

Lesbisch ouderschap. Bespreking van het rapport van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (commissie-Kalsbeek)

*Prof. mr. A.J.M. Nuytinck,
hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder
personen- en familierecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen
(nuytinck@kabelfoon.nl)*

De auteur gaat in op de voorstellen van de commissie-Kalsbeek in haar rapport van 31 oktober 2007 om familierechtelijke betrekkingen tussen de meemoeder en het kind op eenvoudiger wijze dan door adoptie te laten ontstaan, te weten door erkenning of – als de meemoeder met de moeder is gehuwd – door juridisch ouderschap van rechtswege

1. Inleiding

Op 31 oktober 2007 heeft de commissie-Kalsbeek rapport uitgebracht aan de minister van justitie met betrekking tot lesbisch ouderschap. Het gaat hier om het eerste gedeelte van het rapport. Het tweede gedeelte ervan betreft interlandelijke adoptie en wordt naar verwachting in het voorjaar van 2008 gepresenteerd. De commissie is bijzonder voortvarend te werk gegaan. De directe aanleiding voor de instelling van de commissie is de door de Tweede Kamer aangenomen motie-Pechtold c.s. van 18 januari 2007 geweest.¹ Daarin wordt geconstateerd dat duizenden kinderen die opgroeien bij een lesbisch (echt)paar, jarenlang in juridische onzekerheid verkeren doordat de sociale moeder de juridische band met haar kind alleen kan veiligstellen door middel van een tijdrovende en kostbare adoptieprocedure. De mening wordt uitgesproken dat het feit dat de juridische bescherming van een kind dat opgroeit bij een lesbisch paar, nog niet op eenzelfde eenvoudige wijze is geregeld als die van een kind dat wordt geboren bij een heteroseksueel paar, geen recht doet aan het gelijkheidsbeginsel. De regering wordt ten slotte verzocht wetsvoorstel 30 551 uit te breiden met een mogelijkheid tot ouderschap van rechtswege ten aanzien van kinderen die worden geboren bij een lesbisch echtpaar en met de mogelijkheid tot ‘erkenning’ door de sociale moeder bij een lesbisch paar. Al een paar maanden na haar instelling heeft de commissie aan de minister gerapporteerd.

2. Wetsvoorstel 30 551²

Blijkbaar vindt een meerderheid van de Tweede Kamer wetsvoorstel 30 551 nog niet ver genoeg gaan. In dit wetsvoorstel wordt de sinds 1 april 2001 bestaande

¹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 60. Behalve door Pechtold (D66) is deze motie mede ondertekend door Van der Ham (D66), Azough (GL) en Teeven (VVD).

² *Kamerstukken I* 2006/07, 30 551, A (gewijzigd voorstel van wet d.d. 3 juli 2007 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen). Zie over dit wetsvoorstel A.J.M. Nuytinck, ‘Verruiming van adoptiemogelijkheden’, *WPNR* 2006-6679, p. 627-629.

adoptievoorwaarde ‘niets meer hebben te verwachten van de ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder’ (art. 1:227 lid 3) juist voor duomoeders geëcarteerd in geval van kunstmatige donorbevruchting met sperma van een (aanvankelijk) anonieme donor. Ik heb het dus niet over een verwekker of een bekende donor. Is het kind binnen de lesbische relatie geboren en is de donor (aanvankelijk) anoniem, dan wordt ingevolge art. 1:227 lid 4 (nieuw) het adoptieverzoek van de meemoeder toegewezen, tenzij de adoptie kennelijk niet in het belang van het kind is of niet is voldaan aan de in art. 1:228 genoemde voorwaarden. Daarnaast krijgt deze adoptie door de meemoeder ingevolge art. 1:230 lid 2 (nieuw) terugwerkende kracht tot hetzij het tijdstip van de geboorte van het kind, hetzij het tijdstip van de indiening van het adoptieverzoek, afhankelijk van het antwoord op de vraag wanneer de adoptie is verzocht. De adoptie kan in deze gevallen ook postuum, dus indien de adopterende meemoeder na indiening van het adoptieverzoek is overleden, worden uitgesproken.³ De minister heeft de Tweede Kamer verzocht de plenaire behandeling van wetsvoorstel 30 551 op te schorten, totdat de commissie-Kalsbeek haar rapport heeft uitgebracht, maar de Tweede Kamer – blijkbaar bevreesd dat van uitstel afstel zou komen – heeft het verzoek van de minister naast zich neergelegd en het wetsvoorstel op 3 juli 2007 aangenomen, zodat het nu in de Eerste Kamer aanhangig is.⁴

3. Rapport lesbisch ouderschap⁵

Het rapport van de commissie is overzichtelijk opgebouwd en beslaat de volgende tien paragrafen.

1. Inleiding (p. 13-14).
2. Feitelijke verzorgings- en opvoedingsrelaties (p. 15-16).
3. Uitgangspunten commissie (p. 17-20).
4. De juridische vader en moeder (p. 21-25).
5. Erkenning door de duomoeder (p. 27-31).
6. Gehuwde lesbische paren (p. 33-35).
7. Andere mogelijkheden voor lesbische paren om ouder te worden (p. 37-39).
8. Adoptie (p. 41).
9. Internationale aspecten lesbisch ouderschap (p. 43-44).
10. Conclusie (p. 45).

De conclusie is ook aan het begin van het rapport – na het woord vooraf (p. 7) – opgenomen (p. 9), gevolgd door de samenvatting (p. 11-12). In het hierna volgende beperk ik mij tot een bespreking van de belangrijkste onderdelen van het rapport. In afwijking van het rapport van de commissie⁶ noem ik de vrouwelijke partner van de moeder niet ‘duomoeder’, maar ‘meemoeder’. De vrouw die het kind baart, dus de moeder, kan immers net zo goed ‘duomoeder’ worden genoemd.⁷

³ Zie hierover mijn in de vorige noot genoemde publicatie.

⁴ De vaste commissie voor justitie van de Eerste Kamer heeft op 16 oktober 2007 haar voorlopig verslag uitgebracht; zie *Kamerstukken I* 2007/08, 30 551, C.

⁵ Het rapport kan worden gedownload vanaf de website van het ministerie van justitie; zie http://www.justitie.nl/images/8332_Bw_Rapport-LO_tcm34-87352.pdf.

⁶ Zie bijvoorbeeld het opschrift van paragraaf 5 (p. 27): ‘Erkenning door de duomoeder’.

⁷ Vgl. Van Dale, *Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, door C.A. den Boon en D. Geeraerts (hoofdred.), veertiende, herziene uitgave, Utrecht/Antwerpen: Van Dale Lexicografie 2005, waarin ‘duomoeder’ als volgt wordt omschreven (p. 886): ‘lesbische moeder die samen met haar (eveneens

De situatie waarin twee mannen het ouderschap vormgeven, heeft de commissie niet in haar advies betrokken. De opdracht van de minister aan de commissie strekt niet daartoe. Terecht merkt de commissie op dat deze situatie verschilt van de situatie van het lesbisch ouderschap. Een kind kan immers niet binnen de relatie van twee mannen worden geboren.⁸ Dit betekent dat twee mannen blijven aangewezen op adoptie om familierechtelijke betrekkingen met het kind tot stand te brengen, hetzij adoptie door hen beiden, hetzij adoptie door een van hen als de ander al de juridische vader van het kind is. De ‘meevader’ kan dus niet erkennen.

De commissie heeft als uitgangspunten gehanteerd het belang van het kind en het beginsel van gelijke behandeling.⁹ Het kind is gebaat bij een stabiele opvoedingssituatie en bescherming van zijn feitelijke (reële) gezinssituatie. In het advies staat de bescherming van het sociaal ouderschap, het feitelijke ‘family life’, dan ook centraal (art. 8 EVRM). De commissie heeft verder tot uitgangspunt genomen dat het kind is gebaat bij twee juridische ouders. Twee ouders kunnen het kind meer houvast bieden dan één ouder. Hoewel ook aan het gezag belangrijke consequenties zijn verbonden, onderstreept de commissie het belang dat beide verzorgers en opvoeders dezelfde juridische positie toekomt. In dit verband ziet de commissie het hebben van gezag niet als volwaardig of daarmee gelijk te stellen ouderschap. Het belang van het zijn van juridisch ouder gaat verder dan de rechten en plichten die ook uit gezag voortvloeien. Zowel het kind als de ouder krijgen op die manier het gevoel voor altijd bij elkaar te horen (art. 8 IVRK betreffende de identiteit van het kind).¹⁰ Ook gelijke behandeling van heteroseksuele en homoseksuele paren is tot uitgangspunt genomen voor het onderzoek van de commissie (art. 1 Grondwet, art. 14 EVRM en art. 1 Twaalfde Protocol bij het EVRM).¹¹ Inzake de gelijke behandeling van lesbische en heteroseksuele paren onderscheidt de commissie twee benaderingen. Afhankelijk van de gekozen benadering, krijgt het beginsel van gelijke behandeling een andere invulling. Ouderschap kent meerdere aspecten: het sociale ouderschap, waarbij ‘family life’ centraal staat, en het biologische ouderschap, waarbij de biologische afstamming centraal staat. De commissie heeft het belang van het kind als uitgangspunt genomen en daarbij het belang van het sociale ouderschap benadrukt. Zij meent dat ook het sociale ouderschap en het feitelijke ‘family life’ van twee vrouwen juridische bescherming behoeven, mede gelet op de belangen van het kind.¹² De commissie meent dat het ontstaan van het ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder eenvoudiger kan (dan door middel van adoptie). Hiervoor bestaan twee mogelijkheden:

1. een meemoeder (gehuwd of ongehuwd) kan een kind erkennen;
2. een ongehuwde meemoeder kan een kind erkennen en een gehuwde meemoeder wordt van rechtswege ouder van het kind dat tijdens haar huwelijk met de moeder wordt geboren.¹³

lesbische) partner een kind opvoedt’, terwijl ‘meemoeder’ als volgt wordt omschreven (p. 2109): ‘vaste vrouwelijke partner van een lesbische moeder’.

⁸ Rapport, p. 14.

⁹ Rapport, p. 17.

¹⁰ Rapport, p. 18.

¹¹ Rapport, p. 19.

¹² Rapport, p. 20.

¹³ De commissie spreekt zich niet uitdrukkelijk uit over het geregistreerd partnerschap. Men zal moeten aannemen dat ook de commissie van mening is dat het geregistreerd partnerschap in dit verband niet

De commissie is van mening dat het in ieder geval mogelijk moet zijn voor de meemoeder om het kind te erkennen. Voor gehuwde lesbische paren zouden voorts zelfs twee mogelijkheden denkbaar zijn: erkenning dan wel ouderschap van rechtswege. In geval van ouderschap van rechtswege zouden lesbische paren op dezelfde wijze als heteroseksuele paren juridische ouders kunnen worden. De keus voor een van deze mogelijkheden hangt in belangrijke mate af van de benadering van het gelijkheidsbeginsel. De commissie vindt dit een rechtspolitieke keuze die aan de wetgever is en waarover de commissie zelf geen voorkeur uitsprekt. Wel gaat de commissie in op een aantal aspecten van erkenning en ouderschap van rechtswege, die de wetgever bij zijn keuze in overweging dient te nemen.¹⁴ Zo moet men er rekening mee houden dat, als de wetgever erkenning door de meemoeder mogelijk gaat maken, ook een aantal daaruit voortvloeiende problemen moet worden opgelost. Men denke o.a. aan vernietiging van de erkenning door het kind – analoog aan art. 1:205 – op grond van het enkele feit dat de meemoeder niet de biologische ouder van het kind is, en aan vernietiging van de erkenning door de moeder(s) en het Openbaar Ministerie.¹⁵ Voorts valt te denken aan het geval waarin de meemoeder het kind weigert te erkennen, nadat zij samen met de moeder had besloten een gezin te vormen. Dan moeten de moeder en het kind het moederschap van de meemoeder gerechtelijk kunnen laten vaststellen. De commissie ziet geen reden om wat dit betreft een onderscheid te maken met de man die hier als levensgezel heeft ingestemd met de daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad (art. 1:207 lid 1).¹⁶ Ten aanzien van de mogelijkheid om het ouderschap van de ‘instemmende levensgezel’ door de rechter te laten vaststellen, meent de commissie ten slotte dat het kind de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap ongedaan zou moeten kunnen maken, als de ouder niet de biologische ouder van het kind is. Dat is in het huidige recht niet mogelijk.¹⁷ Als het kind de erkenning door de meemoeder kan laten vernietigen, dan heeft dat ook te gelden voor de gerechtelijke vaststelling van het moederschap en van het vaderschap, indien de (mannelijke of vrouwelijke) levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Deze wijziging lijkt onvermijdelijk om de consistentie in het afstammingsrecht te behouden.¹⁸ Ook kan zich de situatie voordoen dat de moeder weigert haar partner toestemming te geven om het kind te erkennen. Art. 1:204 lid 3 geeft de verwekker de mogelijkheid om in dat geval om vervangende toestemming te vragen aan de rechtbank. Voor de ‘instemmende levensgezel’ is deze mogelijkheid er niet. De commissie geeft de

met het huwelijk op één lijn mag worden gesteld, nu het hier om afstammingsrecht gaat en het geregistreerd partnerschap geen afstammingsrechtelijke gevolgen heeft. De geregistreerde meemoeder zal het kind dus moeten erkennen, wil zij in familierechtelijke betrekking tot dit kind komen te staan. Juridisch ouderschap van rechtswege is voor de geregistreerde meemoeder niet aan de orde.

¹⁴ Rapport, p. 27.

¹⁵ Rapport, p. 30.

¹⁶ Rapport, p. 30.

¹⁷ Zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 188, p. 181, waar ik dit geval uitwerk en tot de conclusie kom dat voor het creëren van de mogelijkheid van ontkenning – of, zo men wil, ongedaanmaking – van het vaderschap door het kind in dit voorbeeld wetswijziging noodzakelijk is.

¹⁸ Rapport, p. 31.

wetgever in overweging deze constructie mogelijk te maken voor de meemoeder en/of de ‘instemmende levensgezel’.¹⁹

De commissie heeft ook gezien of de echtgenote van de moeder van rechtswege ouder zou moeten worden van het kind dat wordt geboren tijdens haar huwelijk met diens moeder. In dat geval zouden lesbische paren op precies dezelfde wijze als heteroseksuele paren ouder van een kind kunnen worden. Hierboven is ingegaan op de twee benaderingen van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van het afstammingsrecht. Afhankelijk van de benadering die wordt gekozen (sociaal ouderschap dan wel biologisch ouderschap), wordt het beginsel van gelijke behandeling op andere wijze ingevuld en zal het antwoord op de vraag of de gehuwde meemoeder van rechtswege ouder zou moeten worden, anders luiden.²⁰

Als de wetgever juridisch ouderschap van rechtswege voor de gehuwde meemoeder mogelijk gaat maken, moet ook hier – evenals bij erkenning door de meemoeder – een aantal daaruit voortvloeiende problemen worden opgelost. Zo zou art. 1:198 voor de meemoeder – analoog aan art. 1:199, aanhef en onder a, voor de vader – kunnen worden uitgebreid met de woorden ‘of die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd’, waarbij het dan nog de vraag is of ook de bepaling van art. 1:199, aanhef en onder b, geschreven voor het geval dat de echtgenoot vóór de geboorte van het kind is overleden, analoog moet worden overgenomen. Dan is volgens de commissie in ieder geval vereist dat wordt geregistreerd wie de barendende moeder is en wie de echtgenote van de moeder is. Dit vloeit ook voort uit de bewijskracht van de akten van de burgerlijke stand. Art. 1:22 lid 1, eerste zin, bepaalt immers dat de akte van geboorte ten aanzien van een ieder bewijst dat op de in de akte vermelde plaats, dag en uur *uit de daarin genoemde moeder* een kind van het daarin vermelde geslacht is geboren. Naar mijn mening is denkbaar dat de wetgever in geval van juridisch ouderschap van rechtswege voor de meemoeder van het facultatieve art. 1:19e lid 8 een imperatieve bepaling gaat maken, met andere woorden: van deze ‘kan’-bepaling een ‘moet’-bepaling gaat maken. De redactie zou dan als volgt kunnen luiden: ‘Bij de aangifte doet de ambtenaar van de burgerlijke stand zich overleggen een door de arts of verloskundige die bij het ter wereld komen van het kind binnen een huwelijk van twee personen van het vrouwelijk geslacht tegenwoordig was, opgemaakte verklaring dat het kind uit de als moeder opgegeven persoon is geboren. Is het kind in dit geval buiten de tegenwoordigheid van een arts of verloskundige ter wereld gekomen, dan doet hij zich een door een zodanige hulpverlener nadien opgemaakte verklaring overleggen’. Voor alle andere gevallen dan een lesbisch huwelijk zou de huidige tekst van art. 1:19e lid 8 kunnen worden gehandhaafd.²¹

Voorts dient de vraag te worden beantwoord of het kind het moederschap van de meemoeder moet kunnen ontkennen. Naar huidig recht kan het kind het door huwelijk ontstane vaderschap ontkennen op de grond dat de man niet zijn biologische vader is (art. 1:200 lid 1). Zo kan het kind, indien het dat wenselijk acht, de weg vrijmaken voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen met bijvoorbeeld zijn biologische ouder. Het binnen een huwelijk van een lesbisch paar geboren kind dient deze mogelijkheid eveneens te kunnen benutten. Gelet op het belang van de

¹⁹ Rapport, p. 31.

²⁰ Rapport, p. 33.

²¹ Rapport, p. 33-34.

rechtszekerheid dient de mogelijkheid van ontkenning door het kind – vergelijkbaar met de thans bestaande mogelijkheid tot ontkenning van het vaderschap (art. 1:200 lid 6) – te worden gebonden aan een termijn. Voor de mogelijkheid tot ontkenning van het door huwelijk ontstane ouderschap van de meemoeder door (één van) de moeders kan worden aangesloten bij de huidige regeling van ontkenning van het vaderschap (art. 1:200 leden 1-4).²²

Het is volgens mij goed en verstandig dat de commissie met haar voorstellen tot erkenning door de meemoeder en juridisch ouderschap van rechtswege voor de meemoeder aansluiting bij bestaande rechtsfiguren heeft gezocht en geen nieuwe rechtsfiguur heeft gecreëerd.²³ De commissie overweegt dat een geheel nieuwe rechtsfiguur, wanneer deze afwijkt van erkenning, het risico heeft dat lesbische paren die regeling zullen ervaren als een tweederangs optie.²⁴ Aansluiting bij een bestaande rechtsfiguur zal mogelijk ook op minder problemen van erkenning in het buitenland stuiten dan een nieuwe rechtsfiguur. Veel landen kennen de rechtsfiguren van erkenning en adoptie. Dit vergemakkelijkt de acceptatie in het buitenland van deze rechtsfiguren. Een nieuwe rechtsfiguur die in andere rechtsstelsels onbekend is, is lastiger in te passen of te begrijpen.²⁵

Een pak van mijn hart is dat de commissie uitdrukkelijk voorbijgaat aan de mogelijkheid van drie juridische ouders, dus in geval van lesbisch ouderschap twee juridische moeders en één juridische vader (meestal de biologische vader nadat hij heeft erkend). De commissie acht een dergelijke ontwikkeling niet wenselijk. Zij wijst er terecht op dat de vervolgvragen talrijk en complex zijn. Door een dergelijke wijziging zouden o.a. het erfrecht, het nationaliteitsrecht, het naamrecht, het alimentatierecht en het gezagsrecht²⁶ dienen te worden herzien. Daarbij komt dan ook nog dat het ouderschap van meer dan twee²⁷ personen niet beperkt zou kunnen blijven tot lesbische relaties, maar ook gevolgen zou hebben voor heteroseksuele relaties. Ook zullen er problemen ontstaan rond de erkenning van het ouderschap van meer dan twee personen en de hieraan gekoppelde rechtsgevolgen in het buitenland. Er zijn geen landen waar het ouderschap van meer dan twee personen tot de wettelijke mogelijkheden behoort. De commissie merkt voorts nog op dat haar niet is gebleken van een maatschappelijke behoefte hieraan.²⁸

Uiteraard heeft de introductie van erkenning door de meemoeder en van juridisch ouderschap van rechtswege voor de meemoeder ook gevolgen voor het huidige en komende adoptierecht. De commissie meent dat in dit geval aan een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen (wetsvoorstel 30 551 voor zover dit betrekking heeft op de wijzigingen van titel 1.12 BW en van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, dus niet voor zover dit betrekking heeft op de wijzigingen van de Wet

²² Rapport, p. 35.

²³ Rapport, p. 37-39.

²⁴ Rapport, p. 38.

²⁵ Rapport, p. 39.

²⁶ Men moet er toch even niet aan denken wat de introductie van een drietal juridische ouders voor het grote gezagschema zou gaan betekenen; zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 228a, p. 252-253. Een tweetal pagina's in een studieboek zou dan echt niet meer volstaan, maar een behangrol zou zijn vereist om alle mogelijke gezagscombinaties weer te geven!

²⁷ Rapport, p. 39. De commissie heeft het over 'meer dan drie personen'; zij bedoelt uiteraard hetzij 'meer dan twee personen', hetzij 'drie of meer personen'.

²⁸ Rapport, p. 39.

opneming buitenlandse kinderen ter adoptie) geen behoefte meer bestaat. De reden om de adoptiebepalingen verder aan te passen vervalt daarmee. Ook de eerder gemaakte aanpassingen van de adoptiebepalingen ten behoeve van lesbische paren zouden moeten worden ‘teruggedraaid’, zoals art. 1:228 lid 1, onder f, slot. Dit betekent dat lesbische paren uitsluitend kinderen kunnen adopteren onder dezelfde voorwaarden als heteroseksuele paren. Op die wijze worden heteroseksuele en lesbische paren immers gelijk behandeld.²⁹

Ten slotte besteedt de commissie aandacht aan internationale aspecten van lesbisch ouderschap. Als een lesbisch paar naar het buitenland reist, kan het worden geconfronteerd met het feit dat daar het ouderschap van de meemoeder niet wordt erkend. Het is de vraag of om die reden van de introductie in Nederland van een bepaalde rechtsfiguur, zoals erkenning dan wel ouderschap van rechtswege, zou moeten worden afgezien en of voor het probleem van mogelijke niet-erkenning in het buitenland een oplossing bestaat. Zo zou in landen waarin de erkenning geen rechtshandeling is, zoals in Nederland, maar een waarheidshandeling, voor twee lesbische vrouwen het probleem kunnen zijn dat, indien zij allebei aangeven de ouder van het kind te zijn, het objectief waarneembaar is dat de erkenning door één van hen niet conform de biologische waarheid geschiedt (of is geschied). De commissie meent evenwel dat het gegeven dat een Nederlandse rechtsfiguur in het buitenland niet zou kunnen worden erkend, niet doorslaggevend dient te zijn bij de beslissing om de erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder in Nederland te introduceren. Het belang van de verbetering van de rechtspositie van lesbische paren op nationaal niveau weegt zwaarder dan de mogelijke problemen in het buitenland. Nederland loopt, met nog enkele andere westerse landen, wereldwijd voorop waar het homo-emancipatie betreft. Voor de commissie geldt blijkbaar ook hier, evenals bij de introductie van het homohuwelijk en de homoadoptie in 2001, het adagium ‘Nederland gidslaan’. De vraag rijst of de lesbische paren in het buitenland meer rechtszekerheid hebben indien de meemoeder door adoptie ouder is geworden in plaats van door erkenning. De regering heeft het zekere voor het onzekere genomen en met de indiening van wetsvoorstel 30 551 gekozen voor een aanpassing van de adoptiebepalingen. Het is volgens de commissie niet ondenkbaar dat adoptie in meer landen op erkenning kan rekenen dan het moederschap door erkenning of van rechtswege, omdat bij adoptie een rechterlijke toets plaatsvindt.³⁰ In dit verband komt de commissie met het volgende voorstel. Om het ontbreken van de eventuele extra bescherming van een adoptie (vanwege de rechterlijke toets) te ondervangen, zou kunnen worden gedacht aan de mogelijkheid van een declaratoire beschikking. De rechter zou op verzoek van de vrouwen een verklaring voor recht moeten kunnen geven, dat de meemoeder juridisch ouder van het kind is. Een declaratoire beschikking zou aantrekkelijk kunnen blijken, wanneer de vrouwen met hun kind(eren) naar het buitenland vertrekken of daar al zijn.³¹

4. Hoe nu verder?

²⁹ Rapport, p. 41.

³⁰ Rapport, p. 43; zie ook *Kamerstukken II 2006/07*, 30 551, nr. 6, p. 3.

³¹ Rapport, p. 44.

Het is op dit moment³² nog niet duidelijk wat er met wetsvoorstel 30 551 gaat gebeuren. Gaat de Eerste Kamer de behandeling van dit wetsvoorstel opschorten in afwachting van indiening van een nieuw wetsvoorstel? Of zal de minister zelf wetsvoorstel 30 551 intrekken? Dit laatste is mogelijk, ook als het wetsvoorstel al in de Eerste Kamer aanhangig is gemaakt, zoals in het onderhavige geval, en wel op grond van art. 86 lid 1 Grondwet. Wij zullen het moeten afwachten. Ik ben heel benieuwd hoe het kabinet-Balkenende IV op het rapport van de commissie-Kalsbeek zal reageren. Men kan zich bijna niet voorstellen dat dit kabinet, met de in dit verband verantwoordelijke ministers Hirsch Ballin (CDA) en Rouvoet (CU), met een wetsvoorstel komt, dat erkenning door de meemoeder en/of juridisch ouderschap van rechtswege voor de meemoeder mogelijk gaat maken. Toch verwacht ik dat dit wél zal gebeuren. Is de door minister Plasterk op 9 november 2007 uitgebrachte nota lesbisch- en homo-emancipatiebeleid 2008-2011, getiteld 'Gewoon homo zijn', immers niet van ditzelfde kabinet afkomstig?³³

Als het kabinet het rapport van de commissie-Kalsbeek op hoofdlijnen volgt, wordt het afstammingsrecht hoe dan ook seksneutraler.³⁴ In het bijzonder zal dit dan blijken uit het naar elkaar toe groeien van de art. 1:198 en 199. Is het nu nog zo dat de wet twee juridische moeders (art. 1:198) en vijf juridische vaders (art. 1:199) kent, straks wordt dit wellicht praktisch gelijkgetrokken, doordat de meemoeder juridisch moeder kan worden door het bezit van de hoedanigheid van (overleden) echtgenote van de moeder ten tijde van de geboorte van het kind, door erkenning en door gerechtelijke vaststelling van het moederschap. Als een en ander aldus wordt gerealiseerd, zal het afstammingsrecht zelfs zes juridische moeders kennen! Denkbaar is dan dat de wet niet meer spreekt over moederschap en vaderschap, maar – seksneutraal – over ouderschap. Het enige geval waarin het moederschap zich dan nog onderscheidt van het vaderschap, is het baren van het kind, waartoe alleen – hoelang nog? – een vrouw in staat is.

5. Ten slotte

Velen hebben mij de afgelopen tijd gevraagd of ik mij niet heb verbaasd over de ingrijpende voorstellen in het rapport van de commissie-Kalsbeek, mede gelet op mijn felle kritiek op het homohuwelijk en de homoadoptie.³⁵ Dat is echter geenszins het

³² Deze bijdrage is voltooid in november 2007.

³³ De nota kan worden gedownload vanaf de website van het ministerie van onderwijs, cultuur en wetenschap; zie <http://www.minocw.nl/documenten/45512c.pdf>. In deze nota komt ook het lesbisch ouderschap ter sprake (p. 33-34).

³⁴ Zie o.a. S.F.M. Wortmann, 'Seksneutraal afstammingsrecht?', *FJR* 2001, p. 231-236, in het bijzonder p. 235, alsmede A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht. Een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, passim, in het bijzonder p. 181 en 185.

³⁵ Zie o.a. A.J.M. Nuytinck, 'Het hete hangijzer van het homohuwelijk', *FJR* 1996, p. 125, idem, 'Adoptie door duomoeders?', *FJR* 1997, p. 239, idem, 'Adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht?', annotatie van HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 686, m.nt. JdB, *AA* 1997, p. 870-875, m.nt. AJMN, idem, 'De Wet openstelling huwelijk en de Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht', in: S.C.J.J. Kortmann, V.A.E.M. Meijers, M. van Olfen, A.H.M. Rieter, L.C.A. Verstappen en R.T.G. Verstraaten (red.), *Yin-Yang* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 213-222, alsmede idem, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 46 en 192.

geval. Ik had deze voorstellen zonder meer verwacht. Eigenlijk is de motie-Pechtold c.s.³⁶ hier al richtinggevend geweest. Bovendien heb ik al in 2000 geschreven dat ik in het personen- en familierecht nergens meer van sta te kijken.³⁷ In zekere zin zijn de voorstellen in het rapport ook wel consequent en een logisch gevolg van de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht en het loslaten van de gedachte van adoptie als een vorm van afstamming in 2001. Achteraf bezien zijn deze twee rechtsfiguren toch wel de ‘big bang’ in het personen- en familierecht geweest, waarbij alle andere wijzigingen in het niet vallen en naar mijn mening in het niet zullen blijven vallen.

Ik denk dat ik ook al kan voorspellen wat de volgende stap in deze ontwikkeling zal zijn. Als de voorstellen van de commissie-Kalsbeek in nieuwe wetgeving worden verwerkt, zullen vervolgens mannelijke homoseksuele paren zich gaan roeren, omdat zij zich gediscrimineerd voelen ten opzichte van lesbische paren. Uiteraard zijn de gevallen van beide soorten paren niet gelijk en behoeven zij dan ook niet gelijk te worden behandeld, omdat binnen de relatie van twee vrouwen nu eenmaal wél en binnen de relatie van twee mannen nu eenmaal geen kinderen kunnen worden geboren, maar zo zullen mannenparen dit niet ervaren. Zij zullen zich afvragen waarom de meemoeder wél kan erkennen en de meevader niet, zodat laatstgenoemde is aangewezen op een tijdrovende en kostbare adoptieprocedure, even aangenomen dat zijn partner al juridisch vader is. Uiteraard zal men deze mannenparen dan moeten uitleggen dat bij duomoeders geen juridische vader op de achtergrond aanwezig hoeft te zijn, maar dat bij duovaders altijd een juridische moeder op de achtergrond aanwezig is. Toch verwacht ik dat mannenparen deze situatie ondanks het aantoonbare – immers uit de biologie voortvloeiende – verschil met vrouwenparen als discriminerend zullen ervaren. Overigens erkent ook de commissie-Kalsbeek zelf dat de biologie in de weg staat aan volledig gelijke behandeling van heteroseksuele paren, lesbische paren en homoseksuele paren (twee mannen).³⁸ Enfin, er zal altijd wel wat te wensen overblijven. Wetgeving is immers nooit voltooid, omdat de maatschappij altijd blijft veranderen.

³⁶ Zie noot 1.

³⁷ Van Mourik-bundel (zie noot 35), p. 222.

³⁸ Rapport, p. 20, noot 13.