequi* een drieledige 'Rechtsvraag'¹ opgeworpen: Is een huwelijk tussen twee mensen van hetzelfde geslacht naar Nederlands recht onmogelijk? Zo ja, is die onmogelijkheid in strijd met enige regel van hoger recht? En wat kan men op dit punt bereiken bij de rechter? Sindsdien is deze rechtsvraag (en mijn beantwoording daarvan in *Ars Aequi*)² ook buiten de fictieve kolommen van dit blad gaan leven. Twee vrouwen en twee mannen hebben de vraag voorgelegd aan de rechter. Geen van beide procedures heeft er toe geleid dat een huwelijk gesloten kon worden. Vier rechterlijke beschikkingen bieden nu wel enig houvast voor latere rechtspraak en voor toekomstige wetwijziging. Inmiddels hebben ook de media en de politiek serieuze belangstelling gekregen voor het probleem dat het Nederlandse huwelijksrecht onderscheid maakt tussen gelijkgeslachtelijke en ongelijkgeslachtelijke paren.

Hieronder zal ik de genoemde rechtsvraag bespreken in het licht van de ontwikkelingen sinds 1987. Achtereenvolgens sta ik stil bij de (wat willekeurige) rechterlijke *wetsinterpretatie*, bij de (wat lacuneuze) rechterlijke *toetsing* en bij de (nu op de rechterlijke en op de politieke agenda terechtgekomen) verdere *rechtsvorming*.

Daarbij zal ik gemakshalve zonder vermelding van datum en vindplaats verwijzen naar de beschikkingen in de zaak van de twee vrouwen die tevergeefs een huwelijk poogden aan te gaan bij de burgerlijke stand van Ridderkerk:

— Rechtbank Rotterdam, 5 december 1988, *NJ* 1989, 871 (uittreksel);

- Hof Den Haag, 2 juni 1989, *NJ* 871 (uittreksel), *RvdW* 1990, 176 (uittreksel), en tevens in: *Nemesis* 1990, nr. 74 (p. 30 e.v. met daarachter de toelichting op het cassatiemiddel);
- Hoge Raad, 19 oktober 1990, *RvdW* 176 (inclusief de toelichting op het cassatiemiddel), en tevens een uittreksel in: *NJB* 1990, 1468-1669 (de conclusie van Advocaat-Generaal Moltmaker is op het moment dat ik dit artikel schrijf nog niet gepubliceerd);

en van de beschikking in de zaak van de twee mannen die tevergeefs een huwelijk poogden aan te gaan bij de burgerlijke stand van Amsterdam:

- Rechtbank Amsterdam, 13 februari 1990, *NJCM bulletin* 1990, 456-460, met noot K. Boele-Woelki en P.C. Tange.

2 Wetsinterpretatie

Beide rechtbanken, Hof en Hoge Raad leggen het Burgerlijk Wetboek zo uit, dat een huwelijk slechts mogelijk is tussen personen van verschillend geslacht. Ter ondersteuning van die uitleg passen zij een veelheid van interpretatiemethoden toe.

2.1 Grammaticale interpretatie

Evenals Advocaat-Generaal Moltmaker in onderdeel 3.2 van zijn conclusie, erkennen de rechtbanken en het Hof dat de uitsluiting van gelijkgeslachtelijke huwelijken niet in de tekst van Boek 1 BW te vinden is (dus ook niet in artikel 1:33, zoals de regering en enkele schrij-

* Mr C Waaldijk is universitair docent bij de Interfacultaire Werkgroep Homostudies van de Rijksuniversiteit te Utrecht

1 *AA* 36(1987) 6, pp 431-432

2 *AA* 36(1987) 10, pp 644-650

vers ooit beweerd hadden)³ Deze redenering geeft voor hen echter niet de doorslag (zie hieronder)

De Hoge Raad laat in het midden of de tekst van het BW homo-huwelijken uitsluit. De stelling van verzoeksters dat dit niet het geval zou zijn, gaat volgens de Hoge Raad uit van 'een reeds op zichzelf aanvechtbare letterlijke lezing van een aantal wetsartikelen'. Toch doet de Hoge Raad geen moeite om een wetsartikel aan te wijzen dat bedoelde uitsluiting bevat.

2.2 Systematische interpretatie

Rechtbanken, Hof en AG Moltmaker beroepen zich vooral op het stelsel van de bepalingen van Boek 1 BW. De Rechtbank Amsterdam noemt in dit verband de artikelen 9, 29a, 31, 34, 80, 100, 197 en 199. Uit die artikelen (met uitzondering wellicht van artikel 100) kan men inderdaad afleiden dat de wet slechts huwelijken tussen man en vrouw regelt.

Dat lijkt een sterk argument. Het komt echter wel meer voor dat de wetgever de regeling van bepaalde (vroeger niet of minder vaak voorkomende) zaken 'vergeten' blijkt te zijn. Vaak zal de rechter dan met analoge toepassing van de regels die gelden voor de wél geregelde zaken tot een bevredigende oplossing kunnen komen. Juist op het terrein van het personen- en familerecht heeft de Hoge Raad zich bereid getoond tot zulk analoog redeneren (bijvoorbeeld inzake ouderlijke macht voor niet of niet meer gehuwden). Zeker voor de Hoge Raad zou een beroep op het stelsel van Boek 1 BW dan ook niet afdoende zijn geweest. Dit verklaart wellicht waarom de Hoge Raad zich in het geheel niet beroept op het systeem van het geschreven huwelijksrecht.

2.3 Wetshistorische interpretatie

Ter bestrijding van de stelling dat Boek 1 BW een homo-huwelijk niet uitsluit, beroept de Hoge Raad zich op

'de strekking van de wet zoals men deze bij de totstandkoming van Boek 1 BW, mede in het licht van de daaraan voorafgaande wetgeving, voor ogen heeft gehad'

De Hoge Raad acht het niet nodig aan te geven wie hij met 'men' bedoelt en waaruit dat zou blijken⁴

De beschikking van de Rechtbank Rotterdam bevat een nog vager verwijzing naar de geschiedenis. De wetgever zou geen nadere omschrijving van het huwelijk nodig hebben geacht.

'omdat bij het opstellen van de wet het vanzelfsprekend was () dat het huwelijk een verbintenis is tussen personen van verschillend geslacht'

Het Hof sluit zich daarbij aan. En ook volgens de Rechtbank Amsterdam volgt ook uit

'de wetsgeschiedenis () dat de wetgever het verschillende geslacht van de huwelijkspartners als vanzelfsprekend heeft beschouwd'

Wetshistorische argumenten verliezen aan betekenis naarmate de wet ouder wordt⁵. De maatschappelijke werkelijkheden en opvattingen inzake vrouwen, mannen en relaties zijn de laatste twee eeuwen en juist ook de laatste twee decennia drastisch gewijzigd. Genoemde verwijzing en naar opvattingen van de wetgever (en anderen) uit het begin van de vorige eeuw en uit de jaren '50 en '60 van deze eeuw kunnen dan ook niet veel gewicht in de schaal leggen. Een beroep op de historische bedoeling of strekking van het huwelijksrecht kan alleen nog overtuigen wanneer het gepaard gaat met een beroep op eigentijdse maatschappelijke ontwikkelingen of vigerende rechtsbeginselen.

De Amsterdamse Rechtbank tracht dat zwaar te ondervangen door ook nog te verwijzen naar de wetsgeschiedenis van het in 1985 ingevoerde artikel 1 29a, eerste lid, onder a, BW⁶. Inderdaad blijkt daaruit, zoals de Rechtbank stelt,

'dat de wetgever ook recentelijk nog is uitgegaan van de onbestaanbaarheid van een huwelijk van personen van gelijk geslacht'

Ook dit argument kan volgens mij niet zwaar wegen. Artikel 29a is in 1985 ingevoerd om een oplossing te bieden voor de grote problemen

3 Zie verwijzingen in AA 36(1987) 10, p. 645

4 Zie echter *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 1. Personen- en familerecht*, C.J. van Zeben (red.), Deventer z.j., pp. 223-224 en 212

5 P. Scholten (*Asser serie*) *Algemeen deel* derde druk, Zwolle 1974, p. 44

6 Zie ook onderdeel 3.3 van de conclusie van AG Moltmaker

van een kleine groep mensen (transseksuelen) Dat men de invoering van die oplossing niet heeft willen vertragen met fundamentele beschouwingen over de relatief kleine problemen van een grote groep mensen (homoseksuelen) spreekt vanzelf

2.4 Sociologische interpretatie

De Hoge Raad verkiest geen acht te slaan op maatschappelijke ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan na de totstandkoming van Boek 1 BW, want, aldus de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3, ook indien dergelijke ontwikkelingen

'steun zouden geven aan de opvatting dat het niet openstaan van de mogelijkheid van een wettelijk huwelijk tussen twee vrouwen of twee mannen niet langer gerechtvaardigd is, zou dit niet een van de onmiskenbare strekking van de wet afwijkende wetsuitlegging wettigen'

Met een dergelijke terughoudendheid ten aanzien van sociologische wetsinterpretatie kan ik vrede hebben, nu de Hoge Raad wel bereid is maatschappelijke ontwikkelingen mee te wegen bij de toetsing van wetten aan de mensenrechtenverdragen (zie hieronder in paragraaf 3.2 e v)

De Rechtbank in Rotterdam had terloops als haar mening te kennen gegeven dat het

'voor velen nog steeds vanzelfsprekend is, dat het huwelijk een verbintenis is tussen personen van verschillend geslacht'

En het Hof had zich daarbij aangesloten Wie die 'velen' zijn blijft in het midden

Onder rechtsgeleerde schrijvers is de gedachte dat een homo-huwelijk juridisch niet mogelijk is inderdaad wijd verbreid,⁷ de gedachte dat de rechtsgevolgen van het huwelijk opgesteld moeten worden voor homo-paren echter ook.⁸ Of deze gedachten aansluiten bij de opvattingen van de Nederlandse bevolking was de rechterlijke colleges wellicht niet bekend

Een recente opiniepeiling, uitgevoerd door het bureau Inter/View in opdracht van De Gay

Krant en het Veronica-programma RUR wijst echter uit dat slechts 35,6% van de ondervraagden de volgende vraag met 'nee' beantwoordt 'Vindt u dat homo's net als heteroseksuelen het recht moeten krijgen om hun relatie op het gemeentehuis met een wettig huwelijk te bekrachtigen?' Het antwoord 'ja' werd gegeven door 52,8% van de ondervraagden, en het antwoord 'weet niet' door 11,6%.⁹ De uitkomsten van deze peiling passen geheel in de lijn van sterk toenemende aanvaarding van homoseksualiteit door de Nederlandse bevolking.¹⁰

Zoals we gezien hebben, zijn dergelijke gegevens volgens de Hoge Raad echter van geen belang bij de wetsinterpretatie

2.5 Beginselconforme interpretatie

Volgens de Hoge Raad kunnen rechtsbeginselen juist wel van belang zijn bij de interpretatie van wetten Zijn weigering om in het licht van eventuele maatschappelijke ontwikkelingen te komen tot 'een van de onmiskenbare strekking van de wet afwijkende wetsuitlegging' onderbouwt hij (in rechtsoverweging 3.2) immers met de stelling dat

'het hier gaat om een onderwerp dat de openbare orde raakt en waarbij de rechtszekerheid een belangrijke rol speelt'

Dat het rechtszekerheidsbeginsel (dat mede strekt ter bescherming van wat wel de 'openbare orde' wordt genoemd) soms in de richting van restrictieve interpretatie wijst, is juist Daar staat echter tegenover dat het gelijkheidsbeginsel (waaraan door zijn verankering in Grondwet en verdragen zeker niet minder gewicht toekomt dan aan het beginsel van de rechtszekerheid) vaak in de richting van extensieve interpretatie zal wijzen De Hoge Raad geeft niet aan waarom hij interpreteert conform het ene in plaats van het andere beginsel Dat is vreemd, want de Hoge Raad onthoudt zich van bestrijding van de in het cassatiemiddel

'kennelijk voorgestane gedachte dat de wet zoveel mogelijk moet worden uitgelegd in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel'

⁷ Zie de literatuur aangehaald in onderdeel 3.2 van de conclusie van AG Moltmaker en in AA 36(1987) 10, p. 645

⁸ Zie de literatuur genoemd in AA 36(1987) 10, p. 648

⁹ *Meerderheid Nederlandse volk voor homo huwelijk Resultatenenquête*, in De Gaykrant, 17 november 1990, p. 6

¹⁰ Zie M. Hoogma, *Wet en Werkelijkheid Literatuuronderzoek naar de voorwaarden waaronder een Wet gelijke behandeling optimaal kan functioneren*, Publikatie-reeks Homostudies Utrecht 1984, pp. 21-37

Aldus wordt niet duidelijk waarom die gedachte volgens de Hoge Raad 'geen verandering' zou kunnen brengen in de gekozen wetsuitleg

Al met al kan de enigszins willekeurige wetsinterpretatie van de vier rechterlijke colleges verbazen noch overtuigen

3 Toetsing

3.1 Grondwet

Het Nederlandse huwelijksrecht, zoals geïnterpreteerd in de vier hier besproken beschikkingen, maakt onderscheid tussen hetero-paren en homo-paren. Op het eerste gezicht levert dat verboden discriminatie op in de zin van artikel 1 van de Grondwet. Denkbaar is echter dat het onderscheid gerechtvaardigd is. Dat dat niet het geval is, zal ik hieronder betogen bij de bespreking van artikel 26 IVBPR.¹¹

3.2 Artikel 12 EVRM

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de zaak *Rees* het recht om te huwen van artikel 12 EVRM in traditioneel-heteroseksuele zin uitgelegd.¹² Eerder heb ik al gepleit voor een dynamischer uitleg van dat recht.¹³ Ook Van Dijk en Van Hoof¹⁴ tonen zich niet overtuigd van de juistheid van de door het Europese Hof gegeven interpretatie. AG Moltmaker acht het (in onderdeel 5.2 van zijn conclusie) op zichzelf

'zeker verdedigbaar, dat de nationale rechters () de uitleg, die het Europese Hof aan de begrippen van het EVRM geeft, als minimum aanvaarden van hetgeen in hun Staat moet gelden, maar dat zij het recht (en de plicht) hebben tot een ruimere interpretatie () indien naar algemene rechtsovertuiging de rechtsontwikkeling in die Staat dat gebiedt en voor zover die interpretatie binnen de taak van de rechter valt'

De Rechtbank Rotterdam en het Hof Den Haag sluiten zich aan bij de door het Europese Hof gegeven interpretatie. Zo ook de Hoge Raad (rechtsoverweging 3.4)

'Nu dat Hof in een recente uitspraak de reikwijdte van art. 12 duidelijk heeft vastgesteld, vindt de Hoge Raad geen vrijheid een ruimere betekenis aan die verdragsbepaling toe te kennen'

Dat de Hoge Raad niet al te zeer wil afwijken van recente en duidelijke uitspraken van het Europese Hof, valt te begrijpen en te bilijken. Zo duidelijk is de uitspraak in de zaak *Rees* echter niet. Het Europese Hof wijdt immers ook nog een overweging aan de slotwoorden van artikel 12 ('according to the national laws governing the exercise of this right'). Daarover zegt het Europese Hof

'The limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. However, the legal impediment in the United Kingdom on the marriage of persons who are not of the opposite biological sex cannot be said to have an effect of this kind'

Hierbij vragen Van Dijk en Van Hoof¹⁵ zich terecht retorisch af welke kern van het recht te huwen er dan nog overblijft voor de transseksuele *Rees*.¹⁶

Kwalijker is het dat de Hoge Raad de beslissing inzake artikel 12 ook gebruikt om het beroep op de artikelen 8 en 14 EVRM te verworpen.

3.3 Artikel 8 EVRM

Volgens de Rechtbank Rotterdam wordt verzoekster

'de mogelijkheid en de vrijheid () gelaten om haar relatie met haar levenspartner in haar privéleven de vorm en inhoud te geven die zij wenst'

en is er derhalve geen sprake van inbreuk op haar in artikel 8 EVRM beschermde *private life*. Het Hof en AG Moltmaker (onderdeel 5.1) sluiten zich daarbij aan. Dat is opmerkelijk, want de onmogelijkheid om te huwen betekent juist dat de twee vrouwen een bepaalde 'vorm en inhoud' *niet* aan hun relatie kunnen geven. Te denken valt aan het erfrecht (hun respectie-

11 Zie AA 36(1987) 10, pp. 645-646, voor mogelijke strijd van het 'homo-huwelijksverbod' met artikel 10 van de Grondwet.

12 Arrest van 17 oktober 1986, in de zaak *Rees*, Serie A, Vol. 106, par. 49, zie ook het arrest van 27 september 1990 in de zaak *Cossey*, Serie A, Vol. 184, par. 46.

13 AA 36(1987) 10, p. 646, zie ook K. Boele-Woelki en P. C.

Tange, *De Deense wet inzake het geregistreerd partnerschap*, in *Nederlands Juristenblad* 1989, p. 1543.

14 P. van Dijk en G. J. H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, derde druk, Nijmegen 1990, pp. 489-491.

15 A.w. noot 14, p. 491.

16 Zie ook Boele-Woelki en Tange, a.w. noot 14, p. 1543.

vellijke ouders kunnen aanspraak maken op hun legitieme portie) en aan het gezag over eventueel door hen gezamenlijk opgevoede kinderen. Er is derhalve sprake van een inbreuk op artikel 8, eerste lid. De rechters hadden niet na mogen laten deze inbreuk te toetsen aan de criteria van het tweede lid (waarover hieronder meer).

Rechtbank en Hof laten tevens na om te toetsen aan het in artikel 8 gegarandeerde recht op eerbiediging van *family life*. Dit aspect komt wel aan de orde bij AG Moltmaker en de Hoge Raad. De Hoge Raad en zijn adviseur nemen daarmee zeer terecht afstand van de ook door Van Dijk en Van Hoof¹⁷ gekritiseerde beslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens van 3 mei 1983.¹⁸ De Commissie besliste dat de homoseksuele relatie van twee mannen die al ruim drie jaar samenwoonden 'does not fall within the scope of the right to respect for family life'. Volgens haar was de relatie slechts 'a matter of their private life'.

Vervolgens doen Hoge Raad en Advocaat-Generaal echter iets raars. Laatstgenoemde neemt in onderdeel 5.1 van zijn conclusie aan dat terzake van het recht om te huwen artikel 12 EVRM een *lex specialis* vormt ten opzichte van artikel 8. Een *lex-specialis-redenering* komt normaal gesproken neer op het volgende: Indien twee strijdige — althans niet geheel met elkaar overeenstemmende — rechtsregels op dezelfde feiten van toepassing blijken te zijn, past men slechts de minst algemene van die regels toe. AG Moltmaker ziet echter over het hoofd dat hij (in navolging van het Europese Hof) concludeert dat artikel 12 *niet* van toepassing is op mensen van hetzelfde geslacht. Hij zegt dus dat artikel 12 tegelijkertijd wel en niet van toepassing is.

De Hoge Raad weet deze paradox te vermijden. Hij stelt dat het recht om een huwelijk aan te gaan 'zijn regeling en afbakening' vindt in artikel 12.

'Nu dat artikel niet voorziet in een recht van personen van gelijk geslacht om met elkaar een huwelijk aan te gaan, kan niet worden aangenomen dat het niet toekennen van dat recht in een nationale wet een door het verdrag verboden inmenging in het privéle-

ven of gezinsleven van de betrokkenen oplevert' (rechtsoverweging 3.4).

Denkbaar is misschien dat de Hoge Raad de nadruk bedoelt te leggen op het woordje 'verboden', en aldus impliciet aangeeft dat hij de onderhavige inbreuk op private and family life gerechtvaardigd acht door de in het tweede lid van artikel 8 genoemde criteria (waarover hieronder meer).

AG Moltmaker en de Hoge Raad gaan er vanuit dat het recht om te huwen op zichzelf een mensenrecht is. Eigenlijk is 'to marry' in artikel 12 echter niet veel meer dan een juridisch-technisch *koppelbegrip* dat op zichzelf geen inhoud heeft. In dat opzicht lijkt het begrip 'huwelijk' op het begrip 'nationaliteit', ten aanzien waarvan De Groot¹⁹ overtuigend heeft betoogd dat het slechts waarde krijgt door de rechtsgevolgen die een rechtsstelsel eraan koppelt. Door middel van het koppelbegrip 'nationaliteit' of 'huwelijk' kan een rechtsstelsel mogelijkheden scheppen voor de verwezenlijking van grondrechten die wél een materiële inhoud hebben (zoals het in artikel 8 EVRM gegarandeerde recht). Het feit dat sommige (heteroseksuele) mensen de mogelijkheid wordt geboden om het laatstgenoemde recht te verwezenlijken door het aangaan van een huwelijk, mag uiteraard geen beperking opleveren voor andere (homoseksuele) mensen om datzelfde recht te verwezenlijken. Of het recht om op een bepaalde (namelijk huwelijkse) manier het in artikel 8 gegarandeerde recht te realiseren inderdaad mag worden onthouden aan laatstbedoelde groep personen, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de grenzen van artikel 8 zelf, en uiteraard niet aan de hand van de grenzen van een ander artikel. Artikel 8 en 12 nemen in het EVRM naast elkaar een zelfstandige plaats in.²⁰

De rechter had dus hoe dan ook het omstrede homo-huwelijksverbod moeten toetsen aan het tweede lid van artikel 8. Deze toetsing zou zich toegespitst moeten hebben op het criterium 'necessary in a democratic society for the protection of the rights of others'. Dat 'health or morals' hier niet in het geding zijn, is in Nederland immers vrij algemeen aanvaard.

17 *A.w.* noot 14, p. 420.

18 Zaak 9369/81, *D&R* 32, p. 220.

19 G.R. de Groot, *Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel*,

's-Gravenhage 1988, pp. 13-17.

20 Van Dijk en Van Hoof, *a.w.* noot 14, p. 500.

De rechten van ouders, kinderen, pensioenfondsen, enzovoort, daarentegen kunnen wel in het geding zijn. Het is echter moeilijk vol te houden dat de bestaande beperking (het homohuwelijksverbod) in Nederland *nodig* is ter bescherming van die rechten. De rechten van ouders en pensioenfondsen worden immers ook niet beschermd tegen de gevolgen van heterohuwelijken. En wat de kinderen betreft: de Nederlandse rechtsorde heeft inmiddels zowel fictief-juridisch ouderschap als feitelijk-gelijkgeslachtelijk ouderschap aanvaard. Fictief ouderschap doet zich voor bij adoptie en soms ook bij erkenning of door de vaderschapsregel van artikel 1:197 BW. Gelijkgeslachtelijk ouderschap is bijvoorbeeld mogelijk na ontbinding van een huwelijk door dood of echtscheiding, na kunstmatige inseminatie en door plaatsing van pleegkinderen. Bij gelijkgeslachtelijk ouderschap speelt bovendien het te respecteren recht op gezinsleven van de betrokken kinderen een rol. Doordat hun (gelijkgeslachtelijke) ouders/opvoeders niet kunnen trouwen, wordt ook hun family life geschonden (bijvoorbeeld op het punt van onderhoudsplichten en erfrecht).

3.4 Artikel 14 EVRM

De Rotterdamse Rechtbank, het Haagse Hof, de Advocaat-Generaal (in onderdeel 5.3 van zijn conclusie) en de Hoge Raad (in rechtsoverweging 3.5) toetsen slechts aan artikel 14 in relatie tot *artikel 12* EVRM. Volgens de Hoge Raad kan van verboden onderscheid in de zin van artikel 14 geen sprake zijn omdat het onderscheid tussen enerzijds personen van verschillend geslacht en anderzijds personen van gelijk geslacht 'eigen is aan het in art. 12 () verzekerde recht om te huwen'. Gezien de gehanteerde — betwistbaar enge — uitleg die de Hoge Raad aan artikel 12 geeft, is het te begrijpen dat de Hoge Raad het beroep op artikel 14 al laat afketsen op de vergelijkbaarheids-toets, waardoor de rechtvaardigingstoets niet meer aan de orde komt.²¹

Ten onrechte laten Rechtbank, Hof en Hoge Raad na om de evidente inbreuk op het eerste lid van *artikel 8* — die, zoals hiervoor aangetoond, niet gerechtvaardigd wordt door het tweede lid — te toetsen aan artikel 14 EVRM. Dat gelijkgeslachtelijke en ongelijkgeslachtelijke

relaties voor de toepassing (in Nederland) van artikel 8 vergelijkbaar zijn, behoeft geen betoog. De juridische discussie kan zich dus concentreren op de rechtvaardigingstoets. Daarover nader bij de behandeling van artikel 26 IVBPR.

3.5 Artikel 26 IVBPR

Volgens de Rotterdamse Rechtbank is er geen sprake van *ongelijke behandeling* (en dus al helemaal niet van verboden discriminatie). De Rechtbank komt tot die conclusie door te overwegen

'dat verzoekster hetzelfde recht op een wettig huwelijk heeft als ieder ander individu binnen de Nederlandse samenleving, zodat het feit dat het Nederlandse rechtstelsel het niet mogelijk maakt dat verzoekster wettig in het huwelijk treedt met een persoon van hetzelfde geslacht geen ongelijke behandeling van verzoekster oplevert, nu die mogelijkheid (bedoeld zal zijn 'onmogelijkheid', C.W.) voortvloeit uit een van de beperkingen door de wetgever aangebracht op het recht te huwen, welke beperking voor elk individu in de Nederlandse samenleving van kracht is.'

Dit is een drogreden en wel om twee redenen. Verzoekster kan anders dan de meeste andere mensen niet huwen met de persoon van haar (relationele, emotionele, seksuele) voorkeur. Bovendien mogen mannen wel met haar partner trouwen, maar zij als vrouw niet. Er is dus wel degelijk sprake van ongelijke behandeling — naar seksuele voorkeur en naar geslacht.

Volgens het Haagse Hof is er geen sprake van *vergelijkbare gevallen* (en dus ook niet van verboden discriminatie). Het Hof komt tot die conclusie door in rechtsoverweging 11 als volgt te overwegen

'Kenmerk van het huwelijk is () dat de huwelijkspartners fysiek in staat zijn op zodanige wijze geslachtsverkeer met elkaar te hebben dat dit tot voortplanting kan leiden. Het huwelijksrecht dient dus primair om deze voortplantingsmogelijkheid () te legaliseren. Die voortplantingsmogelijkheid hebben homofiele paren niet en dus vallen zij buiten het (bestaande) huwelijksrecht.'

De onzinnigheid van deze redenering hebben Boele-Woelki en Tange op kernachtige wijze geïllustreerd met een verwijzing naar artikel

21 Van Dijk en Van Hoof, *a.w.* noot 14, pp. 594-597.

I 29a, eerste lid, onder b, BW Daar wordt voor transseksuelen 'de fysieke onmogelijkheid om zich voort te planten () juist als vereiste gesteld om te komen in een situatie waarin de mogelijkheid wordt geboden te huwen'²² Ook in onderdeel 5 van de toelichting op het cassatiemiddel, en in de onderdelen 6 2 en 6 6 van de conclusie van AG Moltmaker, wordt gewezen op de onhoudbaarheid van deze redenering van het Hof

Volgens de Hoge Raad is er geen sprake van *ongerechtvaardigd onderscheid* (en dus ook niet van verboden discriminatie) Howel de Hoge Raad geen omschrijving van het begrip *discrimination* als gebruikt in artikel 26 IVBPR geeft, moet men aannemen dat de Hoge Raad het begrip in zijn gangbare interpretatie hanteert onderscheid dat niet is gebaseerd 'on reasonable and objective criteria'²³

De Hoge Raad noemt slechts een rechtvaardiging voor het bestreden onderscheid

'Het wettelijk huwelijk is vanouds opgevat als een duurzame levensverbintenis tussen een man en een vrouw waaraan een reeks rechtsgevolgen wordt verbonden, die deels verband houden met het verschil in geslacht en de daarmee samenhangende gevolgen voor de afstamming van kinderen'

Dat de Hoge Raad dit inderdaad als 'rechtvaardiging' voor het onderscheid beschouwt, blijkt uit het gebruik van dat woord twee zinnen verderop in rechtsoverweging 3 6

De Hoge Raad zoekt de redelijke en objectieve rechtvaardiging van het onderscheid kenmerkend alleen in het feit dat het huwelijk rechtsgevolgen inzake de afstamming heeft die samenhangen met het geslachtsverschil tussen de echtgenoten Daarbij kan de Hoge Raad slechts aan (één vorm van) vaderschap gedacht hebben Moederschap is (behoudens het geval van adoptie) immers nooit het rechtsgevolg van een huwelijk, maar altijd van blote geboorte En bij de regeling van de adoptie (fictieve afstamming) wordt niet aangeknoopt bij het geslachtsverschil van adoptanten het adoptierecht is sekse-neutraal

Volgens het Nederlandse recht kan men op verschillende manieren juridisch vader worden

Slechts een daarvan hangt direct met het huwelijk samen de echtgenoot wordt in beginsel de vader van het tijdens een huwelijk geboren kind (artikel 1 197 BW) De andere vormen van verwerving van juridisch vaderschap (zoals de erkenning) staan los van het huwelijk Die andere vormen kunnen in de overweging van de Hoge Raad dus geen rol gespeeld hebben

Volgens de zo gereconstrueerde redenering van de Hoge Raad vormt artikel 1 197 derhalve de enige rechtvaardiging van het homo-huwelijksverbod Dat lijkt een opmerkelijke conclusie AG Moltmaker had zich echter in vergelijkbare zin uitgelaten in onderdeel 6 6 van zijn conclusie

'Hoewel naar het mij voorkomt de meeste rechtsgevolgen van het huwelijk zonder bezwaar ook voor een homoseksuele relatie zouden kunnen gelden, zijn er toch enkele waar dat niet of niet zonder meer kan (afstamming) of waarover discussie gaande is (adoptie)'

Men mag aannemen dat indien de Hoge Raad ook andere rechtsgevolgen dan het vaderschap (zoals het huwelijksvermogensrecht, het erfrecht, het pensioenrecht, het adoptierecht enzovoort) van belang had geacht ter rechtvaardiging van het bestreden onderscheid tussen homo- en hetero-paren, hij dat ene rechtvaardigende *zinnetje niet zó beperkt geformuleerd* zou hebben

De Hoge Raad acht het bovendien mogelijk dat de bedoelde rechtvaardiging in de loop van de tijd nog kan komen te vervallen Volgens hem kan vooralsnog echter

'niet worden gezegd dat de algemene rechtsovertuiging zich zo heeft ontwikkeld dat het voorgaande geen rechtvaardiging kan opleveren voor het verschil in behandeling naar seksuele geaardheid dat kan zijn gelegen in de onmogelijkheid om met iemand van hetzelfde geslacht een door de wet als huwelijk erkende verbintenis aan te gaan'

De Hoge Raad lijkt de ontwikkelingen in de rechtsovertuiging te onderschatten Zie bijvoorbeeld de door mij in AA 36 (1987) 10, p 648 aangehaalde vrijwel eensgezinde literatuur, de aanvaarding door de Tweede Kamer van wetsvoorstel 20239 strekkende tot aanvulling

22 A w noot 13, p 1542

23 Human Rights Committee 9 april 1987, NJCM bulletin 1987, pp 377-391, par 13

van de discriminatie-bepalingen in het Wetboek van Strafrecht met de grond 'hetero- of homoseksuele gerichtheid'²⁴ en de hierboven in paragraaf 2 genoemde opiniepeiling.

Kortom: De Hoge Raad geeft een duidelijk signaal dat slechts één element uit het huwelijksrecht (de vaderschapsregel van artikel 1:197) een rechtvaardiging oplevert voor de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk. Daarmee geeft de Hoge Raad impliciet ook te kennen dat vrijwel alle andere rechtsgevolgen van het huwelijk (inclusief het adoptierecht) ook voor duurzame gelijkgeslachtelijke relaties zouden moeten gelden.

Dit is een baanbrekende uitspraak. Toch kan men zich afvragen waarom de Hoge Raad niet net één stapje verder is gegaan. Wanneer hij alleen het onderscheid bedoeld in artikel 1:197 objectief en redelijk gerechtvaardigd achtte, dan had hij toch het huwelijk met uitzondering van dat ene rechtsgevolg mogelijk kunnen maken voor gelijkgeslachtelijke paren.²⁵ Men zou kunnen zeggen dat de bij artikel 14 EVRM vereiste evenredigheidstoets²⁶ daar zelfs toe verplicht. Het valt immers moeilijk vol te houden dat er sprake is van evenredigheid tussen enerzijds het beoogde doel (uitsluiting van de mogelijkheid dat de lesbische mee-moeder op grond van artikel 1:197 BW van rechtswege vader wordt van de kinderen van haar partner) en anderzijds het gebezigde middel (uitsluiting van de mogelijkheid voor gelijkgeslachtelijke paren om door middel van een huwelijk een veelheid van rechtsgevolgen te bemachtigen).

Oneens ben ik het in ieder geval met het kennelijke oordeel van de Hoge Raad dat het gehanteerde criterium redelijk en objectief is. Toegegeven kan worden dat de status van 'vader' wat vreemd zou zijn voor de lesbische mee-moeder (niet veel vreemder trouwens dan de status van 'ouder' is voor het echtpaar dat een kind met een andere huidskleur adopteert). Daar gaat het echter niet om. Ook hier hebben we te maken met een juridisch-technisch *koppelbegrip*. Voor het gezag over een kind, voor de onderhoudsplicht jegens een kind, voor het

erfrecht en ook voor het naamrecht kan het in het huidige recht voor het kind en voor zijn ouder/verzorger van belang zijn dat laatstgenoemde in juridische zin 'vader' is. Het beroep op het discriminatieverbod kan men dan ook niet (zoals de Hoge Raad doet) afdoen met het antwoord op de vraag of het gerechtvaardigd is om een lesbische mee-moeder nooit 'vader' te noemen. Wat rechtvaardiging behoeft, is dat genoemde rechtsgevolgen worden onthouden aan de mee-moeder en het kind van haar partner.

Hierboven heb ik al gememoreerd dat het Nederlandse recht enerzijds toestaat dat een kind in juridische zin ouders kan hebben die in biologische zin geen ouders zijn, en anderzijds toestaat dat sommige kinderen in feite worden verzorgd door twee partners van hetzelfde geslacht. Nu zowel fictief ouderschap als gelijkgeslachtelijk ouderschap aanvaardbaar wordt geacht en sociaal-wetenschappelijk onderzoek ook geen argumenten tegen homoseksueel ouderschap oplevert,²⁷ kan de door de Hoge Raad aangevoerde rechtvaardiging voor het homohuwelijksverbod niet als objectief en redelijk worden beschouwd.

De door de rechter in Boek 1 BW gelezen heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk is derhalve in strijd met de artikelen 8 en 14 EVRM, met artikel 26 IVBPR en met artikel 1 Grondwet. Nu ook de Hoge Raad geweigerd heeft deze uitsluiting buiten toepassing te laten, rust de verplichting deze hoge normen na te leven des te zwaarder op de wetgever — maar niet alleen op hem.

4 Rechtsvorming

4.1 Rechter of wetgever

De Amsterdamse Rechtbank heeft zich onthouden van de vraag of er sprake is van strijd met verdragsbepalingen.

'Indien immers deze vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, valt het buiten de rechtsvormende taak van de rechter te bepalen op welke wijze

24 *Handelingen II*, 1989-90, pp 4977-4978.

25 Terecht kritisch over die mogelijkheid is F van Vliet in haar reactie op mijn beantwoording van de rechtsvraag, *AA* 37(1988) 2, pp 134-135

26 Zie Van Dijk en Van Hoof, *a.w.* noot 14, pp 594-597

27 Zie F van Vliet, *Afstamming en ouderlijke zorg wie niet zaait, zal niet oogsten?* in *NJB* 1987, pp 815-816 en J. Geerlings en M van der Meer, *Lesbisch moederschap, praktijk en theorie*, Utrecht 1989.

de dan noodzakelijke gelijkstelling dient te worden gerealiseerd' (rechtsoverweging 4)

De Rotterdamse Rechtbank hanteerde een vergelijkbare redenering (onder verwijzing naar Hoge Raad 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230) als extra argument voor haar afwijzing van het verzoek. Daar voegt het Hof (in rechtsoverweging 14) dan nog aan toe dat opheffing van het homo-huwelijksverbod ertoe zou leiden

'dat, buiten de democratische besluitvorming om, eens en voor al wijziging zou worden gebracht in een complexe materie, die gebaseerd is op een in de gehele westerse wereld hecht verankerd, reeds eeuwen bestaand en door velen nog steeds als hoogst vanzelfsprekend beschouwd beginsel dat alleen tussen een man en een vrouw een huwelijk mogelijk is'

Op basis van deze argumentatie komt AG Moltmaker tot de conclusie dat het cassatiemiddel ongegrond is (onderdeel 6.6)

De Hoge Raad maakt zich niet schuldig aan dergelijke redeneringen die op gespannen voet staan met artikel 94 van de Grondwet.²⁸ In een overweging ten overvloede verwijst ook de Hoge Raad echter naar de wetgever

'Het vorenstaande laat onverlet de mogelijkheid dat het onvoldoende gerechtvaardigd is dat een bepaald rechtsgevolg wel aan het huwelijk wordt verbonden maar niet aan het duurzaam samenleven van twee personen van hetzelfde geslacht. Een vraagstuk van deze aard — dat *doorgaans* slechts door de wetgever zal kunnen worden opgelost — is echter in deze procedure niet aan de orde' (rechtsoverweging 3.6, mijn cursivering, C.W.)

Met het woordje 'doorgaans' geeft de Hoge Raad aan dat soms ook de rechter zich uit zal kunnen spreken over de vraag of het discriminerend is om homo-paren een bepaald rechtsgevolg van het huwelijk te onthouden.²⁹

4.2 De rechter

De rol van de rechter bij de doorbreking van de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk is sinds 19 oktober 1990 nog niet uitgespeeld

In de eerste plaats zal de rechter per rechtsgevolg consequenties kunnen verbinden aan het discriminerende karakter van die exclusiviteit. Bepaalde vormen van in de wet verankerde

discriminatie zullen niet snel aan de rechter ter beoordeling voorgelegd worden. Homo-paren die een kind willen adopteren, zullen dat immers niet snel in een gerechtelijke procedure proberen af te dwingen. Zij zullen genoegen blijven nemen met pleegouderschap. En mensen die hun bezittingen aan hun partner willen nalaten, zullen eerder naar de notaris stappen om een testament te maken, dan naar de rechter om het discriminerende karakter van het intestaat erfrecht te laten vaststellen.

Voor zover de rechtsgevolgen van het huwelijk niet in de wet maar bijvoorbeeld in individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten zijn vastgelegd, zal de rechter gebruik kunnen maken van het herziene artikel 429quater van het Wetboek van Strafrecht. Dat zal discriminatie van personen wegens hun homoseksuele gerichtheid verbieden in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf. Met ingang van 1 januari 1993 zal dat artikel ook van toepassing worden op particuliere pensioenregelingen (aldus artikel II van gewijzigd wetsvoorstel 20239). Bovendien staat er een Algemene wet gelijke behandeling op stapel die niet alleen ongelijke behandeling wegens homoseksuele gerichtheid, maar ook wegens huwelijkse staat zal verbieden. Wanneer de wetgever homodiscriminatie in particuliere pensioenregelingen verboden zal hebben, dan zal ook niets de rechter meer kunnen weerhouden om dezelfde bepalingen in pensioenwetten in strijd met artikel 26 IVBPR te verklaren. Op een klein, maar venijnig punt kan de rechter vandaag al een streep halen door een discriminerende consequentie van de wettelijke heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk door de gevolgen van AIDS. doet de situatie zich steeds vaker voor dat ouders zich tegenover de nabestaande partner van hun overleden kind kunnen beroepen op hun legitieme portie. Honorering van een dergelijk beroep is in strijd met de artikelen 8 en 14 EVRM en met artikel 26 IVBPR. De rechter zal de artikelen 960 en 962 BW in een dergelijke situatie derhalve buiten toepassing moeten laten.

In de tweede plaats zal de rechter de — zeer snelle — ontwikkelingen in de 'algemene rechtsovertuiging' in het oog moeten houden. Wanneer de wetgever of de rechter weer enkele

28 Zie de noot van Boele Woelki en Tange onder Rb Rotterdam in *NJCM bulletin* 1990, p. 460

29 Zie ook de onderdelen 6.4 en 6.5 van de conclusie van AG Moltmaker en AA 1987 10 pp. 648-649

verschillen in behandeling tussen gehuwde hetero's en ongehuwde homo's zal hebben opgeheven, en wanneer de publieke opinie zich nog verder ten gunste van gelijke rechten voor gelijkgeslachtelijke paren zal hebben ontwikkeld, en wanneer na de Deense wetgever ook de Franse, Zweedse en Noorse wetgevers overgegaan zullen zijn tot openstelling van de meeste rechtsgevolgen van het huwelijk voor (geregistreerde) homo-partnerschappen, dan zal de Nederlandse rechter gemakkelijker tot de conclusie kunnen komen dat de traditioneel-heteroseksuele uitleg van het huwelijksrecht niet langer gerechtvaardigd is.

4.3 De wetgever

Aangemoedigd door de trouwlustigheid van twee vrouwen en twee mannen, aangespoord door de media, voorbijgestreefd door Deense wetgeving³⁰ en Franse, Zweedse en Noorse plannen, en uitgedaagd door de Hoge Raad, heeft eind 1990 ook de Nederlandse politiek de homo-uitsluiting van de rechtsgevolgen van het huwelijk als serieus probleem erkend.

De eerdergenoemde opiniepeiling wijst uit dat maar liefst 76,2% van de ondervraagden de volgende vraag met 'ja' beantwoordt: 'Moeten homo- of lesbische stellen die langdurig samenwonen dezelfde rechten krijgen in zaken als pensioen en dergelijke als hetero-stellen?' Het antwoord 'nee' werd door 9,8% gegeven, en het antwoord 'weet niet' door 14,8%.³¹ Ook onder juristen bestaat grote steun voor een dergelijke rechtsgelijkheid.³² Ook inzake homoseksueel ouderschap blijkt die steun te bestaan.³³ Niets hoeft de wetgever dus te weerhouden om het hele huwelijk met al zijn rechtsgevolgen open te stellen voor homo-paren.

In Den Haag denkt men echter aan een andere oplossing. Tijdens de behandeling van de Justitiebegroting in de Tweede Kamer op 30 oktober 1990 hebben woordvoerders van de

grotere partijen gepleit voor enige vorm van *geregistreerd partnerschap*. Minister Hirsch Ballin heeft zich vervolgens op 1 november bereid verklaard om adviezen in te winnen over de mogelijkheid om een dergelijke registratie mogelijk te maken voor partners die niet kunnen huwen, maar die wel duurzaam verantwoordelijkheid voor elkaar hebben aanvaard.³⁴

Het scheppen van een nieuw instituut naast het huwelijk roept een aantal vragen op. Zal geregistreerd partnerschap slechts mogelijk worden voor gelijkgeslachtelijke paren (zoals in Denemarken het geval is)? Of ook voor verwanten die geen huwelijk kunnen aangaan (zoals vanuit het CDA is gesuggereerd)? Of zelfs voor iedere twee-relatie (zoals men in Frankrijk en Noorwegen van plan schijnt te zijn)? En zal voor registratie vereist zijn dat men reeds wederzijdse zorgplichten op zich heeft genomen (zoals de Minister van Justitie suggereert), terwijl in het huwelijksrecht dergelijke zorgplichten juist het *gevolg* van de huwelijksluiting zijn?

Tenslotte zal een moeizame discussie gevoerd gaan worden over de vraag welke rechtsgevolgen van het huwelijk wel en welke niet aan het geregistreerd partnerschap zullen worden verbonden. In de Deense wet inzake het geregistreerd partnerschap worden de ouderschapsgevolgen (evenals de sekse-specifieke rechtsgevolgen) van het huwelijk uitdrukkelijk uitgesloten. Hierboven heb ik betoogd dat er geen juridisch aanvaardbare redenen zijn om bijvoorbeeld adoptie en ander (fictief-juridisch) ouderschap voor homo-paren onmogelijk te laten blijven. Daar schijnt in Nederland echter ook anders over gedacht te worden.

Overigens ben ik van mening dat er goede gronden zijn om het huwelijk van een groot deel van zijn *dwingendrechtelijke* gevolgen te ontdoen.

30 Zie Boele-Woelki en Tange, *a.w.* noot 14.

31 *De Gay Krant*, *a.w.* noot 9.

32 *AA* 36(1987)10, p. 648.

33 Zie de in *NJB* 1990, p. 1072 weergegeven stemming van de Nederlandse Juristen-Vereeniging over een vraagpunt

inzake ouderlijk gezag buiten huwelijk; zie ook het advies *Afstamming, adoptie en sociaal ouderschap* van de Raad voor het Jeugdbeleid uit 1990.

34 Op het moment van schrijven beschik ik nog niet over de tekst van de Handelingen.