

Zó niet getrouwd: hetero-huwelijk en bovenwettelijk discriminatieverbod

mr. Kees Waaldijk

1 Anti-homoseksuele wetgeving

1.1 Zelfs in Denemarken - ook in Nederland

Overall in Europa bestaan anti-homoseksuele wetten.

Elke vorm van seks tussen vrouwen is verboden in Roemenië. Elke vorm van seks tussen mannen is verboden in Roemenië, Ierland, Cyprus, Gibraltar, en in Servië, Bosnië-Herzegovina, Macedonië en Kosovo. In Estland en Litouwen, in het Gemeenebest van Onafhankelijke Staten en op het eiland Man is anale seks tussen mannen verboden.

De minimumleeftijd voor homo- en lesbische seks is hoger dan voor heteroseks in IJsland, Finland, Luxemburg, Hongarije en Bulgarije. Voor seks tussen mannen is de minimumleeftijd ook extra hoog in Oostenrijk, Liechtenstein, Groot-Brittannië en Noord-Ierland, in Kroatië, Voivodina en Montenegro, en in het westelijk deel van Duitsland.

In Finland, Oostenrijk, Liechtenstein en Groot-Brittannië bestaan wetjes die het verspreiden van positieve informatie over homoseksualiteit aan banden leggen. In Oostenrijk en Liechtenstein zijn homoseksualiteit 'bevorderende' organisaties verboden.

In heel Europa staat het wettelijk huwelijk (met al zijn rechtsgevolgen) slechts open voor man/vrouw-stellen. Zelfs in Denemarken - waar gelijkgeslachtelijke paren na registratie van hun partnerschap op het stadhuis in bepaalde opzichten gelijk worden gesteld met 'echtparen' - zijn belangrijke rechtsgevolgen van het huwelijk onbereikbaar voor partners van hetzelfde geslacht.

Dit is geen volledige opsomming. In de meeste landen zijn nog meer wetten van kracht die het leven met zoveel woorden moeilijker (of zelfs gevaarlijker) maken voor homoseksuele vrouwen, mannen, paren, boeken, bladen of organisaties. En daarnaast bestaan er nog allerlei ministeriële, plaatselijke en andere 'lagere' regelingen waarin onderscheid wordt gemaakt ten nadele van homoseksualiteit. In deze bijdrage zal ik mij echter beperken tot *parlementair vastgestelde wetten* (die in verwarrend juridisch jargon wel 'wetten in formele zin' heten). In Nederland worden wetten (volgens artikel 81 van de Grondwet) door regering en parlement gezamenlijk vastgesteld, in stand gehouden en soms afgeschaft.

Van 1911 tot 1971 gold in Nederland artikel 248bis van het Wetboek van Strafrecht.

Dat artikel hield een verbod in, voor mannen en vrouwen van 21 jaar en ouder, om 'ontucht' te plegen met iemand van hetzelfde geslacht jonger dan 21 jaar. Heteroseks daarentegen was toegestaan zodra beide partners 16 jaar of ouder waren (artikel 247 van het Wetboek van Strafrecht). Sinds 1971 geldt die minimumleeftijd van 16 jaar ook voor homo- en lesbische seks.

Tot 1 december 1991 bevatte het zedelijkheidsstrafrecht nog een vorm van homo-discriminatie: Wanneer een man 'vleselijke gemeenschap' had met een meisje dat nog geen 16 jaar maar al wel 12 jaar oud was, beging hij een strafbaar feit. Volgens artikel 245 van het Wetboek van Strafrecht mocht de officier van justitie hem echter alleen strafrechtelijk vervolgen, indien de wettelijk vertegenwoordiger van het meisje (meestal een van haar ouders) daarover een klacht had ingediend. Dit klachtvereiste gold echter niet indien de man seks had gehad met een jongen tussen de genoemde leeftijden, of indien de dader een vrouw was. Dit moeilijk te rechtvaardigen onderscheid is uit de wetgeving verdwenen, door aanvaarding van het wetsvoorstel tot wijziging van de artikelen 242 tot en met 249 van het Wetboek van Strafrecht.¹ Nu geldt het klachtvereiste voor vervolging van iedereen die seks pleegt met een meisje of een jongen tussen de 12 en de 16 jaar oud.

De geldende Nederlandse wetgeving maakt echter op tenminste twee terreinen nog steeds onderscheid ten nadele van homoseksualiteit:

- a. *Buitenhuwelijks ouderschap*. Indien een ongehuwde vrouw een kind baart, dan kan volgens artikel 221 van het Burgerlijk Wetboek een man het vaderschap van dat kind aanvaarden door het kind te erkennen. Dat Wetboek biedt echter geen mogelijkheid tot een dergelijke aanvaarding van ouderschap door een andere vrouw (bijvoorbeeld de vriendin van de moeder). In zijn uitspraak van 24 februari 1989² heeft de Hoge Raad in het verlengde van dit wettelijk onderscheid nog een ander onderscheid gemaakt tussen ongehuwd heteroseksueel en lesbisch ouderschap: anders dan een ongehuwd man/vrouw-stel kunnen twee vrouwen niet belast worden met de gezamenlijke ouderlijke macht over het uit een van beiden geboren kind.³
- b. *Het huwelijk*. Volgens de klassieke en gangbare interpretatie van het Burgerlijk Wetboek moet men van verschillend geslacht zijn om een huwelijk aan te kunnen gaan, en dus om te kunnen genieten van de diverse voordelen die aan het huwelijk zijn verbonden. Over dit wettelijke homo-hetero-onderscheid gaat het in het vervolg van deze bijdrage.

Eerst zal ik echter kort ingaan op het belang van de bestrijding van anti-homoseksuele wetgeving in het algemeen.

1 Wet van 9 oktober 1991, Stb. 519 (Kamerstukken 20930). Zie ook noot 110.

2 NJ 741.

3 Zie over beide kwesties de bijdrage van Van Vliet aan deze bundel.

1.2 Het venijn van anti-homoseksuele wetgeving

Anti-homoseksuele wetgeving is slechts één vorm van homodiscriminatie. Andere vormen van homodiscriminatie (zoals geweld of ontslag) grijpen soms directer in in het leven van lesbische vrouwen en homoseksuele mannen. Het nadelige effect van anti-homoseksuele wetten moet echter niet onderschat worden. Op verschillende manieren kunnen mensen het slachtoffer worden van dergelijke wetten:

- a. Wanneer een anti-homoseksuele wet wordt toegepast, betekent dit dat bepaalde individuen of organisaties concreet nadeel lijden: ze worden gehinderd die dingen te doen die ze graag zouden willen doen, ze worden veroordeeld tot geld- of vrijheidsstraf, ze worden uitgesloten van financiële of andere voordelen, enzovoort.
- b. En ook al wordt een bepaalde anti-homoseksuele wet niet toegepast, helemaal een dode letter wordt zij zelden. De wet kan altijd opnieuw van stal worden gehaald. Zij blijft bedreigen. Om die reden heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens ook beslist dat David Norris het 'slachtoffer' was van de Ierse anti-homowetgeving, hoewel die wetgeving vrijwel nooit werd toegepast.⁴
- c. In de derde plaats bevat elke anti-homoseksuele wet als het ware de beledigende mededeling - uitgesproken op gezag van de volksvertegenwoordiging - dat (een bepaalde vorm van) homoseksualiteit minder waard is dan (de overeenkomstige vorm van) heteroseksualiteit. Zelfs voor lesbische vrouwen en homoseksuele mannen die geen behoefte hebben aan de verboden handelingen (anale seks, het opvoeden van een kind, het bekijken van homoporno, enzovoort), is dat een pijnlijke mededeling.
- d. Tenslotte kunnen anti-homoseksuele wetten werken als aanmoediging tot - en als 'rechtvaardiging' van - andere vormen van homodiscriminatie. Zo heeft het bestaan van artikel 248bis, dat slechts seks (van meerderjarigen met minderjarigen van hetzelfde geslacht) verbood (zie paragraaf 1.1, hierboven) en op zichzelf niets te maken had met arbeidsovereenkomsten, een belangrijke rol gespeeld in diverse ontslagzaken.⁵ Dat onder het impliciete motto: Als de wetgever mag discrimineren, dan mag een werkgever het ook.

Deze vier soorten nadelige effecten bieden een (in ieder geval gedeeltelijke) verklaring voor het feit dat de homobeweging in vele landen meestal veel energie heeft gestoken in de politieke strijd tegen een bepaalde anti-homoseksuele wet. Een recent voorbeeld hiervan is de strijd die in Groot-Brittannië (en daarbuiten) is en wordt gevoerd tegen 'Section 28', een in 1988 ingevoerde bepaling die het de plaatselijke overheden verbiedt om homoseksualiteit te 'bevorderen'.⁶

4 Arrest van 26 oktober 1988, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Volume 142, paragrafen 31-34.

5 Kantongerecht Rotterdam 14 november 1950, NJ 1951, 338 (bankportier); Kantongerecht Haarlem 12 april 1957, NJ 458 (verpleger); Kantongerecht Leeuwarden 29 februari 1972, NJ 356 (biscuitfabriek). Zie de bijdrage van Mattijssen.

6 Zie over de totstandkoming, inhoud en werking van dit Britse wetje: Waaldijk 1988; Thomas and Costigan 1990; Jeffery-Poulter 1991, p. 218-259.

Deze 'populariteit' van wetten als object van homopolitieke actie valt mede te verklaren met de volgende twee constatering:

- Als actie-object hebben anti-homoseksuele wetten het 'oordeel' boven andere vormen van homodiscriminatie, dat zij onmiskenbaar anti-homoseksueel zijn. Het staat er met zoveel woorden in te lezen, terwijl het bijvoorbeeld meestal nauwelijks te bewijzen is dat iemand ontslagen of in elkaar geslagen is *wegens* haar seksuele gerichtheid.
- Het ter discussie stellen van een bestaande (of voorgestelde) wet kan gemakkelijk leiden tot veel publiciteit. Zelfs wanneer dit niet resulteert in het einde van de omstreden wet, kan het publieke debat bijdragen aan de verspreiding van informatie over homoseksualiteit. En dat kan dan weer leiden tot een vermindering van vooroordelen en discriminerende opvattingen en praktijken.

Er is dus een groot aantal redenen voor de homo- en lesbische beweging om anti-homoseksuele wetgeving en de bestrijding ervan niet te verwaarlozen. Vanuit die achtergrond zal ik hier het belangrijkste overblijfsel aan Nederlandse anti-homoseksuele wetgeving bespreken: de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk.

2 Bovenwettelijk discriminatieverbod

De Nederlandse wetgever (bestaande uit parlement en regering) is niet alleen afhankelijk van verkiezingsuitslagen, maar ook onderworpen aan fundamentele rechtsregels. Het Nederlandse staatsrecht erkent het bestaan van (geschreven en ongeschreven) bovenwettelijk recht. Een van de belangrijkste geschreven regels van bovenwettelijk recht is het gelijkheidsbeginsel, ook wel bekend als het discriminatieverbod. Het verbod is neergelegd in de Grondwet (paragraaf 2.1) en in diverse mensenrechten-verdragen (paragraaf 2.2) en gedeeltelijk ook in het recht van de Europese Gemeenschap⁷. Elke wet (dus ook het huwelijksrecht) moet daarmee in overeenstemming zijn.

Het gelijkheidsbeginsel is (en wordt) in Nederland bovendien uitgewerkt in anti-discriminatiewetgeving. Hoewel de ene wet niet onder- of bovengeschiedt kan zijn aan een andere wet, hebben anti-discriminatie wetten toch enige (indirecte) betekenis voor onderscheid dat gemaakt wordt in of op grond van andere wetten. Daarover gaat paragraaf 2.3.

2.1 Grondwet

Artikel 1 van de Grondwet luidt sinds 1983 als volgt:

'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.'

7 Zie over de EG-regels inzake sekse-discriminatie: Prechal and Burrows 1990.

Wat opvalt aan de formulering, is dat er niet in staat tot wie het gebod en het verbod zich richten. Daardoor is er discussie mogelijk over de vraag of het artikel ook geldt voor private personen en instellingen, dat wil zeggen in 'horizontale' verhoudingen.⁸ Deze vraag naar de eventuele 'horizontale werking' van het gelijkheidsbeginsel kan in deze bijdrage blijven rusten, omdat we het hier hebben over een 'verticale' verhouding: die tussen wetgever en burgers.

Dat het artikel in ieder geval geldt voor de organen van de overheid, en dus ook voor de wetgever, is onomstreden. De wetgever mag niet discrimineren. Vaststelling of instandhouding van een discriminerende wet is dus in strijd met de Grondwet.

Het is de rechter echter verboden om de (on-)grondwettigheid van wetten te beoordelen (artikel 120 van de Grondwet). De rechter - en alle andere personen en instanties die belast zijn met de uitvoering van wetten - zullen een wet dus moeten toepassen ongeacht eventuele strijd met de Grondwet. In formele zin is het dus de wetgever zelf die het laatste woord heeft over de vraag of de Grondwet in de weg staat aan invoering of handhaving van een bepaalde wet. 'In formele zin', want niets belet oppositie, belangenorganisaties en media om de regering en (de meerderheid van) het parlement luidruchtig van ongrondwettig handelen te beschuldigen, en evenmin om te ijveren voor latere wetgeving ter opheffing van de ongrondwettigheid.

Terwijl de rechter dus niet bevoegd is om een wet aan de Grondwet te toetsen, mag hij wel trachten om een *grondwetsconforme uitleg* aan een wet te geven.⁹ Uitleg conform artikel 1 lijkt goed mogelijk wanneer een wet slechts een regeling bevat voor een bepaalde groep mensen (bijvoorbeeld heteroseksuele paren) en de wetgever zich destijds blijkbaar niet gerealiseerd heeft dat ook andere groepen mensen (bijvoorbeeld geslachtsgelijke koppels) zich in dezelfde situatie kunnen bevinden. De Hoge Raad heeft echter geweigerd om een dergelijke interpretatie toe te passen op de huwelijksbepalingen uit het Burgerlijk Wetboek.¹⁰

De eerste zin van artikel 1 wordt wel het *gelijkheidsbeginsel* genoemd, de tweede het *discriminatieverbod*. Veel verschil is er niet tussen beide regels. Het gelijkheidsbeginsel verplicht tot gelijke behandeling, maar niet altijd: alleen in 'gelijke gevallen'. Het discriminatieverbod verbiedt ongelijke behandeling, maar niet altijd: alleen wanneer die ongelijke behandeling 'discriminatie' zou opleveren. Of artikel 1 van toepassing is, hangt dus af van de vraag welke gevallen als 'gelijk', en welke onderscheidingen als 'discriminerend' moeten worden beschouwd.

Onder 'gelijke gevallen' verstaat men gevallen waartussen geen in verband met

8 De in de praktijk niet eenduidig beantwoorde vraag in hoeverre artikel 1 van de Grondwet 'horizontale werking' heeft, zal aan belang verliezen zodra het Wetboek van Strafrecht en de Algemene wet gelijke behandeling de meeste vormen van discriminatie door particulieren zullen verbieden; zie Bergamin 1989, p. 47-49. Zie verder de bijdragen van Mattijssen en Haveman en Moerings aan deze bundel.

9 Zie over deze mogelijkheid om een wet zodanig te interpreteren dat zij zo veel mogelijk in overeenstemming is met de Grondwet: Van Maarseveen 1966, p. 260; Prakke 1972, p. 69; Handelingen I, 1978-79, p. 1162 en 1202.

10 HR 19 oktober 1990, par. 3.3, zie noot 81. Zie Waaldijk 1991, p. 49.

de beoogde behandeling *relevante verschillen* bestaan.¹¹ En onder 'discriminatie' wordt *ongerechtvaardigd onderscheid* verstaan.¹² Op de vraag welke verschillen 'relevant' en welke onderscheidingen 'gerechtvaardigd' zijn, zijn echter weer allerlei - subjectief gekleurde - antwoorden mogelijk. Om toch een min of meer objectieve toepassing van artikel 1 mogelijk te maken, heeft de juridische dogmatiek die vage begrippen nader afgebakend met behulp van het (ongeschreven) redelijkheidsbeginsel en het (eveneens ongeschreven) motiveringsbeginsel en met behulp van de in het artikel gegeven opsomming van discriminatiegronden.

Zo wordt de eerste zin van artikel 1 opgevat als een verbod van willekeur door de wetgever.¹³ Een ongelijke behandeling van groepen is verboden 'indien deze groepen in redelijkheid niet als ongelijke gevallen mogen worden aangemerkt'.¹⁴ Het redelijkheidsbeginsel klinkt ook door in de gangbare interpretatie van het begrip 'discriminatie' als onderscheid waarvoor geen *redelijke en objectieve* rechtvaardiging bestaat.¹⁵ Volgens het rapport 'Gelijk in de praktijk' betekent dit onder meer dat het onderscheid 'noodzakelijk en geschikt moet zijn om het doel van de regeling - dat op zichzelf ook gerechtvaardigd moet zijn - te bereiken'.¹⁶

Tevens wordt aangenomen dat de 'bewijslast' rust op degene die ongelijk behandelt.¹⁷ De wetgever zal door hem gemaakt onderscheid dus moeten *motiveren*. Op hem rust de plicht om aan te tonen dat het verschil tussen de ongelijk behandelde groepen in redelijkheid relevant is, respectievelijk dat het gemaakte onderscheid objectief en redelijk gerechtvaardigd is. De door het kabinet overgenomen aanbeveling van die strekking uit het rapport 'Gelijk in de praktijk'¹⁸ heeft alleen betrekking op de (memorie van toelichting bij) nieuwe wetsvoorstellen. Via het parlementaire inlichtingenrecht van artikel 68 van de Grondwet kan echter ook een motivering voor het in stand laten van bestaand wettelijk onderscheid afgedwongen worden.

Deze redelijkheids- en motiveringseisen laten nog veel ruimte aan degene die artikel 1 moet toepassen, in dit geval dus aan de wetgever. Die ruimte wordt echter enigszins ingeperkt door de *opsomming van gronden* in de tweede zin van het grondwetsartikel.

De regering had aanvankelijk een limitatieve opsomming van gronden voorgesteld: 'Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht is niet toegestaan'.¹⁹ Zowel bij de Raad van State,²⁰ als bij de

11 Kamerstukken II, 1975-76, 13872, nr. 4, Bijlage II, p. 86.

12 Handelingen II, 1976-77, p. 2151; Burkens 1982, p. 61; zie voor een afwijkende opvatting: Mulder 1985, p. 78-79 en Mulder 1987, p. 111.

13 Burkens 1982, p. 60; Alkema 1987, p. 65.

14 Aldus de regering tijdens de totstandkoming van artikel 1, Kamerstukken II, 1976-77, 13872, nr. 7, p. 17.

15 Handelingen II, 1976-77, p. 2151; Burkens 1982, p. 61; Hirsch Ballin 1988, p. 140.

16 Rapport van de interdepartementale juridische werkgroep gelijkheidsbeginsel (IWEG), Ministerie van Justitie, Den Haag 1990, p. 12.

17 Mulder 1987, p. 110; Holterman 1988, p. 126; Hirsch Ballin 1988, p. 140.

18 Zie noot 16, p. 35.

19 Kamerstukken II, 1975-76, 13872, nr. 2.

20 Idem, nr. 4, Bijlage I, p. 59 en 63.

Tweede Kamer²¹ bestond bezwaar tegen de voorgestelde limitatieve opsomming. De Raad van State vroeg zich af of daaraan niet het gevaar verbonden was dat 'een dekmantel is aangereikt voor discriminatie op grond van (...) bijvoorbeeld de nationaliteit, het homofiel zijn, de afkomst'.²² In de Tweede Kamer werden als buitenschot gelaten gronden onder meer genoemd: 'seksuele geaardheid'²³ en 'burgerlijke staat'.²⁴ Een door het kamerlid Bakker ingediend amendement tot toevoeging van de woorden '*of op welke grond dan ook*'²⁵ werd vanuit de kamer niet bestreden. Het werd vervolgens door de regering overgenomen.²⁶

Over de betekenis van de woorden 'welke grond dan ook' is sindsdien veel geschreven. Enkele auteurs hebben een beperkte uitleg van die woorden bepleit.²⁷ Dat zou echter haaks staan op de letterlijke tekst en op de bedoeling van de Grondwet.²⁸ Elke denkbare discriminatiegrond valt onder het grondwettelijke discriminatieverbod²⁹, dus niet alleen het 'enkele feit' van het in zich hebben van een bepaalde 'geaardheid', maar ook de hele gerichtheid (in woord, daad en partnerkeuze) van iemand met bepaalde (bijvoorbeeld biseksuele of pedofiele) voorkeuren. Dat discriminatie wegens seksuele gerichtheid onder het verbod van artikel 1 valt, is inmiddels ook in de jurisprudentie erkend.³⁰

De vraag is vervolgens of er nog betekenis toekomt aan het uitdrukkelijk genoemd worden van bepaalde discriminatiegronden. Men kan ervan uitgaan dat onderscheid wegens een van de in het artikel genoemde gronden altijd '*verdacht*' is en dus een extra zware rechtvaardiging behoeft.³¹ Een dergelijke aanscherping van de motiveringsplicht wordt echter ook wel aangenomen ten aanzien van enkele niet genoemde gronden zoals burgerlijke staat en seksuele gerichtheid.³²

Sommige politici en rechters zullen slechts in geval van onderscheid wegens homoseksuele 'geaardheid' een extra zware motivering verlangen ('omdat men daar niets aan kan doen'), en in geval van onderscheid wegens homoseksueel gerichte uitingen veel eerder tevreden zijn. In dat verband is het van belang erop te wijzen dat alle Nederlandse anti-homoseksuele wetgeving niet alleen onderscheid maakt wegens seksuele gerichtheid, maar ook wegens geslacht. Bijvoorbeeld: mannen mogen wel met vrouwen trouwen, maar vrouwen niet. Het is onomstreden dat onderscheid wegens geslacht een extra zware rechtvaardiging vergt.

De zwaarte van de aan de rechtvaardiging van enig onderscheid te stellen eisen

21 Idem, nr. 6, p. 23-27.

22 Idem, nr. 4, p. 63.

23 Idem, nr. 6, p. 24 en 26.

24 Idem, p. 27.

25 Kamerstukken II, 1976-77, 13872, nr. 18.

26 Handelingen II, 1976-77, p. 2154.

27 Burkens 1982, p. 63; Hirsch Ballin 1988, p. 144.

28 Kamerstukken II, 1981-82, 16905, nr. 5, p. 16.

29 Akkermans e.a. 1987:58; rapport 'Gelijk in de praktijk' (zie noot 16), p. 30.

30 Hof Amsterdam 10 december 1987 (zaak COC-Simonis), par. 4.7, NJCM-Bulletin 1989, p. 315; HR 10 januari 1992 (nr. 14.453).

31 Rapport 'Gelijk in de praktijk' (zie noot 16), p. 10 en 35; vergelijk Den Boer 1987, p. 133.

32 Rapport 'Gelijk in de praktijk' (zie noot 16), p. 10; vergelijk Hirsch Ballin 1988, p. 140-144.

wordt ook wel gerelateerd aan de vraag ten nadele van wie dat onderscheid werkt. Onderscheid ten nadele van vrouwen, kleurlingen of homoseksuelen zou dan een zwaardere rechtvaardiging behoeven, dan onderscheid ten nadele van mannen, blanken of heteroseksuelen. De reden om aldus verschil te maken ligt erin dat onderscheid van het eerste type overeenkomt met (congruent is aan) een algemeen maatschappelijk patroon van discriminatie. Van Maarseveen³³ spreekt daarom van 'congruente discriminatie' (tegenover 'discongruente discriminatie'). De term 'dominerend onderscheid' lijkt mij echter inzichtelijker. Dat anti-homoseksuele wetgeving een vorm van *dominerend onderscheid* is, moge duidelijk zijn.

2.2 Mensenrechtenverdragen

Van het Nederlandse recht maken ook internationale regels deel uit.

Bepaalde categorieën internationale regels mogen en moeten zelfs door de rechter toegepast worden. Wanneer internationale regels door de rechter toegepast mogen worden, zegt men dat zij *rechtstreekse werking* hebben (men spreekt ook wel van 'directe werking'). Volgens artikel 93 van de Grondwet geldt dat onder meer voor verdragsbepalingen 'die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden'.³⁴ Het is meestal de rechter die beslist of een verdragsbepaling beschouwd kan worden als 'een-ieder-verbindend'. Met andere woorden: de rechter beslist op welke verdragsbepalingen de burger bij de rechter een beroep kan doen. De rechter let daarbij op de formulering, de aard, de strekking en de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling.³⁵ Sommige bepalingen lenen zich op grond van die criteria niet voor directe toepassing door de rechter, zoals bijvoorbeeld het aan het eind van deze paragraaf te bespreken artikel 5 van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen discriminatie van vrouwen. Dergelijke niet-rechtstreekswerkende bepalingen binden niet 'een ieder', maar wel de wetgever.

Wanneer een verdragsbepaling wel een-ieder-verbindend is (wel rechtstreeks werkt), dan heeft zij ook *voorrang* op nationale regels - zelfs op regels vastgelegd in parlementaire wetten (artikel 94 van de Grondwet). Dat betekent onder meer dat de Nederlandse rechter verplicht is wetten te toetsen aan verdragsbepalingen van de hier bedoelde categorie. In die zin hebben bepaalde verdragen in Nederland dus een grotere betekenis dan de Grondwet.

Van vele bepalingen uit mensenrechtenverdragen neemt de Nederlandse rechter aan dat zij 'een ieder verbinden'. Dat geldt met name ook voor de hieronder te bespreken discriminatieverboden in de voornaamste mensenrechtenverdragen. Op die verbodsbepalingen kan men zich bij de Nederlandse rechter dus beroepen. Maar niet alleen daar. In de eerste plaats kan iedereen regering en parlement er telkens aan herinneren dat zij niet alleen onderworpen zijn aan een - door henzelf te

33. Van Maarseveen 1990, p. 27-28.

34. Dat is een wat ongelukkige formulering: bedoeld wordt niet dat dergelijke bepalingen voor een ieder verplichtingen ('binding') met zich mee moeten kunnen brengen, maar slechts dat dergelijke bepalingen aan 'een ieder' concrete rechten moeten kunnen verlenen.

35. Kortmann 1990, p. 194-195.

handhaven - grondwettelijk discriminatieverbod, maar ook aan - door rechters gehandhaafde - internationale discriminatieverboden. In de tweede plaats voorziet zowel het Europese Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) als het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) in internationale toezichtsprocedures. Vermoede schendingen van het EVRM kunnen voorgelegd worden aan de Europese Commissie voor de rechten van de mens, en daarna eventueel aan het Europese Hof voor de rechten van de mens. En over vermoede schendingen van het IVBPR kan het oordeel gevraagd worden van het Comité voor de rechten van de mens.

Artikel 26 van het voor Nederland in 1979 in werking getreden Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) luidt als volgt:

‘Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.’

Vroeger werd wel beweerd dat artikel 26 geen betrekking zou hebben op discriminatie in wetten. Het Comité voor de rechten van de mens heeft echter als zijn oordeel gegeven dat het verbod zich ook tot de wetgever richt.³⁶ In hetzelfde oordeel heeft het Human Rights Committee bevestigd dat onder ‘discriminatie’ verstaan moet worden: onderscheid dat niet is gebaseerd op redelijke en objectieve criteria.³⁷

Ook in het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (het EVRM, dat in 1954 voor Nederland in werking is getreden) komt een discriminatieverbod voor, artikel 14:

‘Het genot van de rechten en vrijheden, die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.’

Het toepassingssterrein van dit artikel is beperkter dan dat van artikel 1 van de Grondwet of van artikel 26 IVBPR. Het verbod van artikel 14 EVRM heeft namelijk geen onafhankelijk, maar een *complementair* karakter. Het richt zich slechts tegen discriminatie in relatie tot de uitoefening van (andere) rechten en vrijheden die door het EVRM worden gegarandeerd. Dat wil uiteraard niet zeggen dat voor een geslaagd beroep op artikel 14 nodig is dat ook ten minste een van die (andere) rechten en vrijheden is geschonden - als dat wel zo was, zou het artikel niets toevoegen aan de andere verdragsbepalingen. Artikel 14 is van belang, zodra de beweerd discriminatie

36 Beslissing van 9 april 1987 (in de zaak Broeks tegen Nederland), *NJCM bulletin* 1987, 377-391, par. 12.

37 Idem, par. 13.

natie zich voordoet 'in de sfeer' van een van de andere rechten en vrijheden.³⁸ Een beroep op artikel 14 zal dus altijd mede betrekking moeten hebben op een van de andere bepalingen van het EVRM (bijvoorbeeld het recht op privé-leven en familie- of gezinsleven³⁹).

Hoewel in de Nederlandse vertaling van artikel 14 EVRM het woord 'onderscheid' gebruikt wordt, gaat het hier om vrijwel hetzelfde discriminatie-begrip als in Grondwet en IVBPR. Het gaat om ongelijke behandeling van gelijke gevallen zonder dat daarvoor een *objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond* bestaat, of zonder dat daarbij *evenredigheid* bestaat tussen het beoogde doel en de gebezigde middelen.⁴⁰

In de internationale opsommingen van verboden discriminatiegronden ontbreekt *seksuele gerichtheid*. De opsomming in artikel 26 IVBPR en in artikel 14 EVRM is echter niet limitatief (dat blijkt uit de woorden 'op welke grond ook, zoals'). De Hoge Raad heeft inmiddels erkend dat discriminatie wegens 'seksuele geaardheid' onder artikel 26 IVBPR valt en de Europese Commissie voor de rechten van de mens dat dit onder artikel 14 EVRM valt.⁴¹ Bovendien kan discriminatie wegens homo- of heteroseksuele gerichtheid beschouwd worden als discriminatie wegens 'andere status' en als discriminatie wegens geslacht. Een voorbeeld ter toelichting van dat laatste: de vrouw die niet mag trouwen met haar vriendin wordt niet alleen gediscrimineerd wegens het homoseksuele karakter van haar relatie, maar ook vanwege haar eigen geslacht - mannen mogen immers wel met die vriendin trouwen.⁴²

In het internationale recht komen nog veel meer discriminatie-verboden voor.⁴³ Voor wat betreft de bestrijding van anti-homoseksuele wetgeving, voegen al deze regels echter weinig toe aan de bepalingen van het IVBPR en het EVRM.

Bijzondere vermelding verdient echter een van de verplichtingen die voortvloeien uit het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrou-

38 Europese Hof voor de rechten van de mens 23 juli 1968 (Belgische taal-zaak), Series A, Volume 6, paragraaf 10; Van Dijk en Van Hoof 1990, p. 588-592.

39 Artikel 8 van het EVRM. In de belangrijke Dudgeon-zaak bijvoorbeeld, was zowel een beroep gedaan op artikel 8 op zichzelf, als op artikel 14 in relatie tot artikel 8. Het Europese Hof voor de rechten van de mens concludeerde dat het Noordierse algemene verbod op seks tussen mannen inderdaad een schending van artikel 8 opleverde. Het vond het vervolgens niet nodig om na te gaan of er ook sprake was van een schending van artikel 14. Zie het arrest van 22 oktober 1981, Series A, Volume 45, par. 52, 60, 66, 70.

40 Van Dijk en Van Hoof 1990:594-597; Europese Hof voor de Rechten van de Mens 23 juli 1968 (zie noot 38).

41 HR 19 oktober 1990, overweging 3.6, zie noot 81; Europese Commissie voor de rechten van de mens, X v Germany, no. 5935/72, Yearbook XIX (1976), p. 276.

42 Deze redenering is nader uitgewerkt door Pannick 1983, p. 282. Zie ook 'Advies over de wenselijkheid van een wet tegen seksediscriminatie', Emancipatiecommissie, Rijswijk 1977, p. 39.

43 Zie onder meer de artikelen 2 en 7 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens; artikel 2 van het Internationale Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten; de artikelen 7, 48 en 119 van het Verdrag tot oprichting van de EEG, alsmede de daarop gebaseerde richtlijnen (zie noot 7); en het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.

wen.⁴⁴ Artikel 5 van dat verdrag verplicht Nederland tot het nemen van alle passende maatregelen om:

‘het sociale en culturele gedragsspatroon van de man en de vrouw te veranderen ten einde te komen tot de uitbanning van vooroordelen, van gewoonten en van alle andere gebruiken, die zijn gebaseerd op de gedachte van minderwaardigheid of meerderwaardigheid van één van beide geslachten of op de stereotiepe rollen van mannen en vrouwen’.

Dit artikel is een goed voorbeeld van een verdragsbepaling die geen rechtstreekse werking heeft.⁴⁵ Dat de verplichting van dit artikel ook de wetgever treft, kan niet ontkend worden. Dat de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk gebaseerd is op een stereotiepe rolverdeling tussen vrouw en man, behoeft evenmin betoog.

2.3 Anti-discriminatiewetgeving

In diverse al bestaande of voorgestelde bepalingen van Nederlandse wetten wordt onderscheid of discriminatie op bepaalde met name genoemde gronden verboden.⁴⁶ Alle parlementaire wetten hebben dezelfde rang in de normen-hiërarchie. Dat betekent onder meer dat de rechter de ene (discriminerende) wet niet mag toetsen aan de andere (anti-discriminatie-) wet. Indien toepassing van de ene wet zich niet verdraagt met toepassing van de andere wet, dan zal de rechter aan de *bijzondere wet* voorrang verlenen boven de algemene wet (op grond van de ‘lex-specialis-regel’). Meestal zal de discriminerende wet als de ‘bijzondere wet’ worden aangemerkt, en de anti-discriminatiewet (die allerlei terreinen bestrijkt) als de ‘algemene wet’. Laatstgenoemde wet zal de eerstgenoemde wet dan niet aantasten.⁴⁷

Een wettelijk algemeen verbod van discriminatie zal wél van belang kunnen zijn bij discriminerende *toepassing* van een bijzondere wet die zelf niet discrimineert.⁴⁸ Het feit dat iemand de bevoegdheid om iets te doen ontleent aan een wet, betekent immers niet dat hij of zij bij de uitoefening van die bevoegdheid niet gebonden zou zijn aan andere wetten, zoals bijvoorbeeld de Algemene Wet Gelijke Behandeling.

44 Gesloten in New York, 18 december 1979, Tractatenblad 1980, 146; het zal binnenkort in werking treden voor Nederland.

45 Zie hierover Lijnzaad 1991, p. 7.

46 Zie de bijdragen van Mattijssen en Haveman en Moerings.

47 Het is dan ook enigszins overbodig dat artikel 4 van de voorgestelde Algemene Wet Gelijke Behandeling (Kamerstukken II, 1990-91, 22014) bepaalt, dat die wet onverlet laat: ‘onderscheid dat gemaakt wordt bij of krachtens enige andere wet, welke voorafgaand aan deze wet in werking is getreden’. Zelfs onderscheid dat gemaakt wordt ‘bij’ (dat wil zeggen: in) een wet die ná de Algemene Wet Gelijke Behandeling in werking treedt, zal niet getroffen worden door de bepalingen van die algemene wet.

48 Niet valt in te zien waarom de voorschriften van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (volgens de in de voorgaande noot aangehaalde bepaling) niet van toepassing zouden mogen zijn op onderscheid dat gemaakt wordt op grond van reeds bestaande - zelf niet tot zulk onderscheid verplichtende - wetten. Bij (het nieuwe) artikel 429quater van het Wetboek van Strafrecht wordt een dergelijke overgangsbepaling ook niet nodig geacht. De woorden ‘of krachtens’ moeten volgens mij daarom geschrapt worden in het voorgestelde artikel 4 van de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Zie hierover ook het NJCM-commentaar op het voorstel voor een Algemene Wet Gelijke Behandeling, in NJCM-Bulletin 1991, p. 262-263.

Anti-discriminatie-bepalingen in wetten kunnen echter niet alleen van belang zijn voor de toepassing van andere wetten, maar ook voor de *toetsing* van die wetten aan het (bovenwettelijke) discriminatieverbod. Zoals hierboven beschreven gaat het bij de politieke toetsing van wetten aan artikel 1 van de Grondwet en bij de rechterlijke toetsing van wetten aan artikel 26 van het IVBPR veelal om de vraag welk onderscheid als objectief en redelijk gerechtvaardigd kan worden beschouwd. Bij het beantwoorden van die vraag kunnen zowel rechters als politici een houvast vinden in de inhoud van anti-discriminatiewetten. Wanneer de wetgever het maken van bepaalde vormen van onderscheid aan 'de maatschappij' verbiedt en met sancties bedreigt, dan kan men het moeilijk 'objectief' en 'redelijk' gerechtvaardigd noemen dat de wetgever zelf vergelijkbaar onderscheid blijft maken. Van de wetgever mag verlangd worden dat hij consequent is, en het goede voorbeeld geeft.

3 Geslachtsverschil als huwelijksvereiste

3.1 *Waar staat dat geslachtsverschil een huwelijksvereiste is?*

In het Burgerlijk Wetboek staat een groot aantal vereisten vermeld waaraan men moet voldoen om een huwelijk aan te kunnen gaan. Nergens eist het BW echter dat de aanstaande echtgenoten van verschillend geslacht moeten zijn. Een huwelijksvereiste 'geslachtsverschil' werd wel eens gelezen⁴⁹ in artikel 33 van Boek 1 BW:

'De man kan tegelijkertijd slechts met een vrouw, de vrouw slechts met een man door het huwelijk verbonden zijn.'

Een dergelijke lezing van dat artikel is echter onjuist. In de eerste plaats impliceert het woord 'tegelijkertijd' dat de woordjes 'een' telwoorden en geen lidwoorden zijn. In de tweede plaats blijkt uit de wetsgeschiedenis van artikel 33 dat daarmee niet beoogd werd geslachtsverschil als huwelijksvereiste vast te leggen.⁵⁰ In de jurisprudentie wordt ter onderbouwing van het heteroseksuele karakter van het huwelijk ook nooit naar dit artikel van het BW verwezen.

Desalniettemin gaan jurisprudentie⁵¹ en literatuur⁵² ervan uit dat twee mensen van hetzelfde geslacht niet met elkaar kunnen trouwen.

De lagere rechtspraak beroept zich daarbij vooral op het *stelsel* van de bepalingen van Boek 1 BW.⁵³ Uit allerlei artikelen van Boek 1 (bijvoorbeeld artikel 33) kan

49 Zie de verwijzingen bij Waaldijk 1987, p. 645.

50 Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 1, Personen- en familierecht, C.J. van Zeben (red.), Deventer z.j., p. 135-137.

51 Hof Den Haag 18 juni 1981, NJ 1983, 94; President Rechtbank Amsterdam 13 september 1984, KG 280; Hoge Raad 24 februari 1989, NJ 741; Rechtbank Amsterdam 13 februari 1990, NJCM-Bulletin 1990, p. 456-460; Rechtbank Rotterdam 5 december 1988, NJ 1989, 871; Hof Den Haag 2 juni 1989, NJ 871; Hoge Raad 19 oktober 1990 (zie noot 81).

52 Zie de literatuur vermeld in paragraaf 3.2 van de conclusie van Advocaat-Generaal Moltmaker vóór HR 19 oktober 1990 (zie noot 81) en verder de verwijzingen bij Waaldijk 1987, p. 645.

53 Rechtbank Amsterdam 13 februari 1990, Rechtbank Rotterdam 5 december 1988, Hof Den Haag 2 juni 1989 (zie noot 51).

men inderdaad afleiden dat de wet slechts huwelijken tussen man en vrouw regelt. Het wetssystematische argument lijkt dus sterk. Het komt echter wel meer voor dat de wetgever de regeling van bepaalde (vroeger niet of minder vaak voorkomende) zaken 'vergeten' blijkt te zijn. In het privaatrecht zal de rechter dan vaak met analoge toepassing van de regels die gelden voor de wel geregelde zaken tot een bevredigende oplossing kunnen komen. Juist op het terrein van het personen- en familierecht heeft de Hoge Raad zich bereid getoond tot zulk analoog redeneren.⁵⁴ 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.

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 suggestie dat maatschappelijke ontwikkelingen en het gelijkheidsbeginsel zouden pleiten voor een ruimere interpretatie van het huwelijksrecht, werd door de Hoge Raad van de hand gewezen.⁵⁵

3.2 Toezicht op de toepassing van het huwelijksvereiste

Voor het toezicht op naleving van de aldus geconstateerde ontoelaatbaarheid van gelijkgeslachtelijke huwelijken, is het van belang dat sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 19 oktober 1990⁵⁶ niet meer volgehouden kan worden dat geslachtsgelijkheid 'een der in de artikelen 31-34 en 41 van dit Boek omschreven huwelijksbelet-selen' is in de zin van artikel 57 en artikel 53, eerste lid, van Boek 1 BW.⁵⁷ Derhalve zijn deze bepalingen niet van toepassing op een voorgenomen homo-huwelijk. Het is de ambtenaar van de burgerlijke stand dus niet verboden om op verzoek van twee vrouwen of twee mannen mee te werken tot huwelijksaangifte of huwelijksvoltrekking (verplicht is hij daartoe uiteraard niet). Bovendien is de officier van justitie niet bevoegd (en al helemaal niet verplicht) om een dergelijk 'huwelijk' door stuiting tegen te houden.

Een gelijkgeslachtelijk huwelijk komt ook niet in aanmerking voor de als 'nietig-verklaring' aangeduide vernietiging volgens artikel 69 van Boek 1 BW. Dat artikel gaat immers uit van het bestaan van een huwelijk, aldus Hof Den Haag 18 juni 1981.⁵⁸ Volgens die uitspraak is een huwelijk tussen twee mensen van hetzelfde geslacht niet bestaanbaar. Mocht zo een 'huwelijk' toch gesloten zijn, dan moet het volgens het Hof geacht worden nimmer te hebben bestaan. Er bestaat geen reden

54 Bijvoorbeeld inzake ouderlijke macht voor niet meer of niet gehuwden: HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510; HR 21 maart 1986, NJ 585-588.

55 HR 19 oktober 1990, overweging 3.3, zie noot 81. Voor kritiek op de redenering van de Hoge Raad, zie Waaldijk 1991, p. 48-49.

56 RvdW 176.

57 De nadruk op 'omschreven' is van mij, W.

58 NJ 1983, 94.

om aan te nemen dat de uitspraak van de Hoge Raad van 19 oktober 1990 verandering heeft gebracht in deze in de literatuur algemeen aanvaarde opvatting.⁵⁹

Dat betekent ook dat de ambtenaar die een 'homo-huwelijk' sluit, niet strafbaar is op grond van artikel 379, tweede lid, Wetboek van Strafrecht. Dat lid bedreigt immers slechts straf tegen de 'ambtenaar van de burgerlijke stand die iemands *huwelijk* sluit, wetende dat daartegen enig (...) wettig beletsel bestaat'.⁶⁰ Welnu, volgens de heersende leer is er bij een zogenaamde huwelijksvoltrekking tussen twee vrouwen of twee mannen geen sprake van de sluiting van een 'huwelijk'. Bovendien kan men zich afvragen of iets dat de wetgever vroeger zo vanzelfsprekend vond dat hij het niet in de wet heeft neergelegd (namelijk het huwelijksbeletsel geslachtsgelijkheid), wel een 'wettig' beletsel is. Anders dan in de op 19 oktober 1990 door de Hoge Raad besliste zaak gaat het daarbij over een vraag van strafrecht, en daarbij speelt het legaliteitsbeginsel een strenge rol.⁶¹

Er blijven dus slechts enkele sancties over ter handhaving van wat men het 'homo-huwelijksverbod' kan noemen: Een ieder kan zich te allen tijde op het niet-bestaan van een (eventueel gesloten) 'homo-huwelijk' beroepen.⁶² En de officier van justitie kan op grond van artikel 29, eerste lid, van Boek 1 BW doorhaling van de desbetreffende akte vorderen.⁶³

Sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 19 oktober 1990 zal het voorlopig echter wel moeilijk zijn een ambtenaar van de burgerlijke stand te vinden die bereid is om ten aanzien van twee vrouwen of twee mannen de formaliteiten van het huwelijk te voltrekken.⁶⁴

4 Gevolgen van het huwelijk

4.1 Status en symboliek

In *juridisch* opzicht is (het) 'huwelijk' niets meer dan een juridisch-technisch koppelbegrip zonder inhoud. Wat dat betreft lijkt het op andere lege juridische begrippen, zoals nationaliteit⁶⁵, rechtspersoonlijkheid⁶⁶ of vaderschap⁶⁷. Al deze

59 Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 1, Personen- en familierecht, C.J. van Zeben (red.), Deventer z.j., p. 212 en 223-224; Pitlo/Rood-de Boer 1989, p. 108; Asser/De Ruiter II, 1986, p. 74.

60 De nadruk op 'huwelijk' is van mij, W.

61 Vergelijk de bijdrage van Haveman en Moerings.

62 Zie Asser/De Ruiter II, 1986, p. 74.

63 Zoals geschiedde in de procedure beslist door Hof Den Haag 18 juni 1981, NJ 1983, 94.

64 In de Gemeente Rheden zijn in 1990 twee raadsleden, die bereid waren om homo-huwelijken te voltrekken, benoemd tot ambtenaar van de burgerlijke stand. De Rechtbank van Arnhem heeft op 21 november 1990 echter geweigerd hen te beëdigen, omdat zij het waarschijnlijk achtte dat de twee ambtenaren hun ambt zouden 'aanwenden ten einde daarin in strijd met de wet en openbare orde zijnde ambtsverrichtingen uit te oefenen'. (De uitspraak, waartegen beroep in cassatie is ingesteld, is weergegeven in: Het Personeel Statuut, jrg. 1991, p. 25-27.)

65 De Groot 1988, p. 13-17.

66 Waaldijk 1985, p. 19.

begrippen krijgen slechts juridische betekenis indien en voor zover er rechtsgevolgen worden verbonden aan het hebben van de status van 'Nederlander', van 'rechtspersoon', van 'vader van dit kind', van 'gehuwd' of van 'gehuwd met deze persoon'.

In *maatschappelijk* opzicht is het huwelijk bovendien een symbool.⁶⁸ En als symbool heeft het slechts gedeeltelijk betrekking op de rechtsgevolgen die verbonden (kunnen) zijn aan de gehuwde staat (zoals onderhoudsplicht, gezamenlijke ouderlijke macht, gemeenschap van goederen, erfrecht). Als symbool staat het huwelijk juist ook voor allerlei zaken waarmee de wetgever zich - gelukkig! - niet (of althans niet rechtstreeks) bemoeit: seks met elkaar, kerkelijke inzegening, het letterlijk delen van tafel en bed, 'tot de dood ons scheidt', geen seks met derden, kinderen krijgen, huisvrouw-en-kostwinnertje-spelen.

Kortom: allerlei 'burgerlijke' zaken die juist niet vallen onder de 'burgerlijke betrekkingen' waar artikel 30 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek over spreekt. Wie getrouwd is, mag desgewenst van dat alles afblijven. En wie er deel aan wil hebben, heeft geen juridisch huwelijk nodig.

In discussies over de eventuele wenselijkheid van de mogelijkheid van een gelijkgeslachtelijk huwelijk lopen de rechtsgevolgen en de symboliek van het huwelijk door elkaar.

Tegenstanders wijzen niet alleen op enkele nadelige rechtsgevolgen van het gehuwd zijn, maar ook op de vrouw-vijandigheid van de klassieke rolverdeling in het huwelijk, de niet waar te maken duurzaamheidsillusie, de beperktheid van huisje-bedje-kindje, het ten onder gaan als individu in een twee-eenheid, en ook wel op de solidariteit met alleenstaanden en mensen met meer-persoons-relaties.

Voorstanders op hun beurt beroepen zich vaak niet alleen op voordelige rechtsgevolgen (vooral die zaken die men niet goed kan regelen buiten het huwelijk om), maar ook op het grievende karakter van de bestaande uitsluiting, de met het huwelijk gepaarde gaande belofte van 'trouw', de maatschappelijke erkenning die toelating tot het huwelijksinstituut zou betekenen, en ook wel op de wens om tegen het huwelijk te kunnen protesteren door te weigeren er aan mee te doen (zoals een dienstweigeraar voorstander van de dienstplicht kan zijn).

In juridisch opzicht, en dus in deze bijdrage, gaat het uiteraard om de rechtsgevolgen van het huwelijk. Symboliek is echter niet onbelangrijk. Ook al niet, omdat symbolen invloed hebben op mensen die het recht en de werkelijkheid beïnvloeden.

Enerzijds is de wettelijke heteroseksuele exclusiviteit - afgezien van alle rechtsgevolgen - een weerzinwekkende belediging aan het adres van vrouwen en mannen met een op het eigen geslacht gerichte relationele voorkeur. Er zal daarom ooit een einde moeten komen aan de situatie dat de staat een bepaalde status alleen maar beschikbaar heeft voor hetero-stellen. Anderzijds moet voorkomen worden dat een

67 Waaldijk 1991, p. 51 en 54.

68 Zie IJssel 1991. Zie over de kerkelijke zegening van onder meer homo-relaties binnen de Remonstrantse Broederschap: Geurtsen, Hofmeijer en Zondervan 1991.

ook voor homo-stellen toegankelijk huwelijksinstituut nog sterker dan het huidige hetero-huwelijk wordt tot een symbool van - en een juridisch-technisch instrument voor - de maatschappelijke gedachte dat alleen paren *echt* meetellen.

Voorlopig zal dit dilemma in Nederland zich in deze vorm echter wel niet voordoen. De politieke en juridische discussie zal de rest van deze eeuw immers gaan over de vraag hoe aan de afzonderlijke rechtsgevolgen van het huwelijk de exclusieve binding met de gehuwde staat ontnomen kan worden.

4.2 Rechtsgevolgen

De meeste rechtsgevolgen van het huwelijk worden beschreven in andere bijdragen aan deze bundel.⁶⁹ Hier kan daarom volstaan worden met een kort overzicht van de belangrijkste rechtsgevolgen. Daarbij kan men drie groepen rechtsgevolgen onderscheiden:

*a. Rechtsgevolgen betreffende de onderlinge relatie van de partners.*⁷⁰ Sommige van deze gevolgen (zoals onderlinge onderhoudsplicht, gemeenschappelijke eigendom, erfrecht) kunnen ook buiten het huwelijk om bemachtigd worden, bijvoorbeeld door een samenlevingscontract of een testament op te stellen. Enkele andere rechtsgevolgen uit deze groep (zoals volledige gemeenschap van goederen, en het naamrecht van artikel 9 van Boek 1 BW) daarentegen zijn onbereikbaar voor ongehuwden.

b. Wettelijke rechtsgevolgen betreffende de verhouding van de partners tot derden (zoals hun ouders en kinderen, de fiscus en uitkeringsinstanties). Op de terreinen van de inkomstenbelastingen en sociale zekerheid wordt steeds minder onderscheid gemaakt tussen gehuwden en samenwoners.⁷¹ Ook in het nationaliteits- en vreemdelingenrecht kunnen de gevolgen uit deze groep (gedeeltelijk) bemachtigd worden buiten het huwelijk om.⁷² Ten aanzien van ouderschap, erfrecht en wettelijk nabestaandenpensioen is dat echter nog niet mogelijk. Juist op die terreinen is daardoor sprake van een reële achterstelling van homo-paren ten opzichte van hetero-paren.⁷³ Het gaat daarbij vooral om de volgende vier punten:

- Indien een gehuwde vrouw een kind krijgt, wordt haar echtgenoot automatisch als vader beschouwd en mede-belast met de ouderlijke macht over het kind en met een onderhoudsplicht jegens het kind. Het kind krijgt de naam en de nationaliteit van de vader, en wordt erfgenaam van de vader.
Indien een ongehuwde vrouw een kind krijgt, kan haar vrouwelijke partner niet belast worden met de rechten en plichten van het *vaderschap*. Wel kan de partner

69 Zie de bijdragen van Martens en Van Straaten, Van Vliet. Zie ook het overzicht van de privaatrechtelijke rechtsgevolgen van het huwelijk in het advies 'Leefvormen' van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (Ministerie van Justitie, Den Haag 1992), p. 23-30.

70 Zie hierover de bijdrage van Martens en Van Straaten.

71 Zie de bijdrage van Westerveld.

72 Zie de bijdrage van Bos, Pot en Willems.

73 Zie ook de bijdragen van Van Vliet en van Martens en Van Straaten.

het kind bij testament tot erfgenaam benoemen. Ondanks dat testament hebben haar eigen kinderen, en als die er niet zijn, haar ouders toch recht op een deel van de erfenis (legitieme portie). Over de erfenis zal het kind belasting moeten betalen volgens een hoger tarief dan geldt voor een erfenis afkomstig van een juridische vader.

- Een echtpaar kan een kind van derden *adopter*en, en daardoor belast worden met de rechten en plichten van het ouderschap (ouderlijke macht, onderhoudsplicht, naam, nationaliteit, erfrecht). Een echtpaar kan bovendien een kind van één van de twee echtgenoten adopteren (stiefouder-adoptie), wat dezelfde gevolgen heeft.

Een ongehuwd paar kan niet adopteren. En de gelijkgeslachtelijke partner van de ouder van een uit een vorige relatie geboren kind kan niet met de rechten en plichten van het ouderschap worden belast.

Ongehuwden kunnen wel een kind van derden als pleegkind opnemen. Eén van de pleegouders kan in sommige gevallen met de voogdij over het kind worden belast. Een pleegkind kan (evenals het uit een vorige relatie geboren kind van een van de partners) bij testament tot erfgenaam worden benoemd (onverminderd de legitieme portie van eigen kinderen of ouders). Over de erfenis zal het kind belasting moeten betalen volgens een hoger tarief dan geldt voor erfenissen afkomstig van juridische ouders.

- Indien een gehuwde persoon overlijdt, is diens echtgenoot (naast eventuele kinderen) de *erfgenaam*.

Indien een ongehuwde persoon overlijdt, zijn diens kinderen, of als die er niet zijn, diens ouders de erfgenamen. Indien er een testament is waarin de partner van de overledene als erfgenaam wordt aangewezen, dan hebben de kinderen van de overledene, en als die er niet zijn, diens ouders ondanks dat testament toch recht op een deel van de erfenis (legitieme portie). Indien de partners minder dan vijf jaar hebben samengewoond, moet over de aan de partner toevallende erfenis belasting betaald worden volgens een hoger tarief dan geldt voor gehuwden.

- Volgens de Algemene Weduwen- en Wezenwet heeft de met een man gehuwde vrouw na diens overlijden recht op een (klein) *weduwenpensioen*. Volgens de Algemene burgerlijke pensioenwet (Stb. 1966, 6) heeft de met een ambtenaar gehuwde vrouw na diens overlijden recht op een (groter) weduwenpensioen; dezelfde regel geldt bij andere in de wet geregelde pensioenvoorzieningen.

Ongehuwde vrouwen en gehuwde of ongehuwde mannen kunnen volgens deze wetten geen aanspraak maken op een nabestaanden-pensioen.⁷⁴

c. *Door derden aan het huwelijk verbonden rechtsgevolgen.* Ook de meeste particuliere collectieve pensioenregelingen (vastgesteld per bedrijf of bedrijfstak) voorzien

74 Inmiddels is echter een wetsvoorstel ingediend om de AWW te vervangen door een Algemene nabestaandenwet, waarin samenwoners en gehuwden gelijk worden behandeld (Kamerstukken II, 1990-91, 22013, nrs. 1-3).

wèl in een recht op weduwenpensioen voor de gehuwde vrouw van de overleden werknemer, maar niet in een recht op nabestaanden-pensioen voor de ongehuwde (of mannelijke) partner van een overleden werknemer. Ook in de voorwaarden voor individuele pensioenverzekeringen wordt vaak onderscheid gemaakt tussen gehuwde en ongehuwde verzekerden.

Bij verschillende werkgevers wordt in de secundaire arbeidsvoorwaarden onderscheid gemaakt tussen gehuwde en ongehuwde werknemers; bijvoorbeeld bij verhuisvergoedingen en ten aanzien van verlofdagen wegens 'familieomstandigheden'. Dergelijke onderscheid bij het aangaan en beëindigen van arbeidsovereenkomsten is sinds 1979 verboden.⁷⁵

Verschillende bejaardenoorden, verpleeginrichtingen en ziekenhuizen houden vaker rekening met de gehuwde partner van een cliënt, dan met een ongehuwde partner.

Diverse verenigingen en instellingen hanteren tarieven die voordeliger zijn voor twee gehuwden dan voor twee ongehuwden. En wanneer het voordelige tarief ook van toepassing is op mensen die ongehuwd samenwonen, dan geldt veelal de voorwaarde dat de samenwoning 'duurzaam' moet zijn (dat wil bijvoorbeeld zeggen dat de samenwoning al ten minste een jaar geduurd moet hebben).

5 Wegen naar rechtsgelijkheid

5.1 Manieren om de gevolgen van het huwelijk te bemachtigen

Er is maar één manier waarop gerealiseerd kan worden dat alle *symbolische gevolgen* van het huwelijk bereikbaar worden voor gelijkgeslachtelijke paren, en dat is opheffing van het vereiste dat men van verschillend geslacht moet zijn om te kunnen huwen (over die oplossing meer in paragraaf 5.2).

Daarnaast is er nog één andere manier waarop volledige homo-hetero-gelijkheid bereikt kan worden op het punt van de symboliek: afschaffing van het huwelijk.⁷⁶ Ook op het punt van de rechtsgevolgen zou afschaffing gelijkheid bewerkstelligen. Velen in Nederland hebben echter allerlei (irrationele, religieuze, symbolische, praktische) bezwaren tegen een volledige verdwijning van het (burgerlijk) huwelijk. Bovendien verzetten diverse verdragsbepalingen zich tegen een dergelijke radicale ingreep (onder meer artikel 12 EVRM en artikel 23 IVBPR).

Denkbaar is dat die verdragen worden ontdoken door wetgeving die het huwelijk van al zijn rechtsgevolgen ontdoet. Het huwelijk zou dan als juridisch lege huls blijven voortbestaan. Het is de vraag of degenen die het huwelijk vanwege zijn sym-

75 Artikel 1637jj, zevende lid, BW. De opvatting van Vermeulen (1991, p. 14) dat deze bepaling geen verbod inhoudt voor onderscheid tussen gehuwd en ongehuwd samenwonenden, vindt geen steun in de tekst van de wet. Dit betekent echter niet, zoals Vermeulen vreest, dat ook onderscheid tussen samenwoners van hetzelfde geslacht enerzijds, en (al dan niet gehuwde) samenwoners van verschillend geslacht anderzijds, al wettelijk verboden zou zijn.

76 Zoals bepleit door Verlegh, Van Maarseveen en Korthuis in 1984. Zie ook Van Maarseveen 1992.

boliek willen handhaven, daar genoeg mee zouden nemen. In ieder geval zou deze rare constructie de anti-homoseksuele symboliek van het huwelijk overleiden.

Er zijn twee reële manieren waarop bewerkstelligd kan worden dat *alle rechtsgevolgen* van het huwelijk ook bereikbaar worden voor gelijkgeslachtelijke paren:

- opheffing van het vereiste dat men van verschillend geslacht moet zijn om te kunnen huwen (zie paragraaf 5.2 en 5.3);
- invoering van 'geregistreerd partnerschap' met precies dezelfde rechtsgevolgen als het huwelijk (zie paragraaf 5.4).

Bovendien zijn er vijf wegen waarlangs *bepaalde rechtsgevolgen* van het huwelijk bereikbaar kunnen worden gemaakt voor homo- en lesbische stellen:

- invoering van 'geregistreerd partnerschap' met enkele van de rechtsgevolgen van het huwelijk (zie paragraaf 5.4);
- samenlevingscontract en testament (zie paragraaf 5.5);
- anti-discriminatie-wetgeving (zie paragraaf 5.5);
- wetwijziging per rechtsgevolg (zie paragraaf 5.6);
- procederen per rechtsgevolg (zie paragraaf 5.7).

Een ruime meerderheid van de Nederlandse bevolking lijkt er trouwens voorstander van te zijn om rechtsgevolgen van het huwelijk bereikbaar te maken voor partners van hetzelfde geslacht.⁷⁷

5.2 *Opheffing van heteroseksuele exclusiviteit van huwelijk door wetgever*

De wetgever zou het huwelijksrecht zó kunnen wijzigen, dat voortaan ook mensen van gelijk geslacht met elkaar kunnen trouwen. Volgens de in paragrafen 2.1, 2.2 en 2.3 vermelde - gangbare - interpretatie van het gelijkheidsbeginsel is de wetgever daartoe zelfs verplicht. Het in het huwelijksrecht gemaakte homo-hetero-onderscheid kan immers niet 'objectief en redelijk' gerechtvaardigd worden als een 'noodzakelijk en geschikt' middel om een 'gerechtvaardigd' doel te bereiken (zie paragraaf 5.3).

Een dergelijke wijzigingswet zal ten minste drie soorten wetsbepalingen moeten veranderen. In de eerste plaats zal inhoudelijke wijziging nodig zijn van het kleine aantal bepalingen waarin nu nog onderscheid gemaakt wordt tussen de rechten van de gehuwde vrouw en de rechten van de gehuwde man. Dit betreft vooral het naamrecht⁷⁸ en de diverse regels inzake weduwenpensioen. In de tweede plaats zal een

77 Volgens een opiniepeiling, uitgevoerd door het bureau Inter/View in opdracht van De Gay Krant en het Veronica-programma RUR beantwoorde 76,2% van de ondervraagden de volgende vraag met 'ja': 'Moeten homo- of lesbische stellen die langdurig samenwonen dezelfde rechten krijgen in zaken als pensioen en dergelijke als hetero-stellen?' Het antwoord 'nee' werd gegeven door 9,8%, terwijl 14,8% het niet zei te weten. Aldus De Gay Krant van 17 november 1990, p. 6. Zie ook noot 91.

78 Zie de artikelen 5 en 9 van Boek 1 BW, waarvan het eerstgenoemde artikel ook na de eventuele aanvaarding van wetsvoorstel 22408 tot herziening van het naamrecht onderscheid zal blijven maken tussen man en vrouw.

tekstuele aanpassing nodig zijn van alle (andere) bepalingen waarin ervan uitgegaan wordt dat in elk huwelijkspaar een man en/of een vrouw te vinden is.⁷⁹ Ten slotte zal de eis moeten komen te vervallen dat alleen ongehuwde transseksuelen hun juridische geslacht kunnen laten veranderen.⁸⁰

Vanuit de homobeweging is wel bepleit om met een dergelijke wetswijziging te wachten totdat het hetero-huwelijk ontdaan is van bepaalde, als vrouw- en individuvijandig te beschouwen regels - zoals met name de zowel vóór als ná echtscheiding bestaande onderhoudsplicht. Vanuit andere delen van de homobeweging wordt daartegenover gesteld dat het niet terecht zou zijn, zó lang te wachten met opheffing van bestaand ongerechtvaardigd onderscheid op grond van seksuele gerichtheid. Voor beide ingrepen in het huwelijksrecht geldt echter, dat er vooralsnog wel geen regeringscoalitie bereid zal zijn om wetswijziging in die richting te bevorderen.

5.3 *Opheffing van heteroseksuele exclusiviteit van huwelijk door rechter*

Ook rechters zouden een einde kunnen maken aan de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk. Zij zouden kunnen constateren dat die exclusiviteit in strijd is met een-ieder-verbindende verdragsbepalingen. Twee vrouwen en twee mannen hebben de laatste jaren getracht rechters daartoe te verleiden. Zonder veel succes. Het voorlopig laatste woord is op 19 oktober 1990 gesproken door de Hoge Raad.⁸¹

Het beroep op artikel 12 EVRM en artikel 23 IVBPR (het *recht van 'mannen en vrouwen' om te huwen*) verwierp de Hoge Raad met een verwijzing naar een uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens.⁸² Daarin oordeelde het Europese Hof dat artikel 12 EVRM betrekking heeft op het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht. Anders dan door diverse auteurs bepleit is,⁸³ meende de Hoge Raad geen ruimere betekenis aan artikel 12 EVRM te mogen toekennen.

'Naar het oordeel van de Hoge Raad moet worden aangenomen dat ook art. 23 IVBPR het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht op het oog heeft.'

Het beroep op artikel 14 EVRM en artikel 2 IVBPR (verbod van discriminatie bij de uitoefening van de in het verdrag vermelde rechten) deed de Hoge Raad eveneens af met behulp van de traditioneel-heteroseksuele interpretatie van het begrip 'huwelijk':

79 Zie bijvoorbeeld de artikelen 31, 33, 74, 100 en 197 van Boek 1 BW.

80 Artikel 29a Boek 1 BW.

81 NJ 1992, 129, met noten van E.A.A. Luijten en E.A. Alkema; RvdW 1990, 176; Nemesis 1991 Rechtspraak nr. 151. Zie noot 51 voor de uitspraken van Rechtbank Rotterdam en Hof Den Haag. De beslissing van de Hoge Raad is eerder besproken door Woltjer (NJCM-bulletin, 1991, p. 350-357), Mulder (Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht, 1991, p. 307-312) en Waaldijk (Ars Aequi, 1991, p. 47-56).

82 Arrest van 17 oktober 1986 (in de zaak Rees), Series A, Volume 106, par. 49; bevestigd in het arrest van 27 september 1990 (in de zaak Cossey), Series A, Volume 184, par. 46.

83 Van Dijk en Van Hoof 1990, p. 489-491; Boele-Woelki en Tange 1989, p. 1543; Waaldijk 1991, p. 50.

‘Nu het onderscheid dat de wettelijke regeling van het huwelijk maakt (...) eigen is aan het in art. 12 EVRM resp. art. 23 IVBPR verzekerde recht om te huwen, kan van een met art. 14 EVRM en art. 2 IVBPR strijdig onderscheid niet worden gesproken.’

Ook het beroep op artikel 8 EVRM (*recht op ‘private and family life’*) verwierp de Hoge Raad met een verwijzing naar de genoemde interpretatie van 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 privéleven of gezinsleven van de betrokkenen oplevert.’

Aldus omzeilt de Hoge Raad - ten onrechte⁸⁴ - het tweede lid van artikel 8, waarin bepaald wordt dat inmenging in het privé- en familie- of gezinsleven slechts toegestaan is indien dat ‘noodzakelijk’ is ter bescherming van bepaalde belangen.

Het beroep op het *algemene discriminatieverbod* van artikel 26 IVBPR tenslotte werd door de Hoge Raad verworpen met de volgende overwegingen:

‘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. Niet alleen in Nederland maar in tal van landen heeft het huwelijk die kenmerken. Ook kan 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 zoekt de ‘objectieve en redelijke’ rechtvaardiging van het onderscheid kennelijk vooral 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 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 tussen de gehuwde adoptanten - het adoptierecht is sekse-neutraal. De Hoge Raad kan bovendien niet aan alle vormen van vaderschap hebben gedacht, want van de verschillende manieren waarop men juridisch vader kan worden hangt er slechts één direct samen met het huwelijk: de echtgenoot wordt in beginsel de vader van het tijdens een huwelijk geboren kind (artikel 197 van Boek 1 BW). De andere vormen ter verwerving van juridisch vaderschap (zoals de erkenning) staan los van het huwelijk. Evenals adoptie kunnen die andere vormen in de overweging van de Hoge Raad dus geen rol gespeeld hebben.

Men kan concluderen dat de Hoge Raad te kennen heeft gegeven dat slechts één element uit het Nederlandse huwelijksrecht (de vaderschapsregel van artikel 197 van Boek 1 BW) een rechtvaardiging oplevert voor de heteroseksuele exclusiviteit

84 Zie Waaldijk 1991, p. 51-52. Vergelijk punt 3 van de noot van Alkema in NJ 1992, 129.

van het huwelijk. Daarmee geeft de Hoge Raad impliciet bovendien te kennen dat vrijwel alle andere rechtsgevolgen van het huwelijk (inclusief het adoptierecht) ook voor duurzame gelijkgeslachtelijke relaties zouden moeten gelden. Dat is een baanbrekende uitspraak, die inmiddels tot politieke activiteit heeft geleid en die een belangrijk precedent kan zijn in processen over afzonderlijke rechtsgevolgen van het huwelijk.⁸⁵

Toch is het oordeel van de Hoge Raad moeilijk in overeenstemming te achten met het discriminatieverbod zoals dat in artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM is vastgelegd.⁸⁶

In de eerste plaats heeft de Hoge Raad nagelaten om het homo-huwelijksverbod te toetsen aan de uit artikel 14 EVRM afgeleide eis van evenredigheid tussen doel en middel.⁸⁷ Het valt moeilijk vol te houden dat er sprake is van *evenredigheid* tussen enerzijds het beoogde *doel* (uitsluiting van de mogelijkheid dat een vrouw op grond van artikel 197 automatisch 'vader' wordt van de kinderen van haar partner) en anderzijds het gebruikte *middel* (uitsluiting van de mogelijkheid voor gelijkgeslachtelijke paren om door middel van een huwelijk een veelheid van rechtsgevolgen te bemachtigen).

In de tweede plaats kan ik niet instemmen met het kennelijke oordeel van de Hoge Raad dat het beoogde doel objectief en redelijk gerechtvaardigd is. Toegegeven kan worden dat het etiket 'vader' (als juridische status) wat vreemd zou zijn voor de lesbische mee-moeder. Daar gaat het echter niet om. Zoals gezegd hebben we hier te maken met een juridisch-technisch koppelbegrip.⁸⁸ Met name voor wat betreft de ouderlijke macht, de onderhoudsplicht en het erfrecht kan het in het huidige recht voor een kind en voor haar 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 een antwoord op de vraag of het redelijk en objectief gerechtvaardigd is om een lesbische mee-moeder nooit 'vader' te noemen.

Wat rechtvaardiging behoeft, is dat genoemde *rechtsgevolgen* onthouden worden aan de mee-moeder en het kind van haar partner. Welnu: de Nederlandse rechtsorde heeft inmiddels zowel fictief-juridisch ouderschap als feitelijk-gelijkgeslachtelijk ouderschap aanvaard. Fictief ouderschap doet zich altijd voor bij adoptie, en soms ook bij erkenning (elke man kan immers een kind erkennen) of bij toepassing van de vaderschapsregel van artikel 197 (de echtgenoot is niet altijd de verwekker). Gelijkgeslachtelijk ouderschap is bijvoorbeeld mogelijk na ontbinding van een huwelijk door dood of echtscheiding, na kunstmatige inseminatie en door plaatsing van pleegkinderen. Nu zowel *fictief ouderschap* als *gelijkgeslachtelijk ouderschap* aanvaardbaar wordt geacht, en sociaal-wetenschappelijk onderzoek ook geen argumenten

85 Zie de paragrafen 5.4 en 5.7.

86 Zie paragraaf 2.2.

87 Zie Van Dijk en Van Hoof 1990, p. 594-597.

88 Zie paragraaf 4.1.

tegen homoseksueel ouderschap oplevert⁸⁹, kan de door de Hoge Raad aangevoerde rechtvaardiging voor het homo-huwelijksverbod niet als objectief en redelijk worden beschouwd.

Het is dus niet uitgesloten dat in de toekomst een Nederlandse rechter alsnog tot de conclusie komt dat de in het huwelijksrecht bestaande homo-uitsluiting in strijd is met het discriminatieverbod (en met andere mensenrechten). Verdere ontwikkelingen in het buitenland⁹⁰, in de publieke opinie⁹¹ en in de wetgeving (bijvoorbeeld de invoering van geregistreerd partnerschap, of de mogelijkheid van adoptie door ongehuwden) zouden op den duur de kans op een dergelijke doorbraak in de jurisprudentie kunnen vergroten.

Het is in theorie mogelijk om een procedure te beginnen bij de Europese Commissie voor de rechten van de mens, of bij het Comité voor de rechten van de mens van de Verenigde Naties. De kans dat een van deze organen de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk eerder in strijd zal achten met de mensenrechten dan de Nederlandse rechter, is echter te verwaarlozen.

5.4 Invoering van geregistreerd partnerschap

Ter bereiking van de rechtsgevolgen van het huwelijk kan de invoering van een vorm van geregistreerd partnerschap een redelijk alternatief zijn voor homo-openstelling van het huwelijk. Of het dat ook is, hangt af van de mate waarin de rechtsgevolgen van het huwelijk ook aan het geregistreerd partnerschap worden verbonden.

Het in 1989 in Denemarken ingevoerde 'geregistreerd partnerschap' heeft bijvoorbeeld geen rechtsgevolgen inzake ouderschap.⁹² En de op voorstel van de Stichting Vrienden van De Gay Krant eerst in Deventer en daarna in vele andere

89 Zie Van Vliet 1987, p. 815-816; Geerlings en Van der Meer 1989; Walrave 1991; het advies 'Afstamming, adoptie en sociaal ouderschap' van de Raad voor het Jeugdbeleid uit 1990; en het advies 'Het afstammingsrecht en sociale ouders' van de Emancipatieraad uit 1991.

90 Voorstellen voor invoering van geregistreerd partnerschap zijn onder meer gelanceerd in Noorwegen, Zweden en Frankrijk.

91 Volgens een opiniepeiling, uitgevoerd door het bureau Inter/View in opdracht De Gay Krant en het Veronica-programma RUR beantwoorde 52,8 % van de ondervraagden de volgende vraag met 'ja': '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 'nee' werd gegeven door 35,6 %, terwijl 11,6 % het niet zei te weten. Zie De Gay Krant van 17 november 1990, p. 6 (vergelijk noot 77). Het jaar daarop werden deze cijfers bevestigd in een Nipo-opiniepeiling: een vergelijkbare vraag werd door 47% met 'ja' en door 40% met 'nee' beantwoord, terwijl 13% geen mening zei te hebben. Aldus De Gay Krant van 10 augustus 1991, p. 5.

92 Artikel 4 van de Deense Wet inzake het geregistreerd partnerschap, zie Boele-Woelki en Tange 1989, p. 1539.

gemeenten ingestelde gemeentelijke samenlevingsregisters⁹³ zullen slechts rechtsgevolgen hebben voor zover particuliere instanties (of de gemeenten zelf) aan het geregistreerd staan consequenties verbinden.

Het andere uiterste is een 'geregistreerd partnerschap' met precies dezelfde rechtsgevolgen als het huwelijk. Indien het huwelijk daarnaast zou blijven voortbestaan inclusief zijn discriminerende toelatingsvoorwaarde, dan zou er sprake zijn van een zinloze doublure, die bovendien beledigend is voor lesbische en homo-paren. Het is dan ook niet waarschijnlijk dat er een dergelijke vorm van 'geregistreerd partnerschap' naast het huwelijk komt. Vervanging van het huwelijk als juridisch instituut door een ook voor gelijkgeslachtelijke paren toegankelijk geregistreerd partnerschap ligt meer voor de hand.⁹⁴ Maar voor het zover is, zal de politieke discussie beheerst worden door voorstellen voor *geregistreerd partnerschap met beperkt rechtsgevolg*.

Sinds het najaar van 1991 staat de invoering van een vorm van geregistreerd partnerschap stevig op de politieke agenda. Tijdens de behandeling van de begroting van het Ministerie van Justitie werd met name vanuit VVD, D66 en PvdA gepleit voor (onderzoek naar) invoering van de mogelijkheid voor samenlevers om hun relatie te laten registreren.⁹⁵

Eén van de aanleidingen tot deze pleidooien werd gevormd door de recente jurisprudentie en publiciteit rond 'het homohuwelijk'. In zijn uitspraak van 19 oktober 1990 had de Hoge Raad uitdrukkelijk gewezen op:

'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.'⁹⁶

De andere aanleiding voor de pleidooien voor geregistreerd partnerschap werd gevormd door de controle- en ontduikingsproblematiek ten aanzien van de vele regelingen waarin gevolgen worden verbonden aan - telkens weer anders gedefinieerd - 'samenwonen'. De *Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten* (een adviescommissie van de regering onder voorzitterschap van professor C.A.J.M. Kortmann) had zich daarom voorgenomen te onderzoeken 'of het wenselijk en mogelijk is onze wetgeving zo in te richten dat het geheel van rechten en plichten voor elke leefvorm in evenwicht is, zodat de regelingen neutraal staan ten opzichte van leefvormen'.⁹⁷

93 NRC Handelsblad 22 maart en 6 juni 1991; De Gay Krant 23 maart en 15 juni 1991 en 22 februari 1992. Zie ook het antwoord van de Staatssecretaris van Justitie (20 augustus 1991) op vragen van het Eerste-Kamerlid Barendrecht (SGP); Aangangsel Handelingen I, 1990-91, nr. 32 (weergegeven in Nederlands Juristenblad, 1991, p. 1359-1360). Zie verder: Van der Wiel 1991, p. 10-12, en het Standpunt van de Permanente Commissie van advies voor de zaken van de burgerlijke stand en voor nationaliteitsaangelegenheden, weergegeven in Het Personeel Statuut, 1991, p. 98.

94 Vergelijk: Handelingen II, 1990-91, p. 814 (Korthals, VVD).

95 Handelingen II, 1990-91, p. 814, 820, 822-823.

96 Overweging 3.6; zie noot 81. Vergelijk Rechtbank Amsterdam 13 februari 1990, NJCM-bulletin, 1990, p. 456-460.

97 Werkprogramma voor het jaar 1990-1991; Kamerstukken II, 1990-91, 21800 VI, nr. 24, p. 45-46.

Tijdens de begrotingsbehandeling ging de Minister van Justitie op beide aanleidingen in. De verwijzing van de Hoge Raad naar 'de wetgever' noemde hij 'een handschoen die ik wil opnemen'. Bovendien vroeg hij de Commissie-Kortmann om bij haar onderzoek en advisering 'ook de vraag te betrekken hoe een wettelijke regeling naast die van het huwelijk eruit zou kunnen zien voor diegenen die door een publiekrechtelijke registratievorm rechtsgevolgen willen verbinden aan het feit dat zij duurzaam voor elkaar verantwoordelijkheid hebben aanvaard'.⁹⁸

Eind 1991 was het advies van de Commissie klaar. Op 14 februari 1992 heeft de Minister van Justitie het advies 'Leefvormen' aangeboden aan de Tweede Kamer.⁹⁹ Het kabinet studeert nog op de mogelijke financiële gevolgen van doorvoering van het advies, en streeft ernaar om voor het zomerreces van 1992 een kabinetsstandpunt aan de Kamer te kunnen aanbieden. De Commissie stelt twee nieuwe vormen van relatie-registratie voor - een lichte en een zware.

De *lichte registratie* (in de GBA, de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens) zou in de plaats komen van de meeste wettelijke omschrijvingen van 'samenwonen'. De Commissie adviseert om, vooral op de terreinen van sociale zekerheid en belasting, geen rechtsgevolgen meer te verbinden aan de vraag of twee mensen feitelijk samenwonen (duurzaam een gemeenschappelijke huishouding voeren), maar slechts aan de vraag of zij zich vrijwillig als partners hebben laten registreren. Een dergelijk formeel stelsel heeft duidelijke voordelen: voor de overheid zijn er minder controle-problemen, terwijl de privacy van de betrokkenen minder in gevaar komt. Bovendien zou het ertoe leiden dat individuen niet meer tegen hun zin door de overheid beschouwd kunnen worden als de afhankelijke of onderhoudsplichtige partner van een ander (met alle gevolgen vandien voor de hoogte van premies, belastingen en uitkeringen). Aldus zou het individualiseringsideaal (een belangrijk strijdpunt van de vrouwenbeweging en van delen van de homobeweging¹⁰⁰) gedeeltelijk gerealiseerd kunnen worden.

De *zware registratie* (bij de burgerlijke stand) is bedoeld voor tweetallen die niet kunnen trouwen, omdat ze van hetzelfde geslacht zijn of omdat ze te nauw verwant zijn, of die dat niet willen. Volgens de Commissie zouden vrijwel alle rechtsgevolgen van het huwelijk ook aan deze vorm van registratie moeten worden verbonden. Aldus zou de juridische (maar niet de symbolische) achterstelling van lesbische en homoparen flink verminderd worden.

Het door de Commissie voorgestelde registratie-stelsel heeft dus belangrijke voordelen. Bovendien heeft de Commissie de meest controversiële punten (verdere individualisering en openstelling van het huwelijk voor geslachtsgelijke paren) handig omzeild. Daardoor zou invoering van het stelsel op korte termijn politiek mogelijk moeten zijn.

Op de uitwerking die de Commissie aan haar voorstel geeft, is echter veel kritiek te leveren. Zo stelt zij voor om in de Algemene Bijstandswet wel te blijven werken

98 Handelingen II, 1990-91, p. 908.

99 De aanbiedingsbrief is gepubliceerd in Kamerstukken II, 1991-92, 22300 VI nr. 36. De tekst van het advies zelf ligt ter inzage in de Tweede Kamer en is verkrijgbaar bij het Ministerie van Justitie.

100 Zie Ruygrok 1991.

met een materieel relatie-begrip. Bovendien vindt zij het niet nodig om partners die voor de lichte registratie hebben gekozen tot elkaars erfgenaam te benoemen en om hen een recht op (aanvullend) nabestaandenpensioen toe te kennen.

Aan de zware registratie wil de Commissie ook gevolgen voor afstamming, adoptie en ouderschap verbinden. Zij meent echter dat de discussie over ouderschapsrechten voor gelijkgeslachtelijke ouders/verzorgers nog gaande is, en dat het daarom onverstandig zou zijn om daarover een definitief standpunt naar voren te brengen. Daarom stelt zij voor om de gevolgen inzake afstamming, adoptie en ouderschap te reserveren voor zwaar-geregistreerde paren *waarvoor geen huwelijksbeletselen bestaan*. Voorlopig dus nog geen adoptie en geen juridisch mede-ouderschap voor ouders van hetzelfde geslacht.

De lesbische en homo-beweging zal voor enkele belangrijke keuzen komen te staan. Moet zij zich ook beijveren voor invoering van vormen van geregistreerd partnerschap, indien daarnaast voorlopig het hetero-huwelijk blijft bestaan als instituut waaraan meer rechtsgevolgen (bijvoorbeeld inzake ouderlijke macht) zijn verbonden dan aan geregistreerd partnerschap?¹⁰¹ En hoe moet zij haar pleidooi voor de gelijkberechtiging van homo- en hetero-relaties combineren met haar pleidooi voor verdere individualisering van de wetgeving?¹⁰²

5.5 Samenlevingscontract, testament, anti-discriminatiewetgeving

Door een goed (notarieel) samenlevingscontract en daarop aansluitende testamenten te maken, kunnen ongehuwde partners hun onderlinge verhoudingen (en zelfs gedeeltelijk hun verhoudingen tegenover de fiscus, hun ouders en andere derden) tot op zekere hoogte net zo regelen als in een huwelijk.¹⁰³

Een toenemend aantal instanties behandelt mensen met een notarieel samenlevingscontract bovendien op vrijwel dezelfde manier als gehuwden. Sommige instanties verlangen zelfs niet een samenlevingscontract, maar slechts een bewijs dat men (gedurende enige tijd) op hetzelfde adres woont.

Werkgevers zijn nu al vaak tot een dergelijke gelijke behandeling verplicht op grond van de bestaande Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In de sfeer van de arbeid verbiedt deze wet namelijk indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen. Daaronder wordt verstaan: 'onderscheid op grond van andere hoedanigheden dan het geslacht, bijvoorbeeld echtelijke staat of gezinsomstandigheden, dat onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft'.¹⁰⁴ Dat betekent dat het werkgevers veelal verboden is om onderscheid te maken tussen gehuwde en ongehuwde werknemers.¹⁰⁵ Bij het aangaan en beëindigen van arbeidsovereenkomsten is onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden steeds verboden.¹⁰⁶

101 Zie IJssel 1991.

102 Zie Ruygrok 1991.

103 Zie de bijdrage van Martens en Van Straaten.

104 Artikel 1 van deze wet, Staatsblad 1980, 86, en 1989, 168.

105 Zie de bijdrage van Mattijssen.

106 Zie noot 75.

Op 1 februari 1992 is daar de uitbreiding van artikel 429quater van het Wetboek van Strafrecht bijgekomen. Nu is het onder meer verboden, bij de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf, indirect te discrimineren wegens hetero- of homoseksuele gerichtheid.¹⁰⁷ Omdat onderscheid ten nadele van ongehuwden altijd indirect onderscheid ten nadele van lesbische vrouwen en homoseksuele mannen is, zal het binnenkort ook voor andere instanties dan werkgevers (en voor werkgevers nog vaker dan thans) verboden zijn om acht te slaan op de huwelijkse staat van mensen.

Indien de voorgestelde Algemene Wet Gelijke Behandeling ooit van kracht wordt, dan zal 'onderscheid tussen personen op grond van (...) burgerlijke staat' zowel voor particulieren als voor het bestuur en de lagere regelgevers expliciet verboden zijn op een aantal terreinen: arbeid (met uitzondering van pensioenvoorzieningen), het aanbieden van goederen of diensten, en het sluiten, uitvoeren en beëindigen van overeenkomsten.¹⁰⁸

Ongehuwden-discriminatie door de wetgever wordt echter niet getroffen door deze anti-discriminatiewetgeving.¹⁰⁹

5.6 Wetswijziging per rechtsgevolg

Sinds de jaren zeventig wordt in de Nederlandse wetgeving het aantal verwijzingen naar de huwelijkse staat geleidelijk teruggebracht. Een opmerkelijk recent voorbeeld is de schrapping van de woorden 'buiten echt' uit de bepaling inzake verkrachting.¹¹⁰ Ook worden, vooral in de belastingwetgeving en de sociale-zekerheidswetgeving, huwelijk en ongehuwd samenwonen steeds vaker op één lijn gezet. Naarmate dit proces zich voortzet, zal het huwelijk minder (exclusieve) wettelijke rechtsgevolgen hebben.

Op diverse terreinen zijn de laatste tijd aanzetten gedaan om rechtsgevolgen los te koppelen van het huwelijk; zie bijvoorbeeld het voorstel voor een Algemene nabestaandenwet¹¹¹, en de diverse pleidooien voor verruiming van de adoptiewetgeving en voor invoering van de rechtshandeling 'aanvaarding van ouderschap'¹¹².

Op andere terreinen is het hoog tijd dat dergelijke aanzetten worden gedaan, met name op het terrein van het erfrecht (afschaffing van de legitieme portie van de ouders), het successierecht (volledige gelijktrekking van de tarieven voor gehuwd en ongehuwd samenwonenden), en het pensioenrecht (introductie van algemeen nabestaandenpensioen in onder meer de Algemene burgerlijke pensioenwet). Wat de laatste twee punten betreft, zouden dergelijke aanpassingen wel het einde betekenen van ongerechtvaardigd onderscheid ten nadele van ongehuwden, maar bestaand

107 Wet van 14 november 1991, Stb. 623 (Kamerstukken 20239). Zie de bijdrage van Haveman en Moerings.

108 Kamerstukken II, 1990-91, 22014, nr. 2, artikelen 1, 5, 6 en 7. Zie de bijdrage van Mattijssen.

109 Zie paragraaf 2.3.

110 Wet van 9 oktober 1991, Stb. 519 (Kamerstukken 20930). In de gewijzigde artikelen 245 en 247 (seks met iemand tussen de 12 en 16 jaar) komen de woorden 'buiten echt' nog wel voor, wat betekent dat hetero-seks iets minder vaak strafbaar is dan homo-seks. Zie ook paragraaf 1.1.

111 Genoemd in noot 74.

112 Zie de bijdrage van Van Vliet.

onderscheid ten nadele van alleenstaanden in stand laten. Daarom wordt er door voorstanders van individualisering bijvoorbeeld ook naar gestreefd om alleenstaanden niet langer verplicht te laten meebetalen aan de pensioenen van de nabestaanden van hun collega's. Volgens mij is er echter weinig reden om met het wettelijk toekennen van nabestaandenpensioen aan ongehuwde partners te wachten totdat deze individualisering gerealiseerd zal zijn.

5.7 *Procederen per rechtsgevolg*

De Nederlandse wetgever staat niet bekend om zijn snelheid. Overleg tussen coalitiepartners, voortdurend overleg tussen verschillende departementen, herhaald overleg met (gevestigde) belangenorganisaties, en steeds meer overleg met andere Europese landen (die misschien niet zo traag zijn als Nederland, maar meestal wel conservatiever): dat alles zorgt ervoor dat de voorbereiding van wetswijziging vaak erg lang duurt. Niet zelden gaan de ontwikkelingen in de publieke opinie, in de juridische literatuur en in de hoofden van rechters met grotere snelheid dan de ontwikkelingen in wetgevend Den Haag. Juist daardoor is de weg via de Nederlandse (of zelfs Europese) rechter vaak sneller. De klassieke voorbeelden betreffen het stakingsrecht en de euthanasie.

Ook het mogelijk maken van gezamenlijke ouderlijke macht buiten het huwelijk illustreert het bovenstaande. Eerst stond de Hoge Raad toe dat de gezamenlijke ouderlijke macht na echtscheiding kon voortduren, en daarna dat ouderlijke macht ook aangevraagd kon worden door ongehuwd samenwonende ouders.¹¹³ Ook de rechter kent echter grenzen: op 24 februari 1989 besliste de Hoge Raad dat twee samenwonende vrouwen niet belast kunnen worden met de gezamenlijke ouderlijke macht over een uit een van beiden geboren kind.¹¹⁴

Hierboven is al uitgebreid verslag gedaan van het falen van de pogingen om via rechterlijke uitspraak het recht van twee vrouwen of twee mannen om te huwen af te dwingen. Daarbij stelden de lagere rechters zich onder meer op het standpunt dat het niet tot de 'rechtsvormende taak van de rechter' kan horen om te kiezen voor openstelling van het huwelijk voor gelijkgeslachtelijke paren.¹¹⁵ De Hoge Raad liet zich daar niet over uit. Wel noemde de Hoge Raad '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 'dat *doorgaans* slechts door de wetgever zal kunnen worden opgelost'.¹¹⁶ 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

113 Zie noot 54.

114 Zie de bijdrage van Van Vliet.

115 Zie daarover: de noot van Boele-Woelki en Tange onder Rechtbank Amsterdam 13 februari 1990, NJCM-Bulletin 1990, p. 460; en Waaldijk 1991, p. 54-55.

116 HR 19 oktober 1990, rechtsoverweging 3.6, zie noot 81. De nadruk op 'doorgaans' is van mij, W. Zie de paragrafen 5.3 en 5.4.

is om gelijkgeslachtelijke paren een bepaald rechtsgevolg van het huwelijk te onthouden.¹¹⁷

De rol van de rechter bij de doorbreking van de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk is sinds 19 oktober 1990 dus nog niet uitgespeeld. De uitspraak van die datum is daarbij een belangrijk precedent, doordat de Hoge Raad daarin impliciet te kennen heeft gegeven dat - met uitzondering van de vaderschapsregel van artikel 197 Boek 1 BW - vrijwel alle rechtsgevolgen van het huwelijk ook voor duurzame gelijkgeslachtelijke relaties zouden kunnen gelden.¹¹⁸

Bepaalde vormen van in de wet verankerde ongehuwden-discriminatie zullen niet snel aan de rechter ter beoordeling voorgelegd worden: 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 te laten vaststellen van het erfrecht dat geldt bij het ontbreken van een testament. Op andere terreinen bestaan er reëler mogelijkheden om effectief (proef-)processen te voeren:

- Wanneer de wetgever uiteindelijk per 1 januari 1993 de discriminatie in particuliere pensioenregelingen verbiedt¹¹⁹, dan zal 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: Sinds 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 van Boek 4 BW in een dergelijke situatie derhalve buiten toepassing moeten laten.
- Ook is het denkbaar dat een rechter het verschil in successierecht-tarieven als strijdig met de mensenrechtenverdragen zal willen beschouwen.

Of het ook mogelijk zal zijn om rechtsgevolgen op het terrein van het *ouderschap* in (proef-)processen te bevechten, is nog niet duidelijk.

Hierboven bleek al dat de Hoge Raad geweigerd heeft om ouders van gelijk geslacht de mogelijkheid te bieden gezamenlijk de ouderlijke macht uit te oefenen. Ook erkenning van een kind door de vrouwelijke partner van de moeder van dat kind is door de rechter afgewezen.¹²⁰ Dat een rechter die partner van rechtswege

117 Zie ook de onderdelen 6.4 en 6.5 van de conclusie van AG Moltmaker (zie noot 81). In een enquête gehouden onder de leden van de rechterlijke macht, bleek 46% van mening dat de wetgever het probleem 'gelijke behandeling van homoseksuelen' te veel overlaat aan de rechterlijke macht (27% vond van niet; 17% zei daarover geen mening te hebben); ten aanzien van het probleem 'toekennen rechten/plichten aan diverse samenlevingsvormen' waren deze cijfers respectievelijk 60%, 22% en 9% (Vrij Nederland, 2 november 1991, p. 32).

118 Zie paragraaf 5.3.

119 Zie de inwerkingtredingsbepaling van de Wet van 14 november 1991 houdende aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enkele bepalingen tot het tegengaan van discriminatie (Stb. 623).

120 Hof Leeuwarden, 15 november 1991.

(analoog aan artikel 197 van Boek 1 BW) als 'ouder' van het kind van haar vriendin zal willen beschouwen, is in het licht van deze jurisprudentie (en van de uitspraak van de Hoge Raad over de heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk) zeer onwaarschijnlijk. Wat overblijft zijn de mogelijkheden tot *adoptie*.¹²¹

Om eventuele bezwaren van de rechter tegen het plaatsen van kinderen bij twee vrouwen of twee mannen te omzeilen, kan een dergelijk proces het beste gevoerd worden over een kind dat al geruime tijd opgevoed wordt door een geslachtsgelijk paar, hetzij als pleegkind, hetzij als biologisch kind van een van de partners (in dat laatste geval zou het om stiefouderadoptie gaan). In een dergelijk proces zal de rechter dan niet alleen moeten nagaan of het onthouden van volledig juridisch ouderschap een gerechtvaardigde inbreuk is op de rechten van de ouders op non-discriminatie en eerbiediging van hun familielevens, maar ook of het niet-geadopteerd-kunnen-worden een gerechtvaardigde inbreuk is op het recht van het kind op eerbiediging van haar of zijn familielevens.¹²²

Voor al deze mogelijke (proef-)procedures geldt, dat succes bij de Nederlandse rechter denkbaar is, en succes bij de Europese Commissie en het Europese Hof voor de rechten van de mens deze eeuw nog vrijwel ondenkbaar. Een probleem daarbij is, dat de Nederlandse rechter soms geneigd is om wettelijk onderscheid naar huwelijkse staat gerechtvaardigd te achten.¹²³ Ten aanzien van hetero-paren kan men inderdaad stellen dat er sprake is van verschillende situaties: de gehuwden hebben ervoor gekozen om een hechte, juridisch strak omlijnde eenheid te vormen, en de samenwoners hebben daar juist niet voor gekozen. Ten aanzien van homo-paren is van een dergelijk verschil echter geen sprake. De President van de Amsterdamse Rechtbank heeft daar in een vreemdelingenzaak ooit met nadruk op gewezen, door te overwegen dat 'homofiele en heterofiele samenwonenden (...) géén "gelijke monniken" (zijn) in die zin dat heterofiele (ongehuwde) partners in het algemeen wél maar homofiele partners naar geldend recht geen huwelijk kunnen sluiten'.¹²⁴ Dit inzicht zal centraal moeten staan in elk proces over de toelating van homo-paren tot enig rechtsgevolg van het huwelijk: Zo het al gerechtvaardigd is - bijvoorbeeld in verband met het rechtszekerheidsbeginsel - om onderscheid te maken tussen gehuwde en ongehuwde man/vrouw-stellen, dan wil dat nog niet zeggen dat het ook gerechtvaardigd is om onderscheid te maken tussen een gehuwd hetero-stel en een ongehuwd homo-stel. Steeds zal niet alleen nagegaan moeten worden of er een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond is voor het onderscheid *gehuwd/ongehuwd*, maar ook of er een dergelijke rechtvaardigingsgrond is voor het door dat

121 In een enquête gehouden onder de leden van de rechterlijke macht, toonde 58% zich voorstander van toekenning van adoptierecht aan niet-huwelijkse samenlevingsvormen; 31% zei daartegen te zijn en 10% zei geen mening te hebben (Vrij Nederland, 2 november 1991, p. 32).

122 Zie paragraaf 5.3 hierboven, en uitgebreid hierover de bijdrage van Van Vliet.

123 Zie onder meer Hoge Raad 27 september 1989 (RvdW 213) en Centrale Raad van Beroep 28 september 1989 (beide weergegeven in: NJCM-bulletin 1990, p. 158-169, met noot A.W. Heringa).

124 Vervolgens besliste deze rechter dat de eis van 'passende huisvesting', die de Vreemdelingencirculaire wel aan ongehuwde samenwonenden maar niet aan gehuwden stelde, niet toegepast mocht worden ten aanzien van een 'vaste homofiele relatie'; President Rechtbank Amsterdam, 13 september 1984, KG 280.

onderscheid veroorzaakte onderscheid *hetero/homo*.¹²⁵ Bovendien¹²⁶ zal er nagegaan moeten worden of er sprake is van evenredigheid tussen het beoogde doel (bijvoorbeeld de rechtszekerheid) en de gebezigde middelen: het uitsluiten van alle homo-paren (en van sommige hetero-paren). Veel sterker dan onderscheid wegens ongehuwde staat is onderscheid wegens homoseksuele gerichtheid verdacht en dominerend - en dus vrijwel nooit te rechtvaardigen.¹²⁷

6 Samenvatting

Grondwet en mensenrechtenverdragen houden (ook) voor de wetgever een verbod in van discriminatie (= ongerechtvaardigd onderscheid) wegens onder meer seksuele gerichtheid. Bovendien geeft de wetgever in anti-discriminatie-wetgeving zelf te kennen dat zij onderscheid wegens homoseksuele gerichtheid ongerechtvaardigd vindt.

De heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk is het voornaamste restant anti-homoseksuele wetgeving in Nederland. Voor dit onderscheid bestaat geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond. Deze uitsluiting van geslachtsgelijke paren is niet met zoveel woorden in de wet te vinden, maar wordt er door de rechter wel in gelezen. Zij heeft tot gevolg dat lesbische vrouwen en homoseksuele mannen zowel maatschappelijke status, als een belangrijk geheel van rechtsgevolgen wordt onthouden.

De wetgever maakt nog geen aanstalte om het huwelijk ook voor vrouw/vrouw-en man/man-koppels open te stellen. Pogingen om de rechter te verleiden tot de uitspraak dat het exclusieve hetero-karakter van het huwelijk in strijd is met mensenrechtenverdragen, hebben geen succes gehad. Zij hebben er echter wel toe bijgedragen, dat in politiek Den Haag wordt overwogen 'geregistreerd partnerschap' in te voeren en daaraan bepaalde rechtsgevolgen van het huwelijk te verbinden.

Via samenlevingscontract en testament, en door de werking van anti-discriminatie-wetgeving zijn sommige rechtsgevolgen van het huwelijk al binnen het bereik van homo-paren gekomen. Bovendien is de wetgever al jaren doende om bepaalde rechtsgevolgen van het huwelijk ook toe te kennen aan samenwoners of alleenstaanden. Dit proces van wetgeving verloopt erg traag. Daarom is er alle reden voor om de wetgever door de rechter onder druk te laten zetten. Het lijkt goed mogelijk om de rechter ten aanzien van bepaalde concrete rechtsgevolgen van het huwelijk (pensioenen, erfrecht en adoptie) tot de conclusie te laten komen dat de huidige wetgeving ongerechtvaardigd onderscheid maakt ten nadele van geslachtsgelijke paren.

125 Onaanvaardbaar is de ongemotiveerde weigering van de Centrale Raad van Beroep (17 juli 1991, *Nemesis* 1992, Rechtspraak nr. 241) om de stelling te onderschrijven dat met de uitsluiting van ongehuwden in de AWW 'een (verdekt of indirect) onderscheid naar seksuele voorkeur gegeven of bedoeld is'. Door botweg het bestaan van onderscheid te ontkennen, ontloopt de Raad zo zijn verplichting om er een rechtvaardiging voor te zoeken.

126 Zie paragraaf 2.2.

127 Zie paragraaf 2.1.

Literatuur

- Akkermans, P.W.C., (red.), *De Grondwet - Een artikelsgewijs commentaar*. Zwolle, 1987.
- Alkema, E.A., 'Het internationale gelijkheidsbeginsel en de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen'. In: *Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen en de internationale rechtsorde*. Nijmegen, 1987, p. 64-105.
- Asser, C., (bewerkt door J. de Ruiter), *Personen- en familierecht, deel II*. Zwolle, 1986 (twaalfde druk).
- Asser, C., (bewerkt door P. Scholten), *Algemeen deel*. Zwolle, 1974 (derde druk).
- Bergamin, R.J.B., 'Bestrijding van discriminatie, grondrechten en wetgeving'. In: Mattijssen, A., en M. Moerings (red.), *Wet gelijke behandeling in perspectief*. Utrecht (Homostudies), 1989, p. 44-54.
- Boer, M.M. den, 'Artikel 1 Grondwet: gelijke behandeling en non-discriminatie'. In: *Ars Aequi*, jrg. XXXVI, 1987, p. 132-138.
- Burkens, M.C., 'Gelijke behandeling.' In: Koekkoek, A.K., W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten - Commentaar op Hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*. Nijmegen, 1982, p. 49-65.
- Boele-Woelki, K., en P.C. Tange, 'De Deense wet inzake het geregistreerd partnerschap'. In: *Nederlands Juristenblad*, jrg. 1989, p. 1537-1543.
- Boele-Woelki, K., en P.C. Tange, 'Geen huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht (noot bij Rechtbank Amsterdam, 13 februari 1990)'. In: *NJCM-bulletin*, jrg. 15, 1990, p. 456-460.
- Dijk, P. van, en G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*. Nijmegen, 1990 (derde druk).
- Geerlings, J., en M. van der Meer, *Lesbisch moederschap, praktijk en theorie*. Utrecht (Homostudies), 1989.
- Geurtsen, W., A. Hofmeijer en T. Zondervan, *Homo of Hetero, gezegend ben je! Remonstranten over huwelijk en andere relatievormen*. Utrecht (Homostudies), 1991.
- Groot, G.-R. de, *Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel*. Den Haag, 1988.
- Hirsch Ballin, E.M.H., 'Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm'. In: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*. Deventer/Zwolle, 1988, p. 127-156.
- Holterman, Th., *Argumentatieve willekeur en de beoefening van de staatsrechtwetenschap*. Zwolle, 1988.
- Hoogma, M., *Wet en Werkelijkheid - Literatuuronderzoek naar de voorwaarden waaronder een Wet Gelijke Behandeling optimaal kan functioneren*. Utrecht (Homostudies) 1984.
- IJssel, K., 'Als paar geen gevaar - De opwaardering van de homo- en lesbische relatie'. In: Meijer, I.C., J.W. Duyvendak en M.P.N. van Kerkhof (red.), *Over normaal gesproken*. Amsterdam (Schorer) 1991, p. 48-56.
- Jeffery-Poulter, S., *Peers, Queers and Commons - The Struggle for Gay Law Reform from 1950 to the Present*. London (Routledge), 1991.

- Kortmann, C.A.J.M., *Constitutioneel recht*. Deventer, 1990.
- Lijnzaad, E., 'Het kussen van een kikker. De werkelijke betekenis van het Vrouwen-verdrag'. In: *Nemesis*, jrg. 7, 1991, p. 5-17.
- Maarseveen, H. van, 'De wetten schenden'. In: *Nederlands Juristenblad*, jrg. 1966, p. 253-261.
- Maarseveen, H. van, *Discriminatie* (Coornhert-rede Gouda 1990). Alphen aan den Rijn, 1990. Ook gedeeltelijk weergegeven in: *Nederlands Juristenblad*, jrg. 1990, p. 1544.
- Maarseveen, H. van, 'Meesters van de liefde - Enkele beschouwingen over recht en rechtswetenschap in hun verhouding tot de liefde', afscheidscollege EUR. In: *Nemesis*, jrg. 1992, p. 18-24.
- Mulder, L., 'Over gelijkheid, onderscheid en diskriminatie'. In: *Recht en Kritiek*, jrg. 11, 1985, p. 76-87.
- Mulder, L., 'Het gelijkheidsbeginsel: half ei of lege dop'. In: *Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen en de internationale rechtsorde*. Nijmegen, 1987, p. 64-105.
- Mulder, L., 'Té gelijk voor de wet: het "homo-huwelijk" als heet hangijzer'. In: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, jrg. 1991, p. 307-312.
- Pannick, D., 'Homosexuals, Transsexuals and The Sex Discrimination Act'. In: *Public Law*, Vol. 1983, p. 279-302.
- Pitlo, A., (bewerkt door Gr. van der Burght en M. Rood-de Boer), *Het Personen- en familierecht*. Arnhem, 1989 (achtste druk).
- Prakke, L., *Toetsing in het publiekrecht*. Assen, 1972.
- Prechal, S., and N. Burrows, *Gender discrimination law of the European Communities*. Aldershot, 1990.
- Ruygrok, W., (red.), *COC-discussienota Individualisering*. Amsterdam (NVIH-COC), 1991.
- Thomas, P., and R. Costigan, *Promoting homosexuality - Section 28 of the Local Government Act 1988*. Cardiff (Law School), 1990.
- Verlegh, D., H. van Maarseveen en S. Korthuis, 'Het huwelijk de rechtsorde uit'. In: *Nederlands Juristenblad*, jrg. 1984, p. 875-861.
- Vermeulen, B.P., 'De betekenis van de grondrechten en mensenrechten voor de Algemene wet gelijke behandeling, met name met betrekking tot de positie van homoseksuele leerkrachten in het bijzonder onderwijs'. In: *De Algemene wet gelijke behandeling* (Beschouwingen voor een gezamenlijke vergadering van de Rechtskundige Afdeling van het Thijmgenootschap en de Calvinistische Juristen Vereniging). Zwolle, 1991, p. 1-26.
- Vliet, F. van, 'Afstamming en ouderlijke zorg: wie niet zaait, zal niet oogsten?'. In: *Nederlands Juristenblad*, jrg. 1987, p. 814-817.
- Vliet, F. van, 'Reactie op de beantwoording rechtsvraag (170) homohuwelijk'. In: *Ars Aequi*, jrg. XXXVII, 1988, p. 134-135.
- Vliet, F. van, 'Erkenning: mensenrecht of mannenrecht?'. In: *Nederlands Juristenblad*, jrg. 1988, p. 1263-1267.
- Waaldijk, C., *Wetgevingswijzer*. Lelystad (Vermande), 1985.

- Waalddijk, C., 'Beantwoording rechtsvraag (170) Homohuwelijk'. In: *Ars Aequi*, jrg. XXXVI, 1987, p. 644-650.
- Waalddijk, C., 'Claus 28, de zoveelste Britse anti-homowet'. In: *Homologie*, jrg. 10, 1988, nr. 4, p. 4-6.
- Waalddijk, C., 'Beantwoording rechtsvraag (170) homohuwelijk - nawoord bij de reactie van Frieda van Vliet'. In: *Ars Aequi*, jrg. XXXVII, 1988, p. 135-136.
- Waalddijk, C., 'De heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk na Hoge Raad 19 oktober 1990'. In: *Ars Aequi*, jrg. XL, 1991, p. 47-56.
- Walrave, H.J., *Onaanvaardbaar ouderschap? Van sociaal naar juridisch ouderschap voor homoseksuele mannen en lesbische vrouwen*. Scriptie RUL, Leiden 1991.
- Wiel, N.S. van der, 'Trouwen, voortaan een vrolijke zaak?'. In: *Het Personeel Statuut*, jrg. 1991, p. 10-12.
- Woltjer, A., 'Huwelijksperikelen: een heteroseksueel voorrecht? Het recht om te huwen voor de Nederlandse en Europese rechter'. In: *NJCM-bulletin*, jrg. 16, 1991, p. 350-357.
- Zeben, C.J. van, (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek - Boek 1 - Personen- en familierecht*. Deventer, z.j.
- Advies over de wenselijkheid van een wet tegen seksdiscriminatie*, Emancipatiekommissie, Rijswijk, 1977.
- Afstamming, adoptie en sociaal ouderschap*, advies van de Raad voor het Jeugdbeleid, Rijswijk, 1990.
- Het afstammingsrecht en sociale ouders*, advies van de Emancipatieraad, Den Haag, 1991.
- Gelijk in de praktijk*, Rapport van de interdepartementale werkgroep gelijkheidsbeginsel (IWEG), Ministerie van Justitie, Den Haag, 1990.
- Leefvormen*, Advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, Ministerie van Justitie, Den Haag 1992 (aanbiedingsbrief aan Tweede Kamer: Kamerstukken II, 1991/92, 22300 VI, nr. 36).
- NJCM-commentaar op het voorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling, in: *NJCM-bulletin*, jrg. 16, 1991, p. 260-275.