

Ars Aequi

juridisch maandblad / april 2016
jaargang 65

VIJFTIEN JAAR OPENSTELLING HUWELIJK

Naar een huwelijksrecht
ongeacht gerichtheid en
geslacht

► Kees Waaldijk



04

VERDIEPING

- Crisis in American Criminal Law
John Diamond

OPINIE

- Machtsstrijd over persoonsgegevens
Bart van der Sloot

ARS LONGA VITA BREVIS

- In memoriam Tijn Kortmann
Roel Schutgens & Joost Sillen

ANNOTATIES

- Liefde maakt blind (en kan vervelende juridische consequenties hebben)
Prof. mr. A.W. Jongbloed
- Het toetsen van de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen en de bewijsconstructie: wat vermag de rechter?
Prof. mr. L. Stevens

DE RAADSMAN DIE VERZUIMDE HOGER

- beroop in te stellen
Prof. mr. T. Kooijmans
- De spanning tussen gezag van gewijsde en het Europese doeltreffendheidsbeginsel
Prof. mr. A.S. Hartkamp

WETGEVING

- De Wet auteurscontractenrecht
Mr. A.G.I. Terhorst

LITERATUUR

- Hoe het zit. Over de gevangeniservaring in de literatuur
Maarten Asscher

RODE DRAAD

- Van slaapkamer naar vruchtbaarheidskliniek
Britta van Beers



Vijftien jaar openstelling huwelijk

Naar een huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht

Kees Waaldijk*

* Prof. mr. C. Waaldijk is als hoogleraar Comparative sexual orientation law verbonden aan Universiteit Leiden, *www.law.leidenuniv.nl/waaldijk*.

- 1 In dit artikel moeten helaas een aantal interessante deelonderwerpen buiten beschouwing blijven, waaronder draagmoederschap, eiceldonatie, weigerambtenaren en de meeste aspecten van geregistreerd partnerschap, alsmede ontkenning, vervangende toestemming bij erkenning, en vernietiging van erkenning. Ook de vraag of een kind meer dan twee juridische ouders moet kunnen hebben, blijft hier onbesproken.
- 2 Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opneming daarin van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap, *Stb.* 1997, 324.
- 3 Wet openstelling huwelijk, *Stb.* 2001, 9.
- 4 C. Waaldijk, 'Beantwoording rechtsvraag (170) Homohuwelijk', *Ars Aequi* 1987, p. 644-650. Er zijn wel diverse eerdere Amerikaanse artikelen, zie bijvoorbeeld A.J. Silverstein, 'Constitutional Aspects of the Homosexual's Right to a Marriage License', *Journal of Family Law* (12) 1972-1973, p. 607-634.
- 5 HR 19 oktober 1990, ECLI: NL:HR:1990:AD1260, *NJ* 1992/129. In de 'Aanvulling en toelichting' op het cassatiemiddel in deze procedure werd de 'Beantwoording rechtsvraag (170) Homohuwelijk' uit *Ars Aequi* 'herhaald en ingelast' door advocaat mr. R.A.A. Duk (zie de publicatie in *RvdW* 1990/176).
- 6 HR 19 oktober 1990, ECLI: NL:HR:1990:AD1260, *NJ* 1992/129, r.o. 3.6.

Non-discriminatie is historisch gezien een kern van het internationale recht om te huwen. In 2001 was Nederland het eerste land dat het huwelijk openstelde voor paren van gelijk geslacht, maar het afstammingsrecht maakt nog steeds onderscheid tussen gelijk en verschillend geslacht. Dat kan anders. Het hele huwelijksrecht kan zelfs geslachtsneutraal.

1 Van rechtsvraag tot rechtsgelijkheid
Het familierecht maakt van oudsher onderscheid tussen heteroseksuele en homoseksuele relaties. In Nederland zijn de laatste 25 jaar wetten tot stand gebracht die dat onderscheid stap voor stap wat hebben ingeperkt.¹ Na de invoering in 1998 van geregistreerd partnerschap,² was Nederland op 1 april 2001 het eerste land ter wereld dat het huwelijk openstelde voor paren van gelijk geslacht.³

In dit artikel wil ik onderzoeken of en hoe zelfs het Nederlandse afstammingsrecht geheel gerichtheidsneutraal geformuleerd kan worden, dus ongeacht of het om partners van gelijk of verschillend geslacht gaat

Als eerste Nederlandse (en Europese?) juridische tijdschrift publiceerde *Ars Aequi* in 1987 een artikel over openstelling van het huwelijk.⁴ Dat artikel werd kort daarna opgepikt in twee proefprocessen, waarvan er een in 1990 leidde tot een uitspraak van de Hoge Raad.⁵ Daarin werd het verzoek

van twee vrouwen om te huwen afgewezen, maar een belangrijke overweging daagde de wetgever uit om iets te regelen voor paren van gelijk geslacht.⁶ Deze uitspraak van de Hoge Raad leidde binnen enkele weken tot de aanloop naar wetgeving inzake geregistreerd partnerschap.⁷ Al tijdens de behandeling van die wetgeving nam de roep om openstelling van het huwelijk toe, en dat leidde tot de wetgeving die in 2001 in werking trad.⁸ Sindsdien hebben verschillende wetten de resterende ongelijkheid tussen homo- en heteroparen inzake ouderschap

Dankwoord en verantwoording

De auteur is een aantal mensen dankbaar voor hun hulp of inspiratie bij het schrijven van dit artikel, met name een Chinese student die hem attent maakte op de geschiedenis van de woorden 'men and women' in art. 16 UVRM, alsmede drie onderzoekers op de Leidse rechtenfaculteit: Natalie Nikolina (voor haar hulp bij het verzamelen van literatuur over erkenning), Giuseppe Zago en Daniel Damonzé (voor hun hulp bij het bestuderen van de *travaux préparatoires* van respectievelijk UVRM en IVBPR). Een eerdere versie van gedachten in paragrafen 4, 5, 8, 9 en 10 publiceerde de auteur in 2010 online als 'Reactie op concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap ten behoeve van de internetconsultatie van het Ministerie van Justitie', *www.internetconsultatie.nl/ouderschapsduomoeder/reacties*. Een latere versie van die gedachten verscheen in 2014 – helaas onvolledig – onder de titel 'Afstamming ongeacht gerichtheid of geslacht', in: E. Loeb e.a. (red.), *Alle kleuren Jaap! Liber Amicorum ter gelegenheid van de 60e verjaardag van Jaap van Straaten*, z.p.: z.j., p. 29-37.

wat verkleind.⁹ Ten slotte maakte de Duo-moederwet die op 1 april 2014 in werking trad,¹⁰ de rechtsgelijkheid nog wat groter, maar nog steeds niet volledig. Al deze stappen *verkleinden en bevestigden* de rechtsongelijkheid slechts.¹¹

In dit artikel wil ik onderzoeken of en hoe zelfs het Nederlandse afstammingsrecht geheel *gerichtheidsneutraal* geformuleerd kan worden, dus ongeacht of het om partners van gelijk of verschillend geslacht gaat. Ik doe dat tegen de achtergrond van het recht om te huwen in het internationale recht. Hoe verhoudt dit mensenrecht zich tot non-discriminatie? Daarbij zal blijken dat zowel het internationale recht om te huwen, als de wens ook het laatste restje homodiscriminatie uit Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek te verwijderen, alles van doen heeft met de noodzaak om het huwelijksrecht *geslachtsneutraal* te maken.

Zowel het internationale recht om te huwen, als de wens ook het laatste restje homodiscriminatie uit Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek te verwijderen, heeft alles van doen met de noodzaak om het huwelijksrecht *geslachtsneutraal* te maken

Eerst bespreek ik hoe de gelijkheid van vrouw en man tot uitdrukking komt in de tekst en de totstandkomingsgeschiedenis van het internationale recht om te huwen (paragraaf 2) en hoe de Europese jurisprudentie het recht om te huwen enigszins van toepassing heeft verklaard op paren van gelijk geslacht (paragraaf 3). De volgende paragrafen bespreken hoe de Nederlandse wetgeving inzake huwelijk, naam en afstamming, ondanks allerlei recente wijzigingen, nog steeds onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen en tussen partners van gelijk en van verschillend geslacht. Daardoor komen ook transgenders en mensen met een intersekse niet goed tot hun recht (paragraaf 7). Ten slotte geef ik aan hoe het afstammingsrecht en daarmee het huwelijksrecht – dankzij de mogelijkheid van prenatale erkenning – volledig gerichtheidsneutraal en geslachtsneutraal geformuleerd kunnen worden, en daardoor ook veel eenvoudiger (paragrafen 8, 9 en 10).

2 De totstandkoming van een geslachtsneutraal mondiaal recht om te huwen

‘Everyone has the right to contract marriage in accordance with the laws of the State.’ Zo luidde in juni 1947 de eerste concepttekst voor een huwelijksartikel in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM).¹² Vervolgens is er bij herhaling beraadslaagd over de formulering van dit recht. Blijkens de gepubliceerde *travaux préparatoires* is daarbij nooit expliciet stilgestaan bij de vraag of dit recht alleen toekomt aan paren van verschillend geslacht.¹³

Wel kwamen er suggesties om iets in deze bepaling op te nemen over de gelijkheid van man en vrouw.¹⁴ Vervolgens stelt Wit-Rusland in december 1947 voor om te bepalen dat het huwelijk gereguleerd zal worden ‘on the basis of equal rights for men and women’, terwijl de voorzitter van de Working Group on the Declaration of Human Rights (Eleanor Roosevelt) voorstelt: ‘Women and men shall have the same freedom to marry and to choice of marriage partner, and the same access to remedies for breach of marriage.’¹⁵ De werkgroep kiest vervolgens voor: ‘Men and women shall have the same freedom to contract marriage in accordance with the law.’¹⁶ In mei 1948 wordt het: ‘Men and women shall have equal rights as to marriage in accordance with the law.’¹⁷ In juni 1948 stellen de VS voor daarvan te maken: ‘Men and women are entitled to equal rights as to marriage.’¹⁸ Dat wordt vervolgens op voorstel van Frankrijk (René Cassin) uitgebreid tot: ‘Men and women of full age have the right to marry and to found a family and are entitled to equal rights as to marriage.’¹⁹ Daarna worden nog enkele woorden toegevoegd,²⁰ wat vervolgens leidt tot aanneming op 10 december 1948 van de definitieve tekst van artikel 16, eerste lid, UVRM:

‘Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.’²¹

In de laatste versies wordt dus niet langer gesproken van een voor vrouwen en mannen ‘equal’ recht om te huwen, maar dat lijkt een vergissing die ontstaan is door het amendement van René Cassin. Zowel in de eerdere als in de latere versies is echter duidelijk dat de woorden ‘Men and women’ er staan met het oog op rechtsgelijkheid voor vrouwen, en niet met het oog op rechtsongelijkheid voor homoseksuelen. Aan een huwelijk

- 7 Zie C. Waaldijk, ‘De heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk na Hoge Raad 19 oktober 1990’, *Ars Aequi* 1991, p. 47-56 (AA19910047).
- 8 Zie K. Waaldijk, ‘Small change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands’, in: R. Wintemute & M. Andenaes, *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships – A Study of National, European and International Law*, Oxford: Hart 2001, p. 437-464. Op 1 april 2001 trad ook in werking de Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht), *Stb.* 2001, nr. 10.
- 9 Wet van 4 oktober 2001 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2001, 468 (zie art. II van die wet, waarin art. 1:253sa BW zo geformuleerd wordt dat het ook van toepassing is in een huwelijk van twee vrouwen); deze wet trad in werking op 1 januari 2002. En de Wet van 24 oktober 2008 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen, *Stb.* 2008, 425 (in werking 1 januari 2009).
- 10 Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480; zie ook het inwerkingtredingsbesluit van 20 maart 2014, *Stb.* 2014, 132.
- 11 Dit is een manifestatie van wat ik de ‘law of small change’ heb genoemd, zie Waaldijk 2001, p. 440.
- 12 W.A. Schabas (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights – The Travaux Préparatoires* (three volumes), Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 283.
- 13 Zie alle pagina’s waar sprake is van ‘marriage’ dan wel ‘marry’ in: Schabas 2013. Zie ook W. Schabas, ‘Gay Marriage, the Universal Declaration and a Cardinal’, weblog van 5 maart 2012 op *PhD in human rights*, <http://humanrightsdoctorate.blogspot.nl/2012/03/gay-marriage-universal-declaration-and.html> (laatst geraadpleegd op 29 januari 2016).



Foto: Marten Hoogstraat
(www.whiteframe.nl)
© Ars Aequi

van partners van gelijk geslacht hebben de opstellers van de UVRM vermoedelijk niet gedacht en in de *travaux préparatoires* is nergens te lezen dat zij met de woorden 'Men and women' beoogd hebben het heterokarakter van het huwelijk te benadrukken. Die woorden zijn juist gekozen om voor vrouwen in dit verband 'the same freedom' dan wel 'equal rights' te garanderen.

Daarom is het opmerkelijk dat het VN-Mensenrechtencomité in 2002, in de eerste internationale mensenrechtenzaak waarin paren van gelijk geslacht het recht claimden om te huwen (*Joslin/Nieuw Zeeland*), stelde dat 'Use of the term "men and women" (...) has been consistently and uniformly understood as indicating that the treaty obligation (...) is to recognize as marriage only the union between a man and a woman'.²² Dit was zonder meer in strijd met de hier weergegeven totstandkomingsgeschiedenis van de UVRM.

Nu draaide de *Joslin*-zaak niet om artikel 16 UVRM, maar om het daarop gebaseerde artikel 23 van het Internationale verdrag inzake de burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Het tweede lid daarvan luidt: 'The right of men and women of marriageable

age to marry and to found a family shall be recognized.' Ook in de *travaux préparatoires* van het IVBPR lijkt echter geen enkele aanwijzing te vinden dat de woorden 'men and women' specifiek bedoeld zouden zijn om het recht om te huwen een exclusief heteroseksueel karakter te geven,²³ net zo min als er aanwijzingen zijn dat de opstellers bedoeld hebben om ook paren van gelijk geslacht een recht op huwelijk toe te kennen. Op dit punt zwijgen de *travaux préparatoires*. Daarom is er nogal wat af te dingen op de kernoverweging van het VN-Mensenrechtencomité in de *Joslin*-zaak. Dat betekent niet zonder meer dat dit comité in een vergelijkbare zaak tot een ander oordeel zal moeten komen. Immers, ook in het woord 'to marry' kan besloten liggen dat het recht om te huwen alleen bedoeld is voor paren van verschillend geslacht. Het is waarschijnlijk dat een dergelijk heterohuwelijk het enige is waar de opstellers van de UVRM in de jaren 40, en van het IVBPR in de jaren 50 en 60, aan gedacht hebben.²⁴ Maar dat is uiteraard niet altijd beslissend. Mensenrechtenverdragen kunnen immers ook dynamisch geïnterpreteerd worden, in het licht van recentere ontwikkelingen.

14 Schabas 2013, p. 304, 420, 859, 1074, 1154, 1198-1200.

15 Schabas 2013, p. 1202.

16 Schabas 2013, p. 1205.

17 Schabas 2013, p. 1563.

18 Schabas 2013, p. 1753.

19 Schabas 2013, p. 1787-1788.

20 Schabas 2013, p. 2471-2472, 2478.

21 Schabas 2013, p. 3089, 3094.

22 VN-Mensenrechtencomité 17 juli 2002, 902/1999 (*Joslin/Nieuw Zeeland*), par. 8.2.

23 Een dergelijke aanwijzing is in ieder geval niet te vinden in de teksten die opgenomen zijn in: M.J. Bossuyt, *Guide to the 'travaux préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1987, p. 441-454.

24 Zie ook Schabas 2012.

Van een dynamische interpretatie gaf het EHRM blijk, toen het in 2010 voor het eerst ten principale een antwoord moest geven op de vraag of heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk in strijd is met het EVRM

3 Een gerichtheidsneutraal recht om te huwen in Europa

Van een dynamische interpretatie gaf het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) blijk, toen het in 2010 voor het eerst ten principale een antwoord moest geven op de vraag of heteroseksuele exclusiviteit van het huwelijk in strijd is met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De rechtsontwikkeling had niet stilgestaan: na Nederland (2001), hadden inmiddels ook België (2003), Spanje en Canada (2005), Zuid Afrika (2006), Zweden en Noorwegen (2009), IJsland, Portugal en Argentinië (2010) en delen van de VS en Mexico het huwelijk opengesteld.²⁵ Tien landen in tien jaar. Dit (kleine) aantal bleek in de zaak *Schalk & Kopf* onvoldoende om het EHRM te doen besluiten dat het tijd was om van Oostenrijk (en andere Europese) landen te verlangen het huwelijk ook voor paren van gelijk geslacht open te stellen. Ook de tekst van artikel 12 EVRM is gebaseerd op artikel 16 UVRM: 'Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.' Toch baseerde het EHRM zich, anders dan het VN-Mensenrechtencomité, niet op de woorden 'Men and women'. Het Hof kon inmiddels namelijk acht slaan op artikel 9 van het Handvest van de grondrechten van de EU, waarin het recht om te huwen gewaarborgd wordt zonder te spreken van vrouwen en mannen, en overwoog:

'Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.'²⁶

Deze interessante overweging, waarin het Hof zich bovendien niet beroept op enige 'heteroseksuele' betekenis of bedoeling van het

woord 'marry', lijkt voor de toekomst een vier-tal openingen te bieden – voor het EHRM zelf dan wel voor toetsende nationale rechters. In de eerste plaats kunnen nationale rechters zich niet langer verschuilen achter een restrictieve Straatsburgse uitleg van artikel 12 EVRM, zoals de Hoge Raad in 1990 nog had gedaan.²⁷ In de tweede plaats heeft het Hof in andere zaken al overwogen dat nationale beperkingen van het recht om te huwen 'must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired'.²⁸ In de derde plaats spreekt het Hof slechts over het al dan niet toestaan van gelijkgeslachtelijke huwelijken in het eigen nationale recht. Daarmee laat het Hof voor zichzelf de ruimte om later de eis te gaan stellen dat landen dergelijke huwelijken uit andere landen wel moeten erkennen (een belangrijke kwestie, waarover ongetwijfeld ook het Hof van Justitie van de EU eens een oordeel zal moeten vellen).²⁹ In de vierde plaats brengt de toepasselijkheid van artikel 12 ook de toepasselijkheid mee van artikel 14 EVRM, het verbod van discriminatie inzake andere rechten.³⁰ Op den duur zou het Hof daarom tot de conclusie kunnen komen dat de argumenten voor uitsluiting van gelijkgeslachtelijke paren geen objectieve en redelijke rechtvaardiging opleveren, dat die uitsluiting derhalve een discriminerende beperking is van de uitoefening van het recht om te huwen en dat die uitsluiting dus in strijd is met artikel 14 in verband met artikel 12 EVRM (zoals het ongetwijfeld nu al een ongerechtvaardigd discriminerende beperking zou zijn indien een land het huwelijk zou voorbehouden aan mensen van een bepaalde religieuze groep). Overigens heeft het EHRM in 2015 in de *Oliari*-zaak een beroep van gelijkgeslachtelijke paren op artikel 14 in verband met artikel 12 nog afgewezen.³¹

Als de trend zich voortzet, dan zal het in de toekomst gemakkelijker worden voor een internationale mensenrechteninstantie om homodiscriminatie af te wijzen bij de implementatie van het recht om te huwen

De rechtsontwikkeling gaat echter verder. De afgelopen vijf jaar is een huwelijk van twee vrouwen of twee mannen ook mogelijk

25 A. Carroll & L. Paoli Itaborahy, *State-Sponsored Homophobia – A World Survey of Laws: criminalisation, protection and recognition of same-sex love*, Geneva: ILGA 2015, p. 41-42.

26 EHRM 24 juni 2010, 30141/04, par. 61 (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*).

27 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, r.o. 3.4, *NJ* 1992/129 ('Nu dat Hof in een recente uitspraak de reikwijdte van art. 12 duidelijk heeft vastgesteld, vindt de Hoge Raad geen vrijbrief een ruimere betekenis aan de verdragsbepaling toe te kennen'); zie daarover ook Waaldijk 1991, p. 50.

28 Zie bijvoorbeeld EHRM 11 juli 2002, 28957/95, par. 99 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*).

29 Zie J. Rijpma & N. Koffeman, 'Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU', in: D. Gallo, L. Paladini & P. Pustorino (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg: Springer 2014, p. 455-491; K. Waaldijk, 'The Right to Relate: A Lecture on the Importance of "Orientation" in Comparative Sexual Orientation Law', *Duke Journal of Comparative & International Law* (24) 2013, p. 196-198.

30 Vergelijk HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, r.o. 3.5, *NJ* 1992/129, waar het beroep op art. 14 EVRM nog afgedaan werd met de stelling dat het onderscheid 'eigen is aan het in art. 12 (...) verzekerde recht om te huwen'. Over de *lex specialis*-redenering waarmee de Hoge Raad in r.o. 3.4 het beroep op art. 8 EVRM afwees, zie Waaldijk 1991, p. 50-52.

31 EHRM 21 juli 2015, 18766/11 en 36030/11, par. 193 (*Oliari/Italië*).

32 Carroll & Paoli Itaborahy 2015, p. 41-42.

33 Inmiddels kunnen paren van gelijk geslacht in 25 Europese landen (een kleine meerderheid!) een huwelijk of geregistreerd partnerschap aangaan. Zie K. Waaldijk 2015, 'Grote diversiteit en enige rechtsgelijkheid – Juridische samenlevingsvormen voor paren van gelijk geslacht', *Justitiële Verkenningen* 2015, afl. 4 (bijzonder nummer 'Verboden liefdes'), p. 70-71; en zie verder: K. Boele-Woelki & A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe – National, Cross-Border and European Perspectives*, Cambridge: Intersanta 2012.

34 Optimistisch hierover zijn P. Gerber, K. Tay & A. Sifris, 'Marriage: A Human Right for All?', *Sydney Law Review* 2014 (36), p. 643-667. Zie ook K. Waaldijk, 'Same-sex partnership, international protection', in: R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online edition), Oxford: Oxford University Press 2014, www.mpepil.com. Recent heeft het EHRM geoordeeld dat Italië, gegeven de specifieke omstandigheden aldaar, gehouden is een vorm van partnerschapswetgeving voor paren van gelijk geslacht in te voeren (EHRM 21 juli 2015, 18766/11 en 36030/11, par. 184 (*Oliari/Italië*)).

35 Bossuyt 1987, p. 445-449.

36 Zie bijvoorbeeld de Wet van 14 juni 1956 tot opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw, *Stb.* 1956, 343 (lex-Van Oven). En de Wet van 30 augustus 1984 tot wegneming van een aantal ongelijkheden tussen man en vrouw in het personen- en familierecht en in enige andere wetten, *Stb.* 1984, 404.

37 Zie de verwijzingen in paragraaf 1, hierboven.

38 VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1994, 488/1992, par. 8.7 (*Toonen/Australië*).

39 M. van den Brink & J. Tigchelaar, *M/V en verder – Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, Den Haag: WODC/Ministerie van Veiligheid & Justitie 2014 (Bijlage 7, 'Een inventarisatie van Nederlandse wetgeving met sekse specifieke aanduidingen of de term "geslacht"').

40 Van den Brink & Tigchelaar 2014, Bijlage 7, p. 99-100 en 117-123. Daarnaast noemt de bijlage (p. 63-64) nog enkele bepalingen waarin sekse specifieke termen worden gebruikt zonder onderscheid te beogen.

41 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, r.o. 3.6, *NJ* 1992/129. Voor een kritische reconstructie van de overwegingen van de Hoge Raad, zie Waaldijk 1991.

42 Dat was immers de enige geslachtsspecifieke afstammingsregel in het huwelijk (zie Waaldijk 1991, p. 53-54). Zie over deze in dit verband latische vaderschapsregel (thans art. 1:199, onder a, BW) ook Waaldijk 1987, p. 647-649, alsmede par. 6.6 van de conclusie van A-G Moltmaker voor HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, *NJ* 1992/129.

43 Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde

geworden in Denemarken (2012), Frankrijk, Nieuw Zeeland en Uruguay (2013), het Verenigd Koninkrijk (2014), en in Luxemburg, Ierland en de resterende staten in de VS (2015).³² Bij elkaar gaat het nu om 18 landen in 15 jaar. Een kleine minderheid in de wereld, maar een grotere in Europa.³³ Als de trend zich voortzet, dan zal het in de toekomst gemakkelijker worden voor een internationale mensenrechteninstantie om homodiscriminatie af te wijzen bij de implementatie van het recht om te huwen.³⁴

Dat zou geheel passen bij de centrale plaats die non-discriminatie heeft in zowel de tekst als de totstandkomingsgeschiedenis van het recht om te huwen (zie paragraaf 2). Daarbij werd destijds nog niet gedacht aan discriminatie naar seksuele gerichtheid. De nadruk lag op het tegengaan van discriminatie van vrouwen. In de *travaux préparatoires* van het IVBPR werd in het bijzonder gewezen op de noodzaak om de gelijkwaardigheid van man en vrouw in het huwelijksrecht geleidelijk ('progressively') te realiseren.³⁵ En dat werd op geslachtsneutrale wijze vastgelegd in artikel 23, vierde lid: 'States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution.'

Zeker in Nederland gaat de realisering van de gelijkheid van man en vrouw in het huwelijksrecht stapje voor stapje

4 Een geslachtsneutraal huwelijksrecht?

Zeker in Nederland gaat de realisering van de gelijkheid van man en vrouw in het huwelijksrecht stapje voor stapje.³⁶ Ook de diverse wetten inzake partners van gelijk geslacht hebben het Nederlandse familierecht geslachtsneutraler gemaakt.³⁷ Onderscheid naar seksuele gerichtheid is immers per definitie tevens onderscheid naar geslacht,³⁸ want het gaat bij seksuele gerichtheid steeds om iemands geslacht in vergelijking met het geslacht van haar/zijn feitelijke of gewenste partner(s). Met andere woorden, bij seksuele gerichtheid gaat het erom of iemands geslacht hetzelfde is – of juist niet – als dat van degene(n) met wie hij of zij een relatie heeft of zou willen hebben.

Dit neemt niet weg dat het Nederlandse familierecht nog steeds verschil maakt tussen vrouw en man. Zeer onlangs is dat nog eens helder in kaart gebracht.³⁹ De inventarisatie noemt 25 artikelen in Boek 1 van het Burgerlijke Wetboek die onderscheid maken naar geslacht. Wat betreft het huwelijksrecht gaat het dan vooral om regels over de achternaam en over de afstamming.⁴⁰

Familierechtelijke regels die onderscheid maken tussen man en vrouw, maken het familierecht minder goed toepasselijk voor paren van gelijk geslacht. Daarin wordt soms een argument gezien om vrouwenparen en mannenparen uit te blijven sluiten van het huwelijk of althans van die specifieke regels – eventueel in combinatie met invoering van andere regels om die uitsluiting enigszins te compenseren.

Het Nederlandse familierecht maakt nog steeds verschil tussen vrouw en man

In 1990 was het bestaan van geslachts-specifieke rechtsgevolgen van het huwelijk inzake afstamming voor de Hoge Raad de enige rechtvaardiging om de 'onmogelijkheid' van een gelijkgeslachtelijk huwelijk niet als discriminatie (in de zin van art. 26 IVBPR) aan te merken.⁴¹ De Hoge Raad moet hierbij gedacht hebben aan de regel dat bij geboorte binnen een huwelijk de echtgenoot als vader wordt aangewezen (ook als deze geen rol heeft gespeeld bij de bevruchting).⁴² Die regel speelde vervolgens ook een belangrijke rol in het advies van de Commissie openstelling burgerlijk huwelijk. De Commissie adviseerde in meerderheid om het huwelijk open te stellen. Zij adviseerde unaniem om daaraan geen 'afstammingsrechtelijke gevolgen van rechtswege' te verbinden, maar in plaats daarvan bij geboorte van een kind bij twee gehuwde vrouwen, deze vrouwen van rechtswege met gezamenlijk gezag te bekleden.⁴³ Aldus is ook geschied: nadat huwelijken op 1 april 2001 mogelijk waren geworden voor paren van gelijk geslacht, trad negen maanden later artikel 1:253sa BW in werking.⁴⁴ Dit was natuurlijk nog geen volledige rechtsgelijkheid, en nam ook niet alle knelpunten weg in de praktijk.⁴⁵ De roep om volledige rechtsgelijkheid voor gelijkgeslachtelijke paren verstomde daarom niet, en leidde onder andere tot nadere wetgeving om de positie van een 'duomoeder' meer vergelijkbaar te maken met die van een vader in een heterogezin.⁴⁶

5 Meer mogelijkheden voor duomoeders

Onder meer na advisering door de Commissie-Kalsbeek,⁴⁷ kwamen er door de Duomoederwet per 1 april 2014 uiteindelijk drie nieuwe mogelijkheden voor juridisch moederschap in het eerste lid van artikel 1:198 BW: moederschap van rechtswege voor de huwelijkse of geregistreerde partner van de barendende moeder maar alleen in geval van een onbekende donor (onderdeel b – vrijwel onleesbaar); erkenning (onderdeel c); en gerechtelijke vaststelling (onderdeel d).⁴⁸ Het hele eerste lid is in het kader hiernaast weergegeven.

Na een korte aanduiding van de nieuwe mogelijkheid van moederschap van rechtswege voor de gehuwde of als partner geregistreerde duomoeder in geval van kunstmatige bevruchting met zaad van een *onbekende* donor (onderdeel b), schrijft de memorie van toelichting: 'In alle andere gevallen kan de duomoeder het kind erkennen'.⁴⁹ Dat betekent dat een kind dat staande zo een lesbisch huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren dankzij een bekende donor, of dankzij geslachtsgemeenschap (met een derde), erkend kan worden door de duomoeder. Verderop in de memorie van toelichting valt te lezen dat het (in geval van een bekende donor) wenselijk is 'aan de moeder, de duomoeder en de biologische vader de keuze te laten of de biologische vader de juridische ouder van het kind zal zijn'.⁵⁰ Als zij daarvoor kiezen, dan zal dat door erkenning kunnen gebeuren. In beide gevallen is het geen probleem dat het dan gaat om de erkenning van het kind van een gehuwde of als partner geregistreerde vrouw, omdat artikel 1:204, eerste lid, BW zich slechts verzet tegen erkenning 'terwijl er [al] twee ouders zijn'.⁵¹

De Duomoederwet maakt een einde aan de heteroseksuele en mannelijke exclusiviteit van de erkenning

De Duomoederwet maakt een einde aan de heteroseksuele en mannelijke exclusiviteit van de erkenning. Bovendien beperkt deze wet het verschil tussen lesbische en heterorelaties voor wat betreft ouderschap van rechtswege. Op dat terrein laat deze wet echter een groot verschil in stand: bij bevruchting door geslachtsgemeenschap (met een derde) of met hulp van een bekende

Artikel 1:198, eerste lid, BW

1. Moeder van een kind is de vrouw:

- a. uit wie het kind is geboren;
- b. die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd of door een geregistreerd partnerschap is verbonden met de vrouw uit wie het kind is geboren, indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, sub 1, van de Wet donorgevens kunstmatige bevruchting en een door de stichting, bedoeld in die wet, ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is, tenzij de laatste zin van dit onderdeel of de eerste zin van artikel 199, onder b, geldt. De verklaring dient bij de aangifte van de geboorte te worden overgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en werkt terug tot aan de geboorte van het kind. Indien het huwelijk of geregistreerd partnerschap na de kunstmatige donorbevruchting en voor de geboorte van het kind is ontbonden door de dood van de echtgenote of geregistreerde partner van de vrouw uit wie het kind is geboren, is de overleden echtgenote of geregistreerde partner eveneens moeder van het kind als de voornoemde verklaring wordt overgelegd bij de aangifte van de geboorte van het kind, zelfs indien de vrouw uit wie het kind is geboren was hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren;
- c. die het kind heeft erkend;
- d. wier ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- e. die het kind heeft geadopteerd.

donor, wordt de mannelijke echtgenoot wel automatisch ouder, maar de vrouwelijke echtgenote van de moeder niet. Hieronder zal ik laten zien hoe dit wettelijke verschil op eenvoudige wijze opgeheven kan worden (zie paragraaf 9).

Als de twee vrouwen niet tijdig tot een naamkeuze komen, krijgt het kind de achternaam van de echtgenote en (net als in een heterohuwelijk) niet die van de vrouw uit wie het kind geboren is

6 Het naamrecht

De Duomoederwet illustreert ook de onwenselijkheid van het bestaande man/vrouwonderscheid in het naamrecht. Sinds die wet deelt de echtgenote van de barendende moeder namelijk in de wettelijke bevoorrechting van de achternaam van de man: als de twee vrouwen niet tijdig tot een naamkeuze komen, krijgt het kind de achternaam van de echtgenote en (net als in een heterohuwelijk) niet die van de vrouw uit wie het kind geboren is.⁵² Zelfs deze curiositeit heeft de wetgever er niet toe gebracht om nu eenvoudig het naamrecht eenvoudiger en wat

geslacht, *Rapport*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1997, p. 22-24.

44 Art. 1:253sa BW werd ingevoerd door de Wet van 4 oktober 2001 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2001, 468 (zie art. II van die wet, waarin het artikel zo geformuleerd wordt dat het ook van toepassing is in een huwelijk van twee vrouwen).

45 K. Boele-Woelki e.a., *Huwelijk of geregistreerd partnerschap – Evaluatie van de wet openstelling huwelijk en de wet geregistreerd partnerschap*, Amsterdam/Deventer: Stichting tot bevordering der notariële wetenschap/Kluwer 2007, p. 53, 271-272.

46 Wet van 24 oktober 2008 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen, *Stb.* 2008, 425 (in werking 1 januari 2009).

47 Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport Lesbisch Ouderschap*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2007.

48 Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480.

49 *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, 3, p. 2 (MvT).

50 *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, 3, p. 7 (MvT).

51 Sinds 1 april 2014 staat dat in art. 1:204 lid 1, onder e, BW. Voordien stond het onder f, en werd onder e nog rechterlijke toestemming vereist voor erkenning door een 'met een andere vrouw gehuwd man'. Zie de Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2013, 486, en het inwerkingtredingsbesluit van 20 maart 2014, *Stb.* 2014, 134.

52 Zie art. 1:5 lid 13 in samenhang met lid 5, onder a, BW.

geslachtsneutraler te maken. De tekst van artikel 1:5 BW is nu vrijwel onleesbaar door de verschillen die er gemaakt worden tussen man en vrouw en door de uiteenlopende manieren waarop dat gebeurt voor erkenning, voor adoptie, en voor geboorte binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap. Het kan zoveel simpeler, zónder bevoorrechtiging van de man. Bijvoorbeeld als volgt:

Indien een kind door erkenning of geboorte in familierechtelijke betrekking tot twee ouders staat, heeft het kind de geslachtsnaam van de persoon uit wie het geboren is, tenzij de ouders voor of ter gelegenheid van de erkenning of geboorteaangifte gezamenlijk verklaard hebben dat het kind de geslachtsnaam van de andere ouder zal hebben.

Indien een kind na adoptie in familierechtelijke betrekking tot twee ouders zal staan, houdt het kind de eigen geslachtsnaam, tenzij deze ouders ter gelegenheid van de adoptie gezamenlijk verklaren dat het kind de geslachtsnaam van een van hen zal hebben.

Een aantal buitenlanders gaat door het leven zonder te boek te staan als man of vrouw. Op een Nederlandse geboorteakte kan vermeld staan ‘dat het geslacht van het kind niet is kunnen worden vastgesteld’

7 Intersekse, transgenders en geslachtsverandering

Familierechtelijke regels die onderscheid maken naar geslacht of gerichtheid, zijn niet alleen meestal nadelig, vervelend of lastig voor heteroseksuele en lesbische vrouwen en homoseksuele mannen, maar kunnen dat ook zijn voor andere gender-minderheden: mensen met een intersekse, transseksuelen (vóór, tijdens en na een eventuele transitiefase), en (andere) transgenders, onder wie de vrij grote groep mensen ‘die zich zowel man als vrouw voelen of geen van beide, dan wel zich overwegend, maar niet volledig identificeren met het geboortegeslacht’.⁵³

Een aantal buitenlanders (afkomstig uit bijvoorbeeld India, Nepal, Duitsland, Nieuw Zeeland of Australië) gaat door het leven zonder te boek te staan als man of vrouw – in hun geboorteakte en/of paspoort staat onder geslacht bijvoorbeeld *unspecified*, *indeterminate*, *intersex*, *third gender*, *X* of helemaal niets.⁵⁴ Op een Nederlandse geboorteakte kan vermeld staan ‘dat het geslacht van het kind niet is kunnen worden vastgesteld’, en dit kan ook langer duren

dan drie maanden.⁵⁵ Voor deze kleine (maar vermoedelijke groeiende) groep Nederlanders en buitenlanders zijn geslachtsspecifieke regels moeilijk toepasbaar.

En sinds 1 juli 2014 is het in Nederland (terecht) mogelijk voor transseksuelen om juridisch van geslacht te veranderen, zonder zich eerst onvruchtbaar te moeten laten maken,⁵⁶ net als in een aantal andere landen. Daardoor zal het nu incidenteel voorkomen dat een kind gebaard wordt door een man, of verwekt wordt door een vrouw (terwijl ingevroren zaadcellen of eicellen al wat langer afkomstig konden zijn van een levensgezel die inmiddels van geslacht is veranderd). Dit levert uiteraard hoofdbreken op bij de toepassing van geslachtsspecifieke regels over vaderschap of moederschap. Dit heeft onder meer geleid tot het curieuze derde lid van artikel 1:28c BW. Daardoor wordt de man die een kind baart, voor de toepassing van het afstammingsrecht nog steeds als vrouw beschouwd (en dus als moeder).⁵⁷ Omgekeerd wordt de vrouw die een kind verwekt bij haar partner (of daartoe haar zaad laat gebruiken), door artikel 1:28c voor de toepassing van het afstammingsrecht *niet* beschouwd als man. Daardoor krijgt zij ook in geval van huwelijk of geregistreerd partnerschap het ouderschap niet van rechtswege op grond van de vaderschapsregel van artikel 1:199 BW, en evenmin op grond van artikel 1:198 (eerste lid, onder b), omdat duomoederschap van rechtswege alleen kan ontstaan in geval van een onbekende donor.⁵⁸ Zij zal dus over moeten gaan tot erkenning⁵⁹ of adoptie.⁶⁰

Het zal incidenteel voorkomen dat een kind gebaard wordt door een man, of verwekt wordt door een vrouw. Dit levert uiteraard hoofdbreken op bij de toepassing van geslachtsspecifieke regels over vaderschap of moederschap

Een en ander laat goed zien dat het ook vanuit het perspectief van transseksuelen, transgenders, en mensen met een intersekse wenselijk is om de laatste man/vrouw en hetero/homo verschillen uit het huwelijksrecht te verwijderen. Daartoe deed ik in paragraaf 6 al een voorstel voor het naamrecht, en zal ik in de volgende paragrafen een voorstel doen voor het afstammingsrecht.

53 Van den Brink & Tigchelaar 2014, p. 2-3.

54 Over de mogelijkheden in deze vijf landen, zie Van den Brink & Tigchelaar 2014, p. 42-54, 77-97, 126-187. Zie ook p. 20 van hun rapport, waar zij stellen dat een buitenlandse geboorteakte die het geslacht als onbekend vermeldt, ingeschreven kan worden in het geboorteregister in de gemeente Den Haag.

55 Zie art. 1:19d BW (met name het derde lid). Dit artikel wordt in de praktijk ook toegepast, maar niet vaak volgens Van den Brink & Tigchelaar 2014, p. 12, 19-20, 24, 105.

56 Wet van 18 december 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte, *Stb.* 2014, 1; zie ook het inwerkingtredingsbesluit van 19 juni 2014, *Stb.* 2014, 222.

57 Zie daarover M. van den Brink & J. Tigchelaar, ‘The equality of the (non) trans-parent women who father children’, in: M. van den Brink, S. Burri & J. Goldschmidt (red.), *Equality and human rights: nothing but trouble? – Liber amicorum Titia Loenen*, Utrecht: SIM 2015, p. 249-250.

58 Kritisch hierover: C. Forder & M. Vonk, ‘Kroniek personen- en familierecht’, *Nederlands Juristenblad* 2013, p. 2451; Van den Brink & Tigchelaar 2015, p. 253-259.

59 Anders dan Van den Brink & Tigchelaar suggereren (2015, p. 255, maar zie ook p. 253), is deze erkenningsmogelijkheid er óók indien de vrouwen géén huwelijk of geregistreerd partnerschap zijn aangegaan. Aldus ook Forder & Vonk 2013, p. 2451.

60 Voor dat geval krijgt deze vrouw in art. 1:28c BW het recht om het kind te adopteren volgens de ja-tenzij-maatstaf van artikel 1:227 BW.

8 Prenatale erkenning

Dat er nog steeds geen volledige rechtsgelijkheid is tussen kinderen die ter wereld komen in een heterogezin en kinderen die dat doen in een lesbisch gezin, is niet te rechtvaardigen.⁶¹ Dit verschil betreft immers een vorm van bevruchting (met zaad van een bekende donor of van een bereidwillige buitenrelationele verwekker) die zich niet alleen bij lesbische stellen voordoet, maar evenzeer bij heterostellen. De biologie biedt derhalve geen rechtvaardiging. De in de memorie van toelichting aangevoerde rechtvaardiging snijdt geen hout (zoals in paragraaf 9 zal blijken), omdat op een simpele wijze recht gedaan kan worden aan alle daar genoemde te beschermen belangen, zonder daarbij onderscheid te maken naar het geslacht van de partner van de vrouw uit wie het kind geboren wordt. Die andere oplossing kan volgens mij gevonden worden door rekening te houden met *prenatale erkenning*.

Zorgvuldige ongehuwde ouders zorgen ervoor dat het kind al vóór de geboorte erkend wordt. Deze mogelijkheid van prenatale erkenning wordt wel afgeleid uit artikel 1:2 BW, dat bepaalt dat het kind als reeds geboren wordt aangemerkt 'zo dikwijls zijn belang dit vordert'.⁶²

Zorgvuldige ongehuwde ouders zorgen ervoor dat het kind al vóór de geboorte erkend wordt

Prenatale erkenning heeft diverse voordelen boven postnatale, bijvoorbeeld wat betreft de mogelijkheid van geboorteaangifte door de erkennende partner van de barendende vrouw,⁶³ en ook wat betreft het nationaliteitsrecht.⁶⁴ Ook kan tijdige prenatale erkenning grote problemen voorkomen indien er tijdens of kort na de zwangerschap verwijdering ontstaat in de relatie tussen de partners/ouders, of indien het kind met een beperking wordt geboren waar de partner van de moeder voor terugdeinst. Bij postnatale erkenning is er altijd een periode dat het kind in juridische zin nog geen kind is van de aanstaande erkener. Prenatale erkenning biedt het kind meer rechtszekerheid. Ook de erkenning door een vrouw (veelal de duomoeder) zou daarom idealiter prenataal moeten plaats vinden.

Nu het mogelijk blijkt om een kind van een gehuwde (of als partner geregistreerde) vrouw te erkennen (zie paragraaf 5), en om dit prenataal te doen, ontstaat overigens wel

een ingewikkeldheid. Zou de notaris of de ambtenaar van de burgerlijke stand, in het geval dat de erkenner niet de partner is van de zwangere vrouw, niet eerst moeten navragen of de prenatale erkenning misschien afbreuk zou doen aan een ouderschapsverwachting van de huwelijkse of geregistreerde partner (m/v) van de zwangere vrouw? Mede ter vermindering van een inbreuk op *family life* in de zin van artikel 8 van het EVRM zou in artikel 1:204, eerste lid, BW een voorwaarde moeten worden toegevoegd voor erkenning in gevallen waarin het kind nog niet geboren is: die erkenning moet dan niet mogen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de echtgenoot (m/v) of geregistreerde partner (m/v) van de zwangere persoon.

De terughoudendheid van de wetgever bij het opstellen van de Duomoederwet was niet gerechtvaardigd

9 Hoe het laatste onderscheid naar gerichtheid kan en moet verdwijnen

Wanneer we de in paragraaf 8 geschetste mogelijkheden van prenatale erkenning staande huwelijk of geregistreerd partnerschap verder doordenken, blijkt dat de terughoudendheid van de wetgever bij het opstellen van de Duomoederwet niet gerechtvaardigd was. Dat bij bevruchting door geslachtsgemeenschap (met een derde) of met hulp van een bekende donor, de vrouwelijke echtgenote van de moeder niet automatisch ouder wordt, kan ertoe leiden dat hun kinderen tijdelijk of permanent een mindere goede rechtspositie hebben dan kinderen in een heterogezin. Bovendien is dit onderscheid krenkend voor lesbische vrouwen, en geeft het hen een 'perverse prikkel' om de voorkeur te geven aan een onbekende donor boven een bekende,⁶⁵ terwijl lesbische vrouwen juist vaker dan heterostellen willen kiezen voor een bekende donor.⁶⁶

De in de memorie van toelichting gegeven rechtvaardiging voor dit onderscheid is, dat de betrokkenheid van een derde (de biologische vader van het kind) in dit geval regel is, en dat de biologische moeder doorgaans met die biologische vader afspraken zal hebben gemaakt over zijn rol in het leven van het kind. En dat het wenselijk is in die gevallen 'aan de moeder, de duomoeder en

61 Ik zeg dit met enige schroom, omdat ik in het verleden bij herhaling akkoord gegaan ben met het voortduren van dergelijk onderscheid. Ik deed dat onder meer in de beantwoording van mijn *Ars Aequi* Rechtsvraag (Waalwijk 1987, p. 647, 649), en als lid van de Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (*Rapport*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1997, p. 23-24). Toen dacht ik nog dat volledige rechtsgelijkheid op dit punt niet mogelijk is.

62 S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2015/116; M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/182. Moeilijk te begrijpen is de niet nader gemotiveerde stelling van J. de Boer (*Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1**, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010/719), dat prenatale erkenning 'slechts in uitzonderingsgevallen van betekenis' zal zijn.

63 Bij prenatale erkenning geldt art. 1:19e lid 2 BW. Bij postnatale erkenning geldt lid 3.

64 Bij prenatale erkenning door iemand met de Nederlandse nationaliteit heeft het kind dat gebaard wordt door een niet-Nederlandse vanaf de geboorte de Nederlandse nationaliteit, volgens art. 3 lid 1 Rijkswet op het Nederlandschap. Bij postnatale erkenning geldt art. 4 lid 2. Zie ook G.R. de Groot, 'Wetsvoorstel conflictenrecht afstamming', in: H. Lenters e.a., *De familie geregeld?*, Lelystad: Vermande 2000, p. 222.

65 Van den Brink & Tigchelaar 2015, p. 256.

66 W.M. Schrama, 'Het afstamingsrecht', in: W.M. Schrama & M.V. Antokolskaia (red.), *Familie recht - Een introductie*, Den Haag: Boom 2014, p. 219.

de biologische vader de keuze te laten, dat de biologische vader de juridische ouder van het kind zal zijn'.⁶⁷ Dat is op zichzelf juist, maar noopt er geenszins toe om onderscheid te blijven maken tussen de positie van kinderen die bij twee vrouwen worden geboren, en die van kinderen bij een man/vrouw stel. Immers, moeder, duomoeder en biologische vader kunnen er gezamenlijk desgewenst altijd voor zorgen dat laatstgenoemde door prenatale erkenning het juridisch vaderschap verwerft.

Indien die mogelijkheid expliciet wordt genoemd in artikel 1:198 BW, dan is het niet langer nodig om onderscheid te maken tussen kinderen die geboren worden dankzij een onbekende zaaddonor enerzijds, en kinderen die geboren worden dankzij een andere vorm van bevruchting anderzijds. Het eerste lid van artikel 1:198 zou dan onder b kunnen bepalen dat moeder is de vrouw 'die op het tijdstip van de geboorte van het kind door een huwelijk of geregistreerd partnerschap is verbonden met de vrouw uit wie het kind is geboren, tenzij het kind voor de geboorte is erkend door een ander'. Zoals in paragraaf 8 is betoogd, moet toch al in artikel 1:204 BW vastgelegd worden dat een dergelijke prenatale erkenning de toestemming vereist van de echtgenoot of geregistreerde partner van degene die zwanger is.

Een dergelijk stelsel biedt alle betrokken volwassenen het voordeel dat zij gedurende negen maanden een gezamenlijke keuzemogelijkheid hebben, terwijl tegelijkertijd de rechtszekerheid van het kind beter gegarandeerd is, doordat het vanaf het moment van geboorte altijd in beginsel twee juridische ouders zal hebben.

Indien ook in artikel 1:199 BW expliciet wordt vastgelegd dat het vaderschap van echtgenoot of geregistreerde partner alleen van rechtswege tot stand komt indien het kind niet al prenataal is erkend, dan wordt er helemaal geen onderscheid meer gemaakt tussen kinderen die geboren worden bij twee vrouwen en kinderen die geboren worden bij een vrouw en man.

De hier voorgestelde uitbreiding van ouderschap van rechtswege zou het familierecht niet alleen minder discriminerend, maar ook weer wat minder ingewikkeld maken.⁶⁸

Bovendien zou een vervelende ommissie van de Duomoederwet ondervangen worden. Die wet heeft namelijk niet voorzien in een regeling voor het geval dat het kind wél is verwekt dankzij een onbekende donor, maar de bedoelde verklaring niet wordt overgelegd

bij aangifte. Dit lijkt nu te impliceren dat het kind in dat geval aanvankelijk slechts één ouder zal hebben. Dat gevolg zou onwenselijk zijn indien de verklaring op het moment van aangifte zoek is, of vergeten wordt, of bewust door iemand achtergehouden wordt. Daarvoor bestaat ook geen vangnet. Dergelijke ellende kan voorkomen worden door in onderdeel b van artikel 1:198, eerste lid, BW het moederschap van de echtgenote of geregistreerde partner van de barende vrouw niet langer te beperken tot gevallen waarin er een verklaring omtrent de onbekendheid van de donor wordt overgelegd.

De Duomoederwet heeft niet voorzien in een regeling voor het geval dat het kind wél is verwekt dankzij een onbekende donor, maar de bedoelde verklaring niet wordt overgelegd bij aangifte

10 Afstammingsrecht ongeacht geslacht

En als die beperking dan inderdaad opgeheven wordt, dan kan het hele afstammingsrecht zelfs geslachtsneutraal – en dus nog korter – worden geformuleerd.⁶⁹ In het Burgerlijk Wetboek kunnen de artikelen 1:198 (over moederschap) en 1:199 (over vaderschap) dan in elkaar geschoven worden tot één leesbaar artikel over ouderschap dat de kern van het afstammingsrecht formuleert:

Ouder van een kind is de persoon:

- uit wie het kind is geboren;
- die het kind heeft erkend;
- die op het tijdstip van de geboorte van het kind door een huwelijk of geregistreerd partnerschap is verbonden met de persoon uit wie het kind is geboren, tenzij het kind voor de geboorte is erkend door een ander;
- van wie het ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- die het kind heeft geadopteerd.

Een dergelijke geslachtsneutrale en gerichtheidsneutrale bepaling is ook wenselijk om twee andere redenen. Zoals besproken in paragraaf 7, bestaat er namelijk een kleine maar groeiende groep mensen die niet als man of vrouw te boek staan, maar bijvoorbeeld als 'third gender' of 'intersex', plus een kleine groep mensen die na juridische geslachtsverandering als vrouw in staat is om een kind te verwekken of als man om een kind te baren.

⁶⁷ *Kamerstukken II 2011/12*, 33032, 3, p. 7 (MvT).

⁶⁸ Vermoedelijk kan art. 1:253sa BW dan vervallen, evenals art. 1:227 lid 4, en art. 1:228 lid 3.

⁶⁹ Dat de huidige moeilijke leesbare chaos in de Nederlandse familiewetgeving voor een deel te wijten is aan de aanhoudende terughoudendheid waarmee de Nederlandse wetgever is tegemoetgekomen aan de roep om meer rechtsgelijkheid bij geslachtsgelijkheid, heb ik ook betoogd in mijn KNB-advies 'Partnerschapsregistratie en huwelijk: toenemende rechtsgelijkheid voor geslachtsgelijke partners en hun kinderen', in: H. Lenters e.a., *De familie geregeld?*, Lelystad: Vermande 2000, p. 179-180.

In een diverse samenleving die mensenrechten serieus neemt, dient het familierecht niet slechts uit dwingend recht te bestaan

11 Conclusie: regelend huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht

In een diverse samenleving die mensenrechten serieus neemt, dient het familierecht niet slechts uit dwingend recht te bestaan. Regels van regelend of aanvullend recht bieden mensen de mogelijkheid om het familierecht vorm te geven op een manier die past bij hun werkelijkheden en wenselijkheden. In plaats van die *default*-regels te baseren op traditie, kan men hen beter zoveel mogelijk baseren op eenvoud en rechtsgelijkheid. Dat kost minder woorden en minder hoofdbreken, en leidt tot minder mensenrechtelijke procedures. Het geschreven familierecht wordt simpeler en eerlijker wanneer het niet langer onderscheid zou maken tussen vrouwen en mannen, en tussen gelijk en verschillend geslacht.

In een groot deel van het huwelijksrecht is dat in Nederland inmiddels al gerealiseerd. Blijkens de hierboven voorgestelde tekstvoorstellen, kan het ook in het afstammingsrecht (paragrafen 9 en 10) en in het naamrecht (paragraaf 6). De huwelijks- of geregistreerde partner (m/v) zou van rechtswege de tweede ouder moeten worden – tenzij het kind met toestemming van beide partners al voor geboorte erkend is door een ander. En elk kind zou de achternaam moe-

ten krijgen van degene die het baart – tenzij de ouders gezamenlijk kiezen voor de achternaam van de andere ouder. Aldus wordt niet meer aangeknoopt bij iemands geslacht of bij de geslachtelijke samenstelling van een paar, maar bij de concrete feitelijke en juridische handelingen die een rol spelen, zoals baren, huwen, registreren, erkennen, afspreken.

De Nederlandse wetgeving is nog slechts een paar stappen verwijderd van een huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht

Dat ook paren van gelijk geslacht het recht zouden gaan claimen om te huwen en een gezin te stichten, hebben de opstellers van de UVRM en die van het IVBPR niet zien aankomen. De laatsten hebben echter wel goed doorzien dat realisering van een geslachtsneutraal huwelijksrecht veel tijd zou kosten. De Nederlandse wetgeving is nog slechts een paar stappen verwijderd van een huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht. Wegneming van het laatste restje wettelijke homodiscriminatie uit het afstammingsrecht en van de overgebleven wettelijke vrouwendiscriminatie uit het naamrecht is niet alleen in het belang van vrouwen en homoseksuelen, maar ook van transseksuelen, transgenders en mensen met een intersekse.

En uiteraard ook in het belang van juristen die Boek 1 BW (weer) willen kunnen begrijpen.