

Vergaderjaar 2003–2004

**26 672**

**Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk)**

**26 673**

**Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht)**

**Nr. 14**

## **BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 22 december 2003

Bij de behandeling van de wetsvoorstellen tot openstelling van het huwelijk en invoering van adoptie door personen van hetzelfde geslacht is door de Kamer een motie aanvaard waarin de regering is verzocht de mogelijkheid te onderzoeken om zoveel als redelijkerwijs mogelijk afstammingsrechtelijke gelijkstelling te bevorderen van kinderen die binnen een huwelijk of anderszins binnen een relatie van twee vrouwen geboren worden, waaronder de mogelijkheid tot erkenning analoog aan de voorzieningen in artikel 203 en 204 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) (Kamerstukken II 1999–2000, 26 672 en 26 673, nr. 9).

De motie heeft vooral het oog op de situatie waarin twee vrouwen die met elkaar gehuwd zijn of een geregistreerd partnerschap hebben, besluiten tot verwekking van een kind. In de regel zal dat gaan door kunstmatige donorinseminatie bij één van de partners. Denkbaar is ook dat één van de vrouwen met een man met wie ze een gezinsleven heeft, een kind verwekt, maar vervolgens besluit met een andere vrouw samen «moeder» van het kind te worden. Het gaat dus in essentie om gehuwde of samenlevende duo-moeders. Naar aanleiding van deze motie bericht ik u als volgt.

### **Uitgangspunten van het afstammingsrecht en adoptierecht**

Het huidige afstammingsrecht is gebaseerd op het biologische gegeven dat een kind slechts geboren kan worden uit een man en een vrouw. In het afstammingsrecht wordt er daarbij van uitgegaan dat biologisch en juridisch ouderschap als regel samenvallen en dat er geen derde bij betrokken is. In het adoptierecht vallen biologisch en juridisch ouderschap als regel nu juist niet samen; adoptie creëert afstammingsrelaties die er in biologische zin niet zijn en bij adoptie is er steeds een derde in het spel.

### **Het huidige recht**

Zoals bekend is de laatste jaren de nodige wetgeving tot stand gekomen die gelijkstelling beoogde van kinderen geboren binnen homoseksuele relaties met kinderen geboren binnen heteroseksuele relaties. Het gaat

hierbij met name om de invoering van het gezamenlijk gezag van rechtswege bij de geboorte tijdens een huwelijk van twee vrouwen of een geregistreerd partnerschap van twee vrouwen of van een man en een vrouw en de invoering van adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht. Voor duo-moeders is in het bijzonder de nieuwe wetgeving voor gezamenlijk gezag van rechtswege van belang. Op grond van artikel 253sa Boek 1 BW oefenen een ouder en zijn of haar echtgenoot of geregistreerde partner die niet de ouder is, gezamenlijk het gezag uit over de staande hun huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen, tenzij het kind tevens in familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder (d.w.z. als het kind vóór de geboorte erkend is door een man). Het betreft situaties waarin een kind geboren wordt staande een huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen en staande een geregistreerd partnerschap van een man en vrouw. Het gezamenlijke gezag wordt sinds 1 januari 2002 in deze gevallen van rechtswege verkregen. De gang naar de rechter is in die gevallen niet nodig.

Met gezamenlijk gezag van rechtswege wordt «slechts» gezag van de duo-moeder gevestigd. Men kan ook ouderschap vestigen via adoptie. Sinds 1 april 2001 kunnen twee personen van hetzelfde geslacht een kind in Nederland adopteren op gelijke wijze als paren van verschillend geslacht. Ook kan de partner van de ouder die van hetzelfde geslacht is diens kind adopteren («stiefouderadoptie»). In het algemeen geldt bij een stiefouderadoptie als vereiste dat de aspirant-adoptiefouder het kind een jaar heeft verzorgd en opgevoed. Dit vereiste geldt echter niet als een kind wordt geboren uit de relatie van de moeder met een vrouw die dat kind wil adopteren (artikel 228 lid 1 sub f Boek 1 BW). Wel geldt als vereiste dat de moeder en de duo-moeder tenminste drie jaar hebben samengeleefd (artikel 227 Boek 1 BW). In de praktijk betekent dit dat in gevallen waarin een kind geboren wordt uit de relatie van twee vrouwen, vóór de geboorte van een kind een adoptieprocedure kan worden gestart, zodat de adoptie kort na de geboorte kan plaatsvinden. Is het kind geadopteerd, dan verkeert het kind in een gelijke positie als kinderen geboren staande een huwelijk van een man en een vrouw. Het kind komt vanaf de adoptie in familierechtelijke betrekking tot de adoptiefouder te staan met alle rechten en plichten vandien. Zo wordt het kind verwant aan de familie van de adoptiefouder en wordt het diens erfgenaam.

### **Overwegingen**

De in de motie genoemde kinderen kunnen nu reeds een goede, zo niet gelijke rechtspositie krijgen als kinderen die geboren worden staande een huwelijk van man en een vrouw. Tot nu toe is het niet mogelijk dat de duo-moeder het kind van de partner erkent en aldus moeder (ouder) wordt. Voor een man is dat wel mogelijk: een man kan het kind van een vrouw als het zijne erkennen (en ouder worden) zonder de biologische vader te zijn. Hier volgt dus niet het juridische ouderschap de biologische afstamming, maar is het de juist andersom: het juridische ouderschap schept een soort vermoeden van biologisch ouderschap. Deze rechtsfiguur, die afsteekt van wat in veel andere landen geldt, is slechts te begrijpen als men weet dat Nederland tot 1956 geen adoptie kende. Om die leegte te vullen werd de erkenning die niet overeenstemde met de biologische werkelijkheid, toegestaan.

Denkbaar zou nu zijn dat ook de duo-moeder het kind kan erkennen of dat – nog een stap verder – in gevallen van samenleving van twee vrouwen in een huwelijk of partnerschap ouderschap van rechtswege ontstaat (zoals nu gezag van rechtswege ontstaat). Ik meen evenwel dat deze weg niet voor de hand ligt.

In de eerste plaats zou het, indachtig het uitgangspunt in het afstammingsrecht dat juridisch ouderschap het biologisch ouderschap volgt en niet andersom, meer voor de hand liggen de erkenning als een

waarheidshandeling te gaan zien en dus erkenning door de niet-biologische ouder niet meer als door de wetgever aanvaarde mogelijkheid toe te laten, aangezien adoptie daarvoor als rechtsfiguur beschikbaar is. In de tweede plaats is van belang dat er bij geboorte van een kind in een homoseksuele relatie per definitie sprake is van een derde. Dat kán een anonieme zaaddonor zijn (wiens anonimiteit niet absoluut is), maar het kan ook een man zijn die in «family life» in de zin van artikel 8 EVRM met de vrouw samenwoonde. Deze derde behoort niet en mag niet zonder rechterlijke toets buitenspel worden gezet.

In de derde plaats bestaat een zeker risico dat in het buitenland het in deze gevallen – buiten de rechter om – tot stand gekomen ouderschap niet wordt erkend. Het betreft immers de totstandkoming van een juridische band tussen het kind en een persoon die niet biologisch verwant is aan het kind. In het buitenland zal veelal de opvatting worden gehuldigd dat hiervoor adoptie vereist is.

De vraag is tenslotte of er zodanige zwaarwegende belangen of voordelen gemoeid zijn met de invoering van homoseksueel ouderschap dat de hiervoor genoemde bezwaren daarvoor moeten wijken. Zoals hiervoor al aangegeven is bij de wetswijziging omtrent het gezamenlijk gezag al in belangrijke mate de rechtspositie van duo-moeder gelijkgetrokken met die van heteroseksuele ouders. Kinderen geboren staande een huwelijk of geregistreerd partnerschap van twee vrouwen staan van rechtswege onder het gezamenlijk gezag van de moeder en haar echtgenoot respectievelijk partner, tenzij er een andere ouder is. Dit betekent dat die echtgenoot of partner, evenals de ouder die gezag heeft, onderhoudsplichtig is voor het kind, het vermogen van het kind beheert en het kind wettelijk vertegenwoordigt. En als de ouder overlijdt, krijgt de partner voogdij. Overlijdt de partner, dan krijgt de ouder alleen het gezag.

De verschillen tussen gezamenlijke gezag en ouderschap betreffen nog met name:

- de beëindiging: het ouderschap eindigt nooit, gezag eindigt uiterlijk als het kind 18 jaar wordt.
- de mogelijkheid tot het doen van afstand: ouders kunnen in principe van hun ouderschap geen afstand doen, bij gezag kan men de rechter verzoeken het gezag te beëindigen.
- het erfrecht: aan ouderschap zijn erfrechtelijke gevolgen verbonden, aan gezag (nog) niet.

Het eerste verschil lijkt meer gevoelsmatig belangrijk dan dat betrokkenen dat praktisch van belang zullen vinden. Dat lijkt ook voor het tweede verschil te gelden. Daar komt nog bij dat niet uitgesloten is dat er ook partners zullen zijn die juist zullen hechten aan de mogelijkheid het gezag te kunnen beëindigen, nl. bij het beëindigen van de relatie.

Het derde verschil is het belangrijkste. Bij de voorbereiding van het nieuwe erfrecht is de positie van de duo-moeder met gezag onder ogen gezien. Besloten is toen vooralsnog aan gezag geen (dwingende) erfrechtelijke gevolgen te verbinden. Wel is aan de niet-ouder de mogelijkheid geboden om bij testament het stiefkind waarover gezag wordt uitgeoefend, gelijk te stellen met een eigen kind (artikel 27 Boek 4 BW). Afge wacht wordt of gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid. Als uit de testamentaire praktijk blijkt dat die mogelijkheid aan een behoefte voldoet, zou men dat als wettelijk regime (dus ook wettelijk erfrechtelijk gevolgen verbinden aan duo-moederschap) kunnen invoeren.

## **Conclusie**

Ik meen dat er onvoldoende reden is om nu voor wat betreft de gelijkstelling van heteroseksueel en homoseksueel afstammingsrecht een verdere stap te zetten.

Een afstammingsrechtelijke gelijkstelling verwijderd zich van het uitgangspunt dat juridisch ouderschap samenvalt met biologisch ouderschap,

houdt onvoldoende rekening met het feit dat er een derde betrokkene kan zijn en loopt internationaal uit de pas (met het risico van niet-erkenning). Wel zal ik bezien of de testamentaire praktijk onder het nieuwe erfrecht (per 1 januari 2003 ingevoerd) aanleiding geeft voor een erfrechtelijke gelijkstelling. Zoals mijn ambtsvoorganger bij brief van 1 mei 2000 (Kamerstukken II 1999–2000, 22 700, nr. 31) heeft bericht, zal daartoe eerst enige ervaring met het nieuwe erfrecht opgedaan moeten worden. Ik verwacht dat drie jaar na de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht een beeld kan worden gevormd of terzake verdergaande wetgeving wenselijk is.

De Minister van Justitie,  
J. P. H. Donner