

Versoepelde adoptie altijd nog een optie?

Een onderzoek naar het behoud van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren naast de mogelijkheid van ouderschap van rechtswege en erkenning



Auteur: C.J.M. van Beem
Studentnummer: 0501549
Scriptiebegeleidster: Mw. mr. drs. I. Haazen
Examencommissie: Prof. mr. A.J.M. Nuytinck en mw. mr. drs. I. Haazen
Datum en plaats: 27 januari 2012, Radboud Universiteit Nijmegen

I: Woord vooraf

Het is dan toch zover. Met gepaste trots presenteer ik mijn scriptie die is geschreven in het kader van de afronding van mijn studie Nederlands Recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen. Een studie die me altijd geboeid en uitgedaagd heeft, maar ook een studie die me soms de spreekwoordelijke bloed, zweet en tranen gekost heeft.

Op deze plaats wil ik graag een aantal mensen bedanken. Allereerst zijn dat natuurlijk mijn ouders, maar in het bijzonder dank ik mijn moeder voor haar steun, haar geduld en haar inzet als (onder meer) lezer van vele juridische stukken van mijn hand. Mijn gedachten zijn tevens bij de dierbaren die mij altijd gesteund hebben, maar helaas de afronding van mijn studie niet meer mee hebben mogen maken.

Mijn dank ook aan mr. M.K. Rack die mij reeds gedurende mijn studietijd de mogelijkheid geboden heeft enige juridische praktijkervaring op te doen en aan mevrouw mr. M.P. Lettinga voor alle keren dat zij tijd vrij wilde maken voor mijn vragen. Dit is voor mij zeer waardevol geweest.

Ik dank daarnaast mevrouw mr. drs. I. Haazen voor haar begeleiding bij het tot stand komen van deze scriptie en professor mr. A.J.M. Nuytinck voor het delen van zijn passie voor het personen- en familierecht.

Last but not least dank ik Patrick en mijn beste vriend Oliver, jullie zijn (ieder op eigen wijze) toppers!

Rest mij nog de lezer van deze scriptie veel leesplezier toe te wensen!

Heerde, januari 2012

II: Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
BW	Burgerlijk Wetboek
BW (oud)	Burgerlijk Wetboek van 1838
C.s.	<i>Cum suis</i> , met de zijnen
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
HR	Hoge Raad
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
M. nt.	Met noot
MvT	Memorie van toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
Rb.	Rechtbank
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Sr.	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Vgl.	Vergelijk
WOR (oud)	Wet op de ondernemingsraden van 1990
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

III: Inhoudsopgave

I: Woord vooraf.....	2
II: Lijst van afkortingen.....	3
III: Inhoudsopgave	4
IV: Inleiding	6
Hoofdstuk 1: De ontstaansgeschiedenis van het Nederlandse adoptierecht.....	10
1.1. Van <i>adoptio plena</i> tot de eerste Nederlandse adoptiewet.....	10
1.1.1. <i>De oorsprong van de adoptie: het Romeinse recht</i>	10
1.1.2. <i>Naar een adoptieregeling in Nederland?</i>	13
1.2. Adoptie en de Nederlandse wet: de rechtsontwikkeling vanaf 1956 door de jaren heen	15
1.2.1. <i>De beginjaren: 1956-1978</i>	15
1.2.2. <i>1979: de mogelijkheid tot stiefouderadoptie</i>	18
1.2.3. <i>1998: invoering van de eenpersoonsadoptie en adoptie door ongehuwde heteroparen</i>	19
1.2.4. <i>2001: de Commissie Kortmann en adoptie voor paren van gelijk geslacht</i>	20
1.2.5. <i>2009 tot heden: de commissie Kalsbeek en de versoepeling van de adoptieprocedure voor lesbische paren</i>	23
Hoofdstuk 2: Naar een wettelijke regeling voor lesbisch ouderschap anders dan door adoptie	27
2.1. De Commissie Kalsbeek en het rapport ‘Lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie’	27
2.1.1. <i>De uitgangspunten van het rapport ‘Lesbisch ouderschap’</i>	27
2.1.2. <i>De uitkomsten en aanbevelingen van het rapport ‘Lesbisch ouderschap’</i>	31
2.2. Het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap	34
2.2.1. <i>De voorgestelde regeling</i>	34
2.2.2. <i>Reacties en commentaren op de voorgestelde regeling</i>	36
2.2.3. <i>Het advies van de Raad van State</i>	38
2.3. Het (gewijzigde) wetsvoorstel lesbisch ouderschap.....	40
2.3.1. <i>Het nader rapport</i>	40
2.3.2. <i>Het gewijzigde wetsvoorstel en de gewijzigde memorie van toelichting</i>	42
Hoofdstuk 3: Lesbisch ouderschap van rechtswege, door erkenning of door adoptie; de behoefte aan keuze?.....	43
3.1. Het ‘bestaansrecht’ van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren naast ouderschap van rechtswege en erkenning	43
3.1.1. <i>Inleiding</i>	43
3.1.2. <i>Argumenten voor het laten bestaan van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren</i>	44

3.1.3 Argumenten tegen het laten bestaan van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren.....	48
3.1.4. Ten slotte	54
Hoofdstuk 4: De erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap	56
4.1. Bespreking van alternatieve zienswijzen en suggesties met betrekking tot de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap	56
4.1.1. Inleiding.....	56
4.1.2. Het naast ouderschap van rechtswege en erkenning mogelijk maken van adoptie.....	56
4.1.2. Geen ouderschap van rechtswege indien reeds voor de geboorte van het kind een verzoek tot adoptie van dat kind is ingediend.....	59
4.1.3. Geen ouderschap van rechtswege, maar uitsluitend erkenning en adoptie	60
4.1.4. Slotsom	61
4.2. Mogelijkheden voor het verkrijgen van erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap dat niet is ontstaan door adoptie	62
4.2.1. De declaratoire beschikking.....	62
4.2.2. Een stap verder: een akte opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand?	69
V: Conclusie	72
VI: Lijst van geraadpleegde literatuur en overige bronnen	80

IV: Inleiding

Algemeen

Met de inwerkingtreding van de Wet van 24 oktober 2008¹ tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen is het adoptierecht voor lesbische paren (duomoeders) versoepeld. Dit gebeurde in afwachting van de definitieve regeling van de rechtspositie van lesbische paren in het afstammingsrecht, waartoe de Commissie Kalsbeek opdracht kreeg onderzoek te doen.

De belangrijkste conclusie uit het rapport van deze Commissie luidde dat het in ieder geval mogelijk moet zijn voor de meemoeder² om het kind te erkennen.³ De Commissie stelde vervolgens voor dat, na de wijziging van het afstammingsrecht in bovengenoemde zin, de eerder genoemde wijziging van het adoptierecht teruggedraaid zou worden.⁴

De verwachting was derhalve ook dat, nadat het kabinet de aanbeveling met betrekking tot het afstammingsrecht overnam,⁵ de mogelijkheid van versoepelde adoptie door de meemoeder verlaten zou worden wegens overbodigheid van deze bepaling. Nuytinck⁶ schreef zelfs dat adoptie door de meemoeder wel afgeschaft kon worden.

Zowel in het concept-wetsvoorstel als het (gewijzigde) wetsvoorstel lesbisch ouderschap⁷ handhaaft de minister echter de mogelijkheid van versoepelde adoptie door de meemoeder. Als reden voert de minister aan te vrezen dat het juridisch moederschap van rechtswege of door erkenning in het buitenland niet zal worden erkend, althans in mindere mate dan het juridisch moederschap van de meemoeder door adoptie, omdat hieraan een rechter te pas

¹ *Stb.* 2008, 425. De wet is in werking getreden op 1 januari 2009.

² Zijnde de vrouwelijke partner van de moeder van het kind. Vgl. Nuytinck 2008, p. 45, in het bijzonder noot 7.

³ Met betrekking tot gehuwde lesbische paren zijn er naar het oordeel van de Commissie twee mogelijkheden denkbaar, te weten erkenning dan wel ouderschap van rechtswege. De keus voor één van deze mogelijkheden acht de Commissie echter van rechtspolitieke aard en dientengevolge voorbehouden aan de wetgever. Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 27.

⁴ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 41.

⁵ Voor gehuwde of geregistreerde lesbische paren die gebruik hebben gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, zal het ouderschap van rechtswege worden geïntroduceerd. In alle andere gevallen kan de meemoeder het kind erkennen. *Kamerstukken II* 2007/08, 30 551, nr. 22.

⁶ Nuytinck 2010a, p. 8-10.

⁷ Volledige citeertitel: Wetsvoorstel 33 032 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. In het navolgende zal ik het wetsvoorstel echter verkort aanduiden als het wetsvoorstel lesbisch ouderschap.

komt. De minister stelt derhalve voor de mogelijkheid van (versoepelde) adoptie door de meemoeder te laten bestaan naast de mogelijkheid van ouderschap van rechtswege en erkenning.⁸

Probleemstelling

Mijns inziens dient echter kritisch bekeken te worden of de minister wel gevolgd kan worden in zijn oordeel dat de (mogelijke) problematiek van de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap noopt tot de conclusie dat er nog steeds behoefte bestaat aan de keuzemogelijkheid van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren zoals deze thans bestaat, naast ouderschap van rechtswege en erkenning. De vraag rijst immers of de verwachte problemen met betrekking tot de erkenning in het buitenland een grondslag op kunnen leveren om te besluiten de adoptieprocedure voor lesbische paren in de huidige vorm te laten bestaan en de verrichte aanpassingen aan het adoptierecht derhalve niet terug te draaien. Dit klemt eens te meer nu de Commissie in haar rapport eveneens acht heeft geslagen op dit internationaalrechtelijke aspect, maar desondanks vast heeft gehouden aan haar oordeel dat de verrichte aanpassingen aan het adoptierecht teruggedraaid zouden dienen te worden. Om de eventuele extra bescherming van een adoptie (vanwege de rechterlijke toets) met betrekking tot buitenlandse erkenning te ondervangen, suggereert de Commissie de mogelijkheid van een declaratoire beschikking.⁹

Op grond van het bovenstaande kom ik dan ook tot de volgende probleemstelling:

Is het te rechtvaardigen dat de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren, zoals deze naar huidig recht bestaat, behouden blijft naast de mogelijkheid van ouderschap van rechtswege en erkenning voor lesbische paren?

Afbakening van het onderzoek

Hoewel mijn scriptie adoptie als thema heeft, zal er uitsluitend aandacht zijn voor het adoptierecht van Boek 1 BW. Dientengevolge zal er geen aandacht besteed worden aan het interlandelijke adoptierecht. Ook het rapport lesbisch ouderschap van de Commissie Kalsbeek

⁸ Concept-memorie van toelichting , p. 5. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 6.

⁹ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 44.

en het daaruit voortvloeiende wetsvoorstel lesbisch ouderschap spelen een belangrijke rol in deze scriptie en zullen derhalve behandeld worden, echter niet alle facetten van het rapport en het wetsvoorstel zullen door mij besproken worden. Zo zal ik onder meer geen aandacht besteden aan de positie van de (on-)bekende donor, de mogelijk-/moeilijkheden omtrent het onderwerp één, twee of misschien zelfs meer ouders voor een kind en de overige implicaties van het wetsvoorstel buiten het adoptierecht, zoals met betrekking tot gezag en omgang. Evenmin zal er uitgebreid aandacht zijn voor het ouderschap van homoparen (twee mannen), nu het rapport en het wetsvoorstel zich daar niet op richten.

Opbouw van het onderzoek

In hoofdstuk 1 komt de ontstaansgeschiedenis van het Nederlandse adoptierecht aan de orde. Uiteengezet zal worden dat adoptie een eeuwenoud rechtsinstituut is dat echter pas in 1956 een plek in de Nederlandse wetgeving verwierf en toentertijd geïntroduceerd werd als zijnde een maatregel van kindbescherming. In de jaren er na ontwikkelde het adoptierecht zich sterk en onderging het wettelijke kader verschillende (ingrijpende) wijzigingen. De belangrijkste wijzigingen zullen één voor één worden besproken, zodat een (tijds-)beeld ontstaat van de totstandkoming van het huidige adoptierecht.

In hoofdstuk 2 zullen allereerst het onderzoeksrapport lesbisch ouderschap en de daaruit voortvloeiende conclusies en aanbevelingen van de Commissie Kalsbeek worden besproken. Daarbij zal er met name aandacht zijn voor de aanbeveling van de Commissie om het adoptierecht aan te passen. Daarna zal worden bezien welke aanbevelingen door de minister zijn overgenomen in zijn concept-wetsvoorstel en zal blijken dat de minister de aanbeveling met betrekking tot het (aanpassen van het) adoptierecht naast zich neer legt. Vervolgens zullen in het kort enkele reacties en commentaren op de voorgestelde regeling worden weergegeven en zal tevens het advies van de Raad van State worden weergegeven. Tot slot wordt bekeken hoe het gewijzigde wetsvoorstel naar aanleiding van de consultatie en het advies van de Raad van State is komen te luiden.

In hoofdstuk 3 zal gekeken worden naar het ‘bestaansrecht’ van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren naast het ten gevolge van het wetsvoorstel lesbisch ouderschap mogelijk worden van ouderschap van rechtswege en erkenning voor lesbische

paren. In dat kader zullen argumenten voor en tegen het laten bestaan van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren worden besproken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met het tegen elkaar afwegen van de verschillende argumenten.

In hoofdstuk 4 zullen de in het tweede hoofdstuk reeds genoemde (alternatieve) zienswijzen en suggesties met betrekking tot de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap van de verschillende commentatoren nader worden besproken. Duidelijk zal worden dat al deze suggesties als uitgangspunt hebben dat buitenlandse erkenning van lesbisch ouderschap uitsluitend door middel van rechterlijke toetsing in het kader van een adoptieprocedure verkregen kan worden. Vervolgens zal gekeken worden naar mogelijkheden voor het verkrijgen van erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap ánders dan door middel van adoptie. Aan de orde zullen daarbij komen de mogelijkheid van de declaratoire beschikking en die van een akte opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Tot slot zal ik afronden door het geven van een conclusie. Hierin zal een antwoord worden geformuleerd op de probleemstelling waar het in deze scriptie om draait en zal ten aanzien van het adoptierecht een aanbeveling worden gedaan ter verbetering van het wetsvoorstel lesbisch ouderschap.

Hoofdstuk 1: De ontstaansgeschiedenis van het Nederlandse adoptierecht

1.1. Van *adoptio plena* tot de eerste Nederlandse adoptiewet

1.1.1. De oorsprong van de adoptie: het Romeinse recht

Adoptie is een eeuwenoud rechtsinstituut waardoor iemand in een ander familieverband dan dat waarin hij dan wel zij¹⁰ geboren is, opgenomen wordt. Eeuwenoud, omdat het in de geschiedenis bij vele volken voor kwam,¹¹ hoewel er door verschillen in sociale en religieuze normen en waarden niet altijd sprake was van dezelfde vorm van adoptie.¹² Het zijn, voor zover bekend, de Romeinen geweest die als eersten een wettelijke regeling opstelden waarbij tevens een juridische band tussen adoptant en geadopteerde werd aangenomen,¹³ in die zin dat tussen adoptant en geadopteerde rechtsbetrekkingen ontstonden die geheel of gedeeltelijk gelijk waren aan de rechtsbetrekkingen die ontstonden tussen ouders en de uit hen geboren (eigen) kinderen.¹⁴ Hoewel het doel van de adoptie bij de Romeinen in eerste instantie vooral godsdienstig van aard was, een geadopteerd kind kon de verering van de vader en daarmee de voorvaders voortzetten, kwamen daar later andere doelstellingen bij. Zo kon adoptie zorg dragen voor het voortzetten van het geslacht, voor het versterken van de kracht van een familie en verwierf men zich op die manier ook een erfgenaam voor het na te laten erfgoed.¹⁵ Opgemerkt kan worden dat in die tijd vooral de belangen van de adoptant gediend werden met de adoptie.

Nu het Romeinse recht als oorsprong voor de adoptie in de westerse cultuur heeft te gelden,¹⁶ is het van belang een nadere blik te werpen op dat Romeinse recht.

Uit de eerder genoemde beweegredenen voor adoptie valt reeds af te leiden dat de adoptie niet in alle gevallen minderjarigen hoefde te betreffen. Het Romeinse recht kende dan ook twee vormen van adoptie: de *adrogatio* en de *adoptio*.¹⁷

¹⁰ De geadopteerde zal in het navolgende in de mannelijk vorm aangeduid worden, maar uiteraard is het ook mogelijk dat de geadopteerde van het vrouwelijke geslacht is.

¹¹ Zo is op een kleitablet van ruim 4000 jaar oud uit het oude Mesopotamië een van de oudste documenten over adoptie gevonden, aldus Naaktgeboren 1988, p. 78.

¹² Nota 1969, p. 3. Nota 1983, p. 1.

¹³ Goudsmit 1971, p. 1.

¹⁴ Nota 1969, p. 3. Nota 1983, p. 1.

¹⁵ Als voorbeeld is de adoptie van Octavius (later Augustus genaamd) door Julius Caesar te noemen, aldus Goudsmit 1971, p. 1.

¹⁶ Nota 1969, p. 3. Nota 1983, p. 1.

De *adrogatio* was bestemd voor ‘de vrije Romeinse burger die niet onder enig familierechtelijk gezag stond en aldus eigenstandig was (*personae sui iuris*).’¹⁸ De *adrogatio* had als rechtsgevolg de familierechtelijke en vermogensrechtelijke afhankelijkheid van de geadopteerde jegens de adoptant. Dit hield in dat de geadopteerde niet alleen volledig opgenomen werd in de *familia* van de adoptant, voortaan op gelijke wijze als de eigen kinderen¹⁹ onder de vaderlijke macht van de adoptant (*pater familias*) viel en erfrechtelijk een gelijke positie als de eigen kinderen innam, maar ook dat de adoptant de geadopteerde de facto onder algemene titel opvolgde in diens vermogen.²⁰ De positie van de geadopteerde in zijn oorspronkelijke familie verviel gelijktijdig, waardoor een vergelijk met ons huidige artikel 1:229 BW valt te trekken.²¹

De *adoptio* was bestemd voor *personae alieni iuris*, gezagsafhankelijke personen.²² De *adoptio* had eveneens als rechtsgevolg dat de geadopteerde onder de vaderlijke macht van de adoptant kwam te staan, volledig overging en opgenomen werd in de familie van de adoptant en daarin een erfrechtelijk en personenrechtelijk gelijke positie als de eigen kinderen in nam. De rechtsbetrekkingen met de oorspronkelijke familie werden volledig verbroken, waardoor er ook in dit geval sprake was van volledige adoptie ook wel *adoptio plena* genoemd.²³

Ten tijde van het latere Romeinse rijk ging bloedverwantschap echter een grotere rol spelen in onder meer de cultuur en het recht van de Romeinen en dit heeft zijn weerslag gehad op de manier waarop tegen adoptie aangekeken werd. Onder het Justiniaanse recht bleef de geadopteerde in de regel dan ook gewoon lid van zijn oorspronkelijke familie en bleef zijn erfrechtelijke positie (*ab intestato*) in die familie ook behouden. De juridische band tussen de geadopteerde en zijn oorspronkelijke familie werd derhalve in stand gelaten. De geadopteerde kwam dan ook niet onder de vaderlijke macht van zijn adoptant te staan, maar hij verkreeg

¹⁷ Nota 1969, p. 3.

¹⁸ Deze vorm van adoptie was met publiekrechtelijke waarborgen omkleed om te sterke machtconcentraties binnen één familie te voorkomen en toezicht werd dan ook uitgeoefend door één van de volksvergaderingen die door middel van een besluit in diende te stemmen met deze adoptie. In de praktijk was dit echter nogal omslachtig waardoor de *adrogatio*-procedure feitelijk onder het toezicht van het college van staatspriesters (*pontifices* genaamd) stond. Zie onder meer Spruit 2003, p. 113-114.

¹⁹ Afstammelingen uit een rechtsgeldig huwelijk in de mannelijke linie, aldus Spruit 2003, p. 112.

²⁰ Aldus nam de adoptant niet alleen de goederen van de geadopteerde over, maar ook diens schulden.

²¹ Spruit 2003, p. 102 en 113-114.

²² Tegenwoordig zou er over minderjarigen worden gesproken. Voor een *adoptio* gold een ingewikkelde, samengestelde rechtshandeling die gebaseerd was op ‘*interpretatio*’ van bepalingen van de Wet der Twaalf Tafelen. De adoptieprocedure werd afgesloten met een procedure waarbij de te adopteren persoon door middel van toewijzing (*addictio*) door de magistraat (*praetor*) aan de adoptant werd toegewezen. Zie onder meer Spruit 2003, p. 113.

²³ Nota 1969, p. 3. Nota 1983, p. 1. Spruit 2003, p. 113.

wél een (*ab intestato*) erfrechtelijke positie jegens zijn adoptant. Van een familierechtelijke en vermogensrechtelijke afhankelijkheid van de geadopteerde jegens de adoptant was echter geen sprake meer. Aldus had deze vorm van adoptie slechts beperkte rechtsgevolgen en stond dan ook bekend als de *adoptio minus plena*, zogenaamde zwakke adoptie. Opgemerkt dient te worden dat er in deze tijd al wel ruimte was voor de zogenaamde kindbeschermingsgedachte²⁴ die eeuwen later een belangrijke rol zou spelen bij het ontstaan van de eerste adoptieregeling in Nederland.

Na het uiteenvallen van het Romeinse Rijk trad ook met betrekking tot de adoptie een zekere versnippering op. Waar het rechtsinstituut in landen als Duitsland, Denemarken, Griekenland en Spanje en een streek als Friesland veelal in de Justiniaanse en derhalve zwakke vorm (*adoptio minus plena*) voortleefde,²⁵ raakte de adoptie in Frankrijk en Holland steeds meer in onbruik.²⁶

Dit veranderde echter toen ten tijde van de Renaissance en de Franse Revolutie een hernieuwde bewondering en belangstelling voor de Romeinse cultuur en het Romeinse recht zich ontwikkelde. De Franse Assemblée voerde in 1792 de adoptie weer in, hoewel dit de zwakke vorm van adoptie betrof.²⁷ Doordat de Fransen de adoptie echter op namen in de Code Napoleon²⁸ kon het rechtsinstituut van de adoptie zich vanaf 1804 verspreiden in die gebieden van de Westerse wereld die reeds onder Frans gezag stonden of nog veroverd werden door Napoleon.²⁹ In de Nederlandse gebieden is de Code Napoleon van 1811 tot 1838 van kracht geweest.³⁰

²⁴ Niet alleen moest onderzocht worden of de adoptie wel eerzaam en in het belang van het kind was, tevens bestond het vormvereiste dat de adoptant en de geadopteerde hun toestemming voor de rechter uit moesten wisselen. Bij kinderen die te jong waren om hun toestemming te geven, werd deze stilzwijgend aangenomen. Zie onder meer Nota 1969, p. 4. Nota 1983, p. 2.

²⁵ In Friesland kwam echter ook volledige adoptie voor, aldus Nota 1969, p. 5-7.

²⁶ Nota 1969, p. 7.

²⁷ Door de tegenstand van vele juristen inclusief het Ministerie van Justitie kwam men niet verder dan een compromis naar Justiniaans voorbeeld: de *adoptio minus plena*.

²⁸ Ook wel de Code Civil genoemd.

²⁹ Tevens werd de Code Napoleon niet alleen door verschillende Europese landen tot voorbeeld voor een eigen Burgerlijk Wetboek genomen, maar ook Louisiana liet zich in 1808 inspireren door deze codificatie, aldus Nota 1969, p. 7-9.

³⁰ Lokin & Zwalve 2001, p. 299-305.

1.1.2. Naar een adoptieregeling in Nederland?

Toen in 1838 het eerste Nederlandse Burgerlijk Wetboek werd ingevoerd, ontbrak daarin echter een adoptieregeling. In de memorie van toelichting bij het ontwerp valt te lezen dat, naar het oordeel van C. Asser in 1839, ‘geen menselijke inrichting betrekkingen kon scheppen, die niet op de natuur gegrond zijn en dat adoptie strijdig was met onze landaard.’³¹ Aldus heeft er in Nederland van 1838 tot, naar later zal blijken, 1956 geen wettelijke adoptiemogelijkheid bestaan. Wel bestond er de juridisch niet erkende aanneming van kinderen die gedeeltelijk ongeorganiseerd en gedeeltelijk via georganiseerde gezinsverpleging plaatsvond,³² maar van het doorsnijden van de juridische banden met de biologische ouders was toentertijd derhalve geen sprake.

De deur naar een wettelijke adoptieregeling (waarbij de juridische banden met de biologische ouders geslaakt zouden kunnen worden) werd pas in 1901 opgezet toen de Kinderwetten³³ van 1901 in het Staatsblad verschenen.³⁴ De burgerrechtelijke Kinderwet maakte het immers mogelijk ouders te ontzetten of te ontheffen van de ouderlijke macht³⁵ en een andere persoon of rechtspersoon met de voogdij te belasten.³⁶ Dit was een noviteit aangezien de ouderlijk macht in het verleden veelal als een aan de ouders toebehorend recht werd bestempeld. Eind negentiende eeuw werd onder juristen echter algemeen aanvaard dat de ouderlijke macht zowel rechten als plichten met zich bracht. Niet-nakoming van deze plichten rechtvaardigde ingrijpen en leverde aldus een rechtsgrond op voor het ontnemen van de ouderlijke macht.³⁷ Na de inwerkingtreding van de Kinderwetten in 1905 bestond over dit onderwerp dan ook weinig tot geen discussie meer: de aantastbaarheid van het ouderlijk gezag werd in het algemeen als vanzelfsprekend aanvaard.³⁸

³¹ Aldus Goudsmit 1971, p. 2. Zie ook *Kamerstukken II* 1953/54, 3530, nr. 3, p. 1 (MvT).

³² Nota 1969, p. 20. Nota 1983, p. 6.

³³ Behalve de civiele (burgerrechtelijke) Kinderwet betrof het ook een strafrechtelijke Kinderwet en de Kinderbeginselenwet.

³⁴ De burgerrechtelijke Kinderwet van 6 februari 1901, *Stb.* 1901, 62, de strafrechtelijke Kinderwet van 12 februari 1901, *Stb.* 1901, 63 en de Kinderbeginselenwet van 12 februari 1901, *Stb.* 1901, 64.

³⁵ Al sprak minister Cort van der Linden, volgens Cloeck 1946, p. 18, in zijn ontwerp zelf over ouderlijk gezag en kent het huidige personen- en familierecht ook uitsluitend nog de term ouderlijk gezag.

³⁶ De invoering van de Kinderwetten liet echter enige tijd op zich wachten, pas in 1905 traden de wetten in werking.

³⁷ Cloeck 1946, p. 14.

³⁸ Cloeck 1946, p. 21.

In de jaren daarna werden meerdere wijzigingen in de burgerrechtelijke Kinderwet doorgevoerd die als voorbode voor een toekomstige, wettelijke adoptieregeling konden worden gezien.³⁹

Het zou echter tot na de Tweede Wereldoorlog duren voordat het onderwerp adoptie weer hoog op de agenda werd geplaatst. Het grote aantal oorlogswezen kon door de minister niet genegeerd worden en hij verklaarde zich dan ook bereid een studie naar het onderwerp adoptie te laten verrichten.⁴⁰ Het proefschrift van H.P. Cloeck uit 1946 getiteld ‘Adoptie als vraagstuk van kinderbescherming’, waarin Cloeck onder meer een voorstel tot een wettelijke adoptieregeling deed, bracht de bestudering van het vraagstuk omtrent adoptie in een nadere stroomversnelling en ook de in 1940 opgerichte Federatie van instellingen voor de Ongehuwde moeder en haar kind (F.I.O.M.) speelde een belangrijke rol.⁴¹

Op 12 juli 1954⁴² werd een ontwerpregeling omtrent adoptie bij de Tweede Kamer ingediend.⁴³ Blijkens de memorie van toelichting⁴⁴ werd er gekozen voor onherroepelijkheid en volledige rechtsgevolgen, maar gepaard gaande met strenge eisen waarbij het kennelijk belang van het kind voorop diende te staan. Het was de rechter die, na advies van de Centrale Adoptieraad en voorlichting van de Raad voor de Kinderbescherming, de belangen van het kind moest afwegen.⁴⁵

Na enkele wijzigingen⁴⁶ nam de Tweede Kamer het ontwerp op 24 januari 1955 aan, de Eerste Kamer volgde op 24 januari 1956. Bij de totstandkoming van de wet op 26 januari 1956⁴⁷ was de allereerste adoptiewet een feit.⁴⁸

³⁹ Zo werden in 1909 nieuwe bepalingen ter bescherming van natuurlijke kinderen toegevoegd en bestaat sinds 1921 de mogelijkheid van ondertoezichtstelling, een kinderbeschermingsmaatregel die het ouderlijk gezag beperkt. In 1929 werden de ouderlijke macht en de ouder-voogdij opnieuw beperkt. Met name die wetwijziging is voor pleegouders van groot belang geweest, omdat vanaf dat moment de pleegouders voor het eerst enige rechtsbescherming werd geboden in het geval dat de biologische ouders het (pleeg-)kind terug eisten. Zie voor een uitgebreider overzicht Cloeck 1946, p. 22-24.

⁴⁰ Goudsmit 1971, p. 3.

⁴¹ De door de F.I.O.M. ingestelde ‘Commissie tot nadere bestudering van het vraagstuk van adoptie’ bracht in 1952 het ‘Rapport inzake een wettelijke regeling van het aannemen van kinderen’ aan de regering uit. De latere ontwerpregeling omtrent adoptie vertoonde sterke overeenkomsten met dit rapport, aldus Nota 1969, p. 23 en Delfos & Doek 1982, p. 72.

⁴² *Kamerstukken II* 1953/54, 3530, nr. 1-2.

⁴³ De Tweede Kamer had zich reeds eerder zonder bedenkingen achter de opvatting van de minister geschaard dat adoptie in beperkte vorm en met de nodige waarborgen omkleed overweging verdiende.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1953/54, 3530, nr. 3 (MvT).

⁴⁵ Het ontwerp zag overigens alleen op pleegkinderen, buiten beschouwing bleven eigen onwettige, wettige en stiefkinderen.

⁴⁶ De belangrijkste wijzigingen die men gedurende de parlementaire behandeling doorvoerde, werden gevormd door het toch opnemen van herroepelijkheid in de wet en de uitbreiding van de categorie personen die de adoptie tegen kunnen spreken met de categorie ouders die uit de ouderlijke macht ontzet zijn.

1.2. Adoptie en de Nederlandse wet: de rechtsontwikkeling vanaf 1956 door de jaren heen

1.2.1. De beginjaren: 1956-1978

In het voorgaande is de totstandkoming van de eerste Nederlandse adoptiewet uiteengezet. Deze wet betekende vooral meer zekerheid voor pleegouders en pleegkinderen. Het uiterste dat pleegouders immers onder het vóór 1956 geldende recht konden bereiken, was dat één van de pleegouders tot voogd werd benoemd en de andere pleegouder tot toezien voogd. Eventueel kon er bij Koninklijk Besluit toestemming worden gegeven voor het veranderen van de geslachtsnaam van het pleegkind in de geslachtsnaam van de pleegvader. Dit verhinderde echter niet dat de oorspronkelijke ouder of ouders het kind terug konden eisen, waardoor pleegouders er nooit zeker van konden zijn dat een pleegkind ook daadwerkelijk in hun gezin behouden bleef.⁴⁹ De onzekerheid die deze situatie voor het (pleeg-)kind opleverde, was evident en werd als onwenselijk ervaren.⁵⁰ Doordat bij de adoptieregeling van 1956 echter voor adoptie met volledige rechtsgevolgen was gekozen,⁵¹ kon die zo gewenste zekerheid vanaf dat moment verkregen worden door adoptie van het pleegkind door de pleegouders.

Wel moesten de pleegouders aan de door de wet geformuleerde vereisten voor adoptie kunnen voldoen. Zo eiste de wet onder meer dat de pleegouders met elkaar gehuwd waren.⁵² Het zwaartepunt en belangrijkste criterium werd echter gevormd door het kennelijk belang van het kind: ‘Het verzoek kan alleen worden toegewezen, indien de adoptie zowel uit het oogpunt van verbreking van de banden met de ouders als uit dat van bevestiging van de banden met de adoptanten, in het kennelijke belang van het kind is’, aldus het toenmalige artikel 344j BW (oud). Verder moest er worden voldaan aan de onder sub a tot en met g geformuleerde vereisten van artikel 344k BW (oud). Zo mocht het kind ingevolge sub b geen afstammeling

⁴⁷ Wet van 26 februari 1956, *Stb.* 1956, 42 inhoudende de invoering van de mogelijkheid van adoptie en wijziging, in verband daarmee, van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafrecht.

⁴⁸ De wet trad op 1 november 1956 in werking.

⁴⁹ Delfos & Doek 1982, p. 72.

⁵⁰ Hoksbergen & Walenkamp 1983, p. 89.

⁵¹ De banden met de oorspronkelijke ouders werden derhalve geslaakt. Artikel 344l BW (oud) formuleerde dat aldus: ‘Door adoptie verkrijgt de geadopteerde de staat van wettig kind van de adoptief-ouders.’

⁵² Het verzoek tot adoptie kan slechts door een echtpaar bij de rechtbank ingediend worden, aldus artikel 344j BW (oud).

(door wettige of onwettige geboorte) van één der adoptanten zijn.⁵³ De adoptanten moesten bovendien ten minste achttien jaar en ten hoogste vijftig jaar ouder zijn dan het kind (sub c), moesten ten minste vijf jaar voor de dag van het verzoek met elkaar gehuwd zijn (sub g) en het kind moest op de dag van het verzoek reeds drie jaar feitelijk verzorgd en opgevoed worden door de adoptanten, waarbij één van beiden de voogd van het kind moest zijn (sub f).

Bij de invoering van de adoptiewet in 1956 ging de wetgever van twee opvattingen uit, die achteraf gezien allebei niet juist bleken te zijn. Met name de introductie van adoptie als zijnde een kindbeschermingsmaatregel werd in de literatuur sterk bekritiseerd. Zo merkten Delfos en Doek terecht op dat het kenmerk van een kindbeschermingsmaatregel juist is dat deze nooit definitief is, waar adoptie in beginsel wel definitief is. Een maatregel van kindbescherming wordt daarnaast gekenmerkt door het feit dat in het belang van het kind wordt ingegrepen in het over hem uitgeoefende gezag. Het ouderlijk gezag wordt door de maatregel immers beperkt. Adoptie daarentegen bevestigt juridisch de bestaande feitelijke band tussen pleegouders en pleegkind en bouwt het gezag van de met de voogdij belaste pleegouders juist uit tot ouderlijke macht.⁵⁴ Ook Rood-de Boer was van oordeel dat het ‘om politieke redenen aanmerken van adoptie als een maatregel van kindbescherming, een kreuple vergelijking oplevert.’ In dat kader wees zij er op dat kindbeschermingsmaatregelen zoals ontheffing van het gezag of ontzetting uit het gezag niet leiden tot het verbreken van familierechtelijke banden, terwijl adoptie de bestaande familierechtelijke banden wel degelijk verbreekt om er vervolgens nieuwe familierechtelijke betrekkingen voor in de plaats te stellen.⁵⁵ Uit de ontwikkeling die het rechtsinstituut adoptie na 1956 heeft doorgemaakt, en waar in deze paragraaf nog nader op zal worden ingegaan, zal dan ook blijken dat deze gedachte inmiddels verlaten is.

Ten tweede werd er in 1956 vanuit gegaan dat adoptie een uitzondering zou zijn en dat ook zou blijven.⁵⁶ Een verwachting die absoluut niet uitgekomen is. Integendeel zelfs, het aantal ouders dat een kind wilde adopteren overtrof steeds het aantal ouders dat hun kind af wilden

⁵³ Sub b bevestigde daarmee de intentie die ook al uit het ontwerp bleek, namelijk dat de wet alleen op pleegkinderen zag. Nota & Van Merriënboer merkten echter al op dat deze regeling niet volledig waterdicht was. In het geval dat een man zijn eigen onwettig kind, derhalve een kind dat niet geboren is binnen het huwelijk van de (biologische) vader en moeder, niet erkend had, dan merkte de wet dit kind niet aan als een afstammeling van de man. De man en de vrouw met wie hij gehuwd is, niet zijnde de biologische moeder, konden het kind dan gewoon adopteren, aldus Nota & Van Merriënboer 1985, p. 63.

⁵⁴ Delfos & Doek 1982, p. 72.

⁵⁵ Aldus Rood-de Boer 1981, p. 1015.

⁵⁶ De verwachting was dat er, na een inhaalslag in de beginjaren, sprake zou zijn van zo'n tweehonderd adoptieverzoeken per jaar, aldus Rood-de Boer 1981, p. 1012. Zie ook Holtrust 1993, p. 190.

staan, wat een gebrek aan te adopteren kinderen opleverde.⁵⁷ Dit werd nog eens versterkt doordat niet alleen pleegouders wilden adopteren, maar er ook een adoptiewens bij andere groepen in de samenleving bleek te leven.

Deze ontwikkelingen leidden ertoe dat de adoptieregeling in de loop der tijd geregeld aanpassingen onderging die veelal een versoepeling van de voorwaarden of een vereenvoudiging van de procedure inhielden.⁵⁸ Zo bracht de wet van 3 juli 1968⁵⁹ de wettelijk verplichte verzorgingstermijn van drie jaar terug naar twee jaar.⁶⁰ Vijf jaar later⁶¹ werd die wettelijk verplichte verzorgingstermijn opnieuw terug gebracht en wel van twee tot één jaar.⁶² Vanaf 1978⁶³ hoefde er niet langer meer gewacht te worden met het indienen van het adoptieverzoek tot het moment dat de oorspronkelijke ouders van het kind meerderjarig waren, want de wet vereiste voor het wettig afstand doen van een kind nog slechts dat de moeder zestien jaar oud was. Hiermee hing samen dat de minderjarige oorspronkelijke ouder bekwaam werd geacht om ter zake in rechte op te treden.⁶⁴

De meest fundamentele wijziging van de adoptiewet tot dan toe zou echter in 1979 volgen. In dat jaar werd namelijk adoptie van een eigen kind mogelijk in de vorm van stiefouderadoptie en vormde daarmee een wijziging die op gespannen voet stond met het uitgangspunt van de wetgever dat adoptie als kindbeschermingsmaatregel had te gelden.

⁵⁷ Holtrust 1993, p. 190.

⁵⁸ Zo werd bij wet van 12 juli 1962 (*Stb.* 1962, 250) tijdelijk de mogelijkheid opengesteld om een kind te adopteren in afwijking van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek. Als gevolg van die wijziging konden kinderen die voor 1 maart 1956 als pleegkind in het gezin van de adoptanten waren opgenomen ook worden geadopteerd indien niet werd voldaan aan het vereiste leeftijdsverschil tussen adoptanten en pleegkind. Voorts mochten deze kinderen meerderjarig (geworden) zijn ten tijde van de adoptie.

⁵⁹ Wet van 3 juli 1968, *Stb.* 1968, 336. Van dezelfde dag, wet van 3 juli 1968, *Stb.* 1968, 343, is overigens de wet die ziet op de inzage van bescheiden, overgelegd in zaken betreffende de ouderlijke macht, voogdij en adoptie.

⁶⁰ Tevens werd de peildatum voor de minderjarigheid van het kind verlegd van de dag van de uitspraak in eerste aanleg naar de dag van het indienen van het adoptieverzoek.

⁶¹ Wet van 26 oktober 1973, *Stb.* 1973, 553. Terzijde moet opgemerkt te worden dat op 1 januari 1970 Boek 1 van het huidige Burgerlijk Wetboek in werking trad. Was adoptie onder het oude Burgerlijk Wetboek nog te vinden in de artikelen 344j tot en met 344o van het Eerste Boek, vanaf 1970 wordt de adoptie geregeld in de artikelen 227 tot en met 232 van Boek 1 van het (nieuwe) BW. In het voorgaande is met deze huidige artikelnummering reeds rekening gehouden en derhalve wordt naar de adoptiebepalingen in de oude wet van voor 1970 verwezen met de toevoeging (oud). In het navolgende zal wederom uitgegaan worden van de huidige artikelnummering en eventuele verwijzingen naar de oude wet zullen derhalve wederom aangeduid worden met de toevoeging (oud).

⁶² Daarnaast werd in dat jaar ook de Centrale Adoptieraad opgeheven. Met het verdwijnen van deze Raad zou het voortaan het Ministerie van Justitie zijn die de adoptiedocumentatie bij zou houden.

⁶³ Wet van 7 juni 1978, *Stb.* 1978, 303.

⁶⁴ Verder werd de adoptie van buitenlandse kinderen vereenvoudigd doordat de oorspronkelijke ouders van een buitenlands adoptiekind niet langer door de rechtbank opgeroepen hoefden te worden. Bij genoemde wet werd aan pleegouders overigens ook het blokkaderecht toegekend, Delfos & Doek 1982, p. 75.

1.2.2. 1979: de mogelijkheid tot stiefouderadoptie

Bij wet van 13 september 1979⁶⁵ werd in het Nederlandse recht de mogelijkheid van stiefouderadoptie geïntroduceerd en dat betekende niet alleen een uitbreiding van de groep (potentiële) adoptiefouders, maar ook een uitbreiding van het aantal te adopteren kinderen. Afstammelingen van één van de adoptanten werden immers niet langer van adoptie geweerd.⁶⁶

Hoewel de aanduiding stiefouderadoptie lijkt te duiden op de (eenpersoons-)adoptie door een stiefvader of een stiefmoeder van het kind van zijn echtgenote respectievelijk haar echtgenoot, was dat niet wat de wetgever op het oog had. Bij stiefouderadoptie traden de oorspronkelijke ouder, die tevens een juridische afstammingsrelatie met het kind had, en de met deze ouder gehuwde stiefouder samen op als het echtpaar dat wenste te adopteren.⁶⁷ Hoewel het op het eerste gezicht vreemd aandoet dat een ouder dan zijn of haar eigen kind moest adopteren, was daar bewust voor gekozen. Zou de stiefouder het kind immers alleen adopteren dan zou de situatie kunnen ontstaan dat het kind ten aanzien van de adopterende stiefouder de status van wettig kind verkreeg, maar ten opzichte van de oorspronkelijke ouder de status van onwettig kind behield.⁶⁸ Bovendien werd op deze wijze nog eens benadrukt dat beide echtgenoten een gelijke positie ten opzichte van het kind innamen en dat beide echtgenoten op gelijke wijze zorg dienden te dragen voor het welzijn van het kind.⁶⁹

Stiefouderadoptie week op twee punten af van de ‘gewone’ adoptie.⁷⁰ Allereerst golden niet alle bij adoptie gestelde vereisten onverkort in het geval van stiefouderadoptie. Zo was het vereiste van het leeftijdsverschil tussen het kind en de adoptanten van ten minste achttien jaar en ten hoogste vijftig jaar niet van toepassing. Bovendien moesten de adoptanten weliswaar gehuwd zijn, maar een huwelijksduur van ten minste vijf jaar was niet vereist.

Het tweede punt van afwijking springt echter meer in het oog. Waar adoptie immers gekenmerkt werd door het feit dat de juridische banden met de beide oorspronkelijke ouders

⁶⁵ *Stb.* 1979, 501. De wet trad in werking op 1 november 1979.

⁶⁶ Hoksbergen & Walenkamp 1983, p. 90.

⁶⁷ Het echtpaarvereiste van artikel 344k sub g BW (oud) bleef aldus in stand.

⁶⁸ Door de adoptie verkreeg het kind immers de status van wettig kind van de adoptant, in casu derhalve de status van wettig kind van de stiefouder. Het kind dat uit een (eerdere) niet-huwelijkse relatie geboren was, bleef ten opzichte van de moeder echter ‘slechts’ een natuurlijk kind, ook wel onwettig kind genoemd.

⁶⁹ Nota & Van Merriënboer 1985, p. 63-64.

⁷⁰ De andere vereisten van ‘gewone’ adoptie, zoals een verzorgingstermijn van een jaar, golden wel onverkort. Advies van de Raad voor het Jeugdbeleid 1990, p. 29.

verbroken werden, vond dit bij stiefouderadoptie slechts gedeeltelijk plaats: uitsluitend de juridische afstammingsrelatie tussen het kind en de oorspronkelijke, niet-verzorgende ouder en diens familieleden werd verbroken.⁷¹ Wel bepaalde de wet dat er na de adoptie een omgangsregeling tussen het kind en de oorspronkelijke, niet-verzorgende ouder kon blijven bestaan, waardoor niet alle contact verloren hoefde te gaan.⁷²

Gezien de genoemde verschillen met gewone adoptie kan dan ook opgemerkt worden dat stiefouderadoptie niet alleen een heel ander karakter had dan adoptie, maar ook dat de stiefouderadoptie mede door dit eigen karakter nog verder van een maatregel van kindbescherming af stond dan adoptie.

De eerste stappen van de ontwikkeling van adoptie als kindbeschermingsmaatregel naar adoptie als een vorm van (fictieve) afstamming waren gezet.

1.2.3. 1998: invoering van de eenpersoonsadoptie en adoptie door ongehuwde heteroparen

In het voorgaande is opgemerkt dat de wet in het geval van stiefouderadoptie aan de oorspronkelijke, niet-verzorgende ouder een (absoluut) vetorecht toekende. Dit vetorecht kon echter ook gebruikt worden met het enkele doel de andere ouder en de stiefouder te dwarsbomen. Een situatie waar het desbetreffende kind zeer zeker niet mee gebaat was. Naar aanleiding van deze problematiek verscheen in het (Tweede Kamer) zittingsjaar 1987/1988 dan ook de notitie 'Adoptie anders dan door een echtpaar'⁷³ en dit leidde uiteindelijk tot wetsvoorstel 24 649 getiteld 'Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie.'⁷⁴

In het kader van dit wetsvoorstel werd onder meer de mogelijkheid van eenpersoonsadoptie opgenomen, waardoor er een einde kwam aan de vreemde situatie dat de oorspronkelijke ouder in het geval van stiefouderadoptie een eigen kind 'mee moest adopteren.'

⁷¹ Die oorspronkelijke, niet-verzorgende ouder hoefde dat echter niet zomaar te laten gebeuren, want deze ouder had, mits er sprake was geweest van een huwelijk, de doorslaggevende stem in het al dan niet toewijzen van het verzoek. Dit zogenaamde absolute vetorecht was echter niet toegekend aan de oorspronkelijke, niet-verzorgende ouder van een onwettig kind. Dit betrof dan de situatie van een (ongehuwde) moeder en een vader die het kind weliswaar erkend had, maar nimmer met de moeder getrouwd was geweest.

⁷² Advies van de Raad voor het Jeugdbeleid 1990, p. 29.

⁷³ *Kamerstukken II* 1987/88, 20 547, nr. 1-2. Dezelfde notitie was volgens minister Korthals Altes ook bedoeld om 'de gedachten te bepalen omtrent de wenselijkheid en noodzaak van invoering in ons Burgerlijk Wetboek van de mogelijkheid van adoptie anders dan door een echtpaar, waarbij de nadruk ligt op adoptie door één persoon', aldus de minister in *Kamerstukken II* 1987/88, 20 547, nr. 1-2, p. 1.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 1-2. Hierna in deze paragraaf: het wetsvoorstel. Voorafgaand aan dit wetsvoorstel was op 8 februari 1991 overigens reeds het wetsvoorstel 'Herziening van de regeling inzake stiefouderadoptie' ingediend. Dit wetsvoorstel werd echter op 26 augustus 1994, tijdens de behandeling in de Eerste Kamer, weer ingetrokken ten gunste van het nieuwe en bredere wetsvoorstel 24 649.

Stiefouderadoptie kon dan immers onder de algemene regeling van eenouder- of eenpersoonsadoptie geschaard worden. Ook werd in het wetsvoorstel het echtpaarvereiste geschrapt, waardoor het voor ongehuwde (hetero) stellen mogelijk werd om samen een Nederlands kind te adopteren.⁷⁵ Zij moesten voorafgaande aan de indiening van het verzoek echter wel drie jaar aaneengesloten samengeleefd hebben.⁷⁶

Hoewel in 1996 in het kader van de nota ‘Leefvormen’⁷⁷ de politieke wens naar voren was gekomen om ook oog te hebben voor de maatschappelijke wens van adoptie door paren van gelijk geslacht en daartoe een wetsvoorstel te initiëren, bevatte de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel nog het standpunt dat het bij een adoptieverzoek twee personen van verschillend geslacht moest betreffen.⁷⁸

Op 24 december 1997⁷⁹ was de wijziging van zowel het afstammingsrecht als het adoptierecht een feit en hadden de mogelijkheid van eenpersoonsadoptie en adoptie door ongehuwde heteroparen hun intrede gedaan in het Nederlandse recht.

1.2.4. 2001: de Commissie Kortmann en adoptie voor paren van gelijk geslacht

De opvatting van de minister dat adoptie een vorm van afstamming was waarbij de aansluiting met de natuurlijke afstamming niet zou moeten worden verlaten, stuitte vrijwel meteen op kritiek in de literatuur. Betoogd werd dat adoptie een vorm van *fictieve* afstamming is met als doel het vestigen van juridische banden, niet het vestigen van biologische banden.⁸⁰ [cursivering van mij; CJMvB]. Ook de Tweede Kamer had reeds op 16 april 1996 twee

⁷⁵ Ook de stiefouder hoefde niet meer met de oorspronkelijke ouder gehuwd te zijn om het kind van zijn of haar partner te kunnen adopteren. Thans zou derhalve beter van stiefouder- of partneradoptie (stiefouder in het geval van een huwelijk, partner in het geval van een geregistreerd partnerschap of ongehuwd samenleven) gesproken kunnen worden, aldus Van Mourik & Nuytinck 2009, p. 187.

⁷⁶ Het wetsvoorstel schrapte verder het onderscheid tussen wettige, onwettige en natuurlijke kinderen en wijzigde dit in het criterium van de familierechtelijke betrekking. Ook werd de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap geïntroduceerd en de mogelijkheden tot ontkenning van het door het huwelijk ontstane vaderschap voor de man en de vrouw werden gelijkgetrokken.

⁷⁷ *Kamerstukken II 1995/96*, 22 700, nr. 10, 14 en 18 (Nota Leefvormen).

⁷⁸ ‘In het licht van het gegeven dat adoptie een vorm van afstamming is, vind ik het stellen van de voorwaarde dat het twee personen van verschillend geslacht moet betreffen, gerechtvaardigd. Zoals ook in het afstammingsrecht de aansluiting bij de natuurlijke afstamming niet wordt verlaten, ben ik van oordeel dat dat ook in het adoptierecht niet zou moeten gebeuren’, aldus de minister. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 649, nr. 3, p. 14 (MvT).

⁷⁹ Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772 tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie. De wet trad op 1 april 1998 in werking.

⁸⁰ Aldus Smits 1997, p. 30.

moties⁸¹ aangenomen die verband hielden met het mogelijk maken van adoptie door paren van gelijk geslacht.

Op verzoek van de Tweede Kamer benoemde de regering dan ook een niet-ambtelijke commissie die de voor- en nadelen van openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht diende te inventariseren. Daarbij kreeg de commissie tevens de opdracht om aandacht te schenken aan de gevolgen van de eventuele openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht met betrekking tot het afstammingsrecht en de adoptie. Op 25 juni 1996 werd de ‘Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht’ ingesteld, naar haar voorzitter kortweg aangeduid als de Commissie Kortmann.⁸²

In haar rapport van oktober 1997 beschreef de Commissie Kortmann het hybridische karakter van de adoptie. Adoptie was immers enerzijds een vorm van afstamming, maar anderzijds een abstractie van afstamming. Feitelijk ouderschap werd juridisch erkend en gelegitimeerd, terwijl het afstammingsouderschap niet aanwezig was of kon zijn. Tegelijkertijd stond de mogelijkheid van adoptie op dat moment enkel open in gevallen dat er afstamming zou kunnen zijn. Met name op de abstractie van de afstamming baseerde de Commissie vervolgens haar oordeel dat het denkbaar en mogelijk moest zijn dat onder omstandigheden uitbreiding van de adoptie plaats zou vinden naar gevallen waarin twee vrouwen of twee mannen een kind verzorgen en opvoeden. Zij plaatste daar echter wel de kanttekening bij dat de mogelijkheid van adoptie ‘op zeer voorzichtige wijze moet worden toegepast.’⁸³

De Commissie deed dan ook de aanbeveling dat de rechter, zowel in het geval van adoptie door heteroparen als in het geval van adoptie door paren van hetzelfde geslacht, zou moeten beoordelen of een kind niets meer van zijn oorspronkelijke ouder of ouders had te verwachten, alvorens de adoptie uitgesproken kon worden. Daarbij verwees de Commissie naar twee arresten van de Hoge Raad van 5 september 1997.⁸⁴ In beide gevallen betrof het een verzoek om (partner-)adoptie afkomstig van twee vrouwen. De Hoge Raad overwoog: ‘Ook indien op grond van artikel 8, 12 en/of 14 EVRM zou moeten worden aangenomen dat aan relaties en samenlevingsvormen als die tussen onderscheidenlijk van verzoeksters en de

⁸¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 22 700, nr. 14 en 18 (Nota Leefvormen).

⁸² Curry-Sumner & Vonk 2006, p. 39-40.

⁸³ Rapport Commissie Kortmann 1997, p. 10.

⁸⁴ HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 686 m.nt. De Boer (rekestnummer 8940). De Hoge Raad heeft op dezelfde datum onder rekestnummer 8941 een gelijklopende uitspraak gedaan in eenzelfde kwestie; in die zaak was geen sprake van een anonieme donor doch van een aan de vrouwen bekende donor, *AA* 1997, p. 870-875, m.nt. Nuytinck.

minderjarigen waarop het adoptieverzoek betrekking heeft, een verdergaande juridische erkenning dient te worden gegeven dan het nationale recht thans biedt, geldt dat de wijze waarop hierin moet worden voorzien, rechtspolitieke keuzes vergt die de rechtvormende taak van de rechter te buiten gaan.’

Dat de regering bereid was deze rechtspolitieke keuzes te maken, bleek uit het kabinetsstandpunt⁸⁵ dat volgde op het rapport van de Commissie Kortmann.⁸⁶ Dit leidde vervolgens tot het besluit van de wetgever om door aanpassing van het adoptierecht er voor zorg te dragen dat kinderen die in een duurzame relatie van twee personen van hetzelfde geslacht geboren zouden worden en/of daarbinnen verzorgd en opgevoed zouden worden de juridische bescherming zouden verkrijgen die zij behoeven.⁸⁷

Hoewel de Raad van State bezwaar had tegen het wetsvoorstel en adviseerde om het niet naar de Tweede Kamer te zenden,⁸⁸ verscheen op 8 juli 1999 toch het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht).⁸⁹ Het wetsvoorstel strekte ertoe dat paren van gelijk geslacht voortaan samen een Nederlands kind konden adopteren, maar ook dat de levensgezel van de oorspronkelijke ouder met hetzelfde geslacht diens kinderen kon adopteren, mits het kind of de kinderen zoals gezegd niets meer van zijn of haar oorspronkelijke ouder(s) te verwachten had (dan wel hadden).

De Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht⁹⁰ trad op 1 april 2001 in werking en daarmee was een nieuwe mijlpaal in het Nederlandse adoptierecht bereikt.

⁸⁵ *Kamerstukken II 1997/98*, 22 700, nr. 23.

⁸⁶ De regering deelde daarin het standpunt van de Commissie dat adoptie van Nederlandse kinderen door paren van hetzelfde geslacht mogelijk moest zijn, onder de voorwaarde dat het zeker was dat het kind niets meer van zijn of haar oorspronkelijke ouders had te verwachten of zou krijgen. Het standpunt van de Commissie dat alleen een heteroseksueel huwelijk afstammingsrechtelijke gevolgen zou moeten hebben, werd door de regering eveneens overgenomen. Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 22 700, nr. 23, p. 2-3.

⁸⁷ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 673, nr. 3 (MvT).

⁸⁸ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 673, nr. B.

⁸⁹ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 673, nr. 1-2.

⁹⁰ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht), in werking getreden op 1 april 2001.

1.2.5. 2009 tot heden: de commissie Kalsbeek en de versoepeling van de adoptieprocedure voor lesbische paren

Door de inwerkingtreding van de hiervoor genoemde Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht hebben paren van hetzelfde geslacht en paren van verschillend geslacht sinds 1 april 2001 dezelfde mogelijkheden tot adoptie van een Nederlands kind. Bij gewone adopties, niet zijnde partneradopties, maakt het recht ook geen onderscheid tussen homoparen en lesbische paren. In het geval van partneradoptie hebben lesbische paren (in dat geval veelal duomoeders genoemd) het door een combinatie van biologische factoren en de Nederlandse wet echter wel aanzienlijk makkelijker dan homoparen.⁹¹

Ook na 2001 heeft de wetgever in het geval van wijzigingen in het adoptierecht met name oog voor de situatie van duomoeders.⁹² Zo is ook het op 9 mei 2006 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel 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 in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen⁹³ met name van belang voor duomoeders.⁹⁴

Het wetsvoorstel beoogt de adoptieprocedure op drie punten te wijzigen.

Allereerst worden de opvoedings- en verzorgingstermijnen bij eenpersoonsadoptie en tweepersoonsadoptie gelijkgetrokken: deze termijn wordt één jaar. Dit geldt echter niet voor duomoeders, want in het geval dat een kind is of wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en de ouder van het kind geldt deze opvoedings- en verzorgingstermijn in het geheel niet. Ook het vereiste dat het verzoek tot eenpersoonsadoptie slechts kan worden ingediend indien de echtgenoot, geregistreerde partner of levensgezel voorafgaande aan het verzoek ten minste drie jaar aaneengesloten heeft samengeleefd met de ouder van het kind, geldt niet in het geval dat het kind is of wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en die ouder.

⁹¹ Curry-Sumner & Vonk 2006, p. 40. Deze ongelijkheid is overigens in overeenstemming met de doelstelling van de Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht zoals deze blijkt uit de memorie van toelichting, aldus Curry-Sumner & Vonk met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 1998/99, 26 673, nr. 3, p. 3.

⁹² Onder duomoeders wordt in dit hoofdstuk verstaan: de situatie van twee vrouwen van wie de ene vrouw moeder door geboorte is en de andere vrouw moeder door adoptie wil worden. Vgl. Nuytinck 2006, p. 627.

⁹³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 1-4.

⁹⁴ Met dit wetsvoorstel komt de wetgever tegemoet aan de wens van de Tweede Kamer om de afstammingsrechtelijke gelijkstelling tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen van heteroseksuele paren te bevorderen door er voor zorg te dragen dat het kind dat geboren wordt binnen een relatie van twee vrouwen reeds vanaf de geboorte twee juridische ouders heeft, aldus de memorie van toelichting. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3, p. 2 (MvT).

Ten tweede geldt het criterium dat ‘er op het tijdstip van het adoptieverzoek moet vaststaan en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder heeft te verwachten’ niet langer voor duomoeders. Indien het kind namelijk is of wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en de ouder en er een verklaring kan worden overgelegd dat het kind verwekt is met het zaad van een onbekende donor, wordt de adoptie voortaan toegewezen, tenzij de adoptie kennelijk niet in het belang van het kind is.

Ten slotte verleent het wetsvoorstel, indien de adoptie binnen zes maanden na de geboorte van het kind is verzocht, terugwerkende kracht aan de adoptie tot aan het tijdstip van indiening van het adoptieverzoek of, indien het verzoek voor de geboorte reeds is ingediend, tot aan de geboorte.⁹⁵

Het bereiken van deze afstammingsrechtelijke gelijkstelling tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen van heteroseksuele paren via het adoptierecht is echter veelvuldig bekritiseerd. Evenals in het geval van het wetsvoorstel met betrekking tot adoptie door personen van hetzelfde geslacht⁹⁶ adviseert de Raad van State ook nu negatief. Zo is de Raad ‘er niet van overtuigd dat een verdere aanpassing van de regels voor adoptie de juiste weg is om tegemoet te komen aan de wens dat de vrouwelijke partner van de moeder vanaf de geboorte van het kind binnen hun relatie in familierechtelijke betrekking kan komen te staan tot dat kind’ en ‘indien geen regeling van erkenning ten behoeve van de partner van de moeder wordt overwogen, maar wel een aan de erkenning gelijkwaardige regeling wenselijk wordt geacht, adviseert de Raad af te zien van een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen, en een aan de erkenning gelijkwaardige regeling te formuleren[...].’⁹⁷

Opvallend aan het advies is echter dat de Raad zeer stellig opmerkt dat adoptie een maatregel van kindbescherming is en dat standpunt ook ten grondslag legt aan zijn negatieve advies: ‘In de gevallen die het wetsvoorstel beoogt te regelen gaat het niet om een adoptie als kindbeschermingsmaatregel, maar om een invulling van de hiervoor geformuleerde wens een aan de erkenning gelijkwaardige regeling in het leven te roepen. Door daartoe in de

⁹⁵ Nuytinck 2006, p. 627. Saarloos 2007, p. 142-143.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 673, nr. 1-2. Het negatieve advies met betrekking tot dit wetsvoorstel is te vinden in *Kamerstukken II* 1998/99, 26 673, nr. B.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4, p. 3.

adoptiebepalingen nieuwe uitzonderingen op te nemen, en daarmee af te wijken van de grondslag van de adoptie, ontstaat een gewrongen constructie.⁹⁸

Een onderbouwing van dit door de Raad ingenomen standpunt vermeldt het advies echter niet en dat is betreuenswaardig gezien de eerder genoemde kritiek op dit standpunt van onder meer Delfos en Doek⁹⁹ en Rood-De Boer.¹⁰⁰

Mede naar aanleiding van de kritiek, de bevindingen van de Raad van State en de in januari 2007 door Pechtold c.s. ingediende motie,¹⁰¹ is in mei 2007 de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (de Commissie Kalsbeek) ingesteld.¹⁰² De Commissie Kalsbeek krijgt onder meer als opdracht te ‘bezien op welke andere wijze dan door adoptie [...] kan worden voorzien in een mogelijkheid voor een vrouwelijke partner van de moeder om op eenvoudige wijze ouder te worden van het kind geboren binnen de relatie van deze vrouw en de moeder.’¹⁰³

Op 31 oktober 2007 zal de Commissie Kalsbeek haar rapport omtrent lesbisch ouderschap uitbrengen, maar het door de minister verzochte uitstel van behandeling van het eerder genoemde wetsvoorstel omtrent de verkorting van de adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren (wetsvoorstel 30 551) wordt door de Tweede Kamer naast zich neergelegd.¹⁰⁴ Op 3 juli 2007 neemt de Tweede Kamer het wetsvoorstel aan.¹⁰⁵

Door de inwerkingtreding van deze wet in 2009 is het adoptierecht voor lesbische paren (duomoeders) versoepeld. Dit gebeurde echter in afwachting van de aanbevelingen van de Commissie Kalsbeek, waardoor het adoptierecht als het gaat om de rechtspositie van duomoeders op dit moment is te beschouwen als adoptierecht *ad interim*.¹⁰⁶

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4, p. 3.

⁹⁹ Delfos & Doek 1982, p. 72.

¹⁰⁰ Rood-de Boer 1981, p. 1015.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 60, waarin de regering wordt verzocht om wetsvoorstel 30 551 uit te breiden met een mogelijkheid tot ouderschap van rechtswege ten aanzien van kinderen die geboren worden bij een lesbisch echtpaar en met de mogelijkheid tot erkenning door de sociale moeder bij een lesbisch paar. Dit omdat naar mening van Pechtold c.s. 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.

¹⁰² Vonk 2009, p. 275.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 551, nr. 8-9.

¹⁰⁴ Nuytinck 2008, p. 44.

¹⁰⁵ De Wet van 24 oktober 2008, *Stb.* 2008, 425 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 trad op 1 januari 2009 in werking.

¹⁰⁶ Aldus Van Mourik & Nuytinck 2009, p. 200.

De conclusies en aanbevelingen uit het rapport van de Commissie Kalsbeek en de daarmee verband houdende wijzigingen in het adoptierecht, zal ik in het volgende hoofdstuk nader bespreken.

Hoofdstuk 2: Naar een wettelijke regeling voor lesbisch ouderschap anders dan door adoptie

2.1. De Commissie Kalsbeek en het rapport ‘Lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie’

2.1.1. De uitgangspunten van het rapport ‘Lesbisch ouderschap’

Op 31 oktober 2007 werd door de Commissie Kalsbeek voldaan aan het eerste gedeelte van haar opdracht en bracht zij haar rapport met betrekking tot lesbisch ouderschap aan de minister uit.¹⁰⁷ De taakomschrijving van de Commissie was duidelijk gespecificeerd, zo diende zij in haar rapport:

- a) Te bezien op welke andere wijze dan door adoptie – zoals uitgangspunt in het wetsvoorstel adoptie door homoparen (30 551) – kan worden voorzien in een mogelijkheid voor een vrouwelijke partner van de moeder om op eenvoudige wijze ouder te worden van het kind geboren binnen de relatie van deze vrouw en de moeder, het belang van alle betrokken personen, ook dat van het kind, alsmede de tijd en kosten van de procedure daarbij in aanmerking nemend.

- b) Een beeld te schetsen van de juridische implicaties die erkenning, ouderschap van rechtswege of een nieuwe rechtsfiguur met zich brengen [...].¹⁰⁸

Een behandeling van aanverwante onderwerpen, zoals het naamrecht, het gezagsrecht en onderhoudsverplichtingen treft men in het rapport dan ook niet aan. Evenmin wordt aandacht besteed aan de situatie van homoparen (twee mannen).

De rode draad in het rapport wordt gevormd door het belang van het kind. Zo is een kind gebaat bij een stabiele opvoedingssituatie en bescherming van zijn feitelijke gezinssituatie. In

¹⁰⁷ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap). Het tweede gedeelte van haar opdracht betrof het geven van advies omtrent interlandelijke adoptie. Dat rapport, dat op 29 mei 2008 werd uitgebracht en als subtitel droeg “Alles van waarde is weerloos”, valt echter buiten het kader van deze scriptie en zal derhalve verder buiten beschouwing worden gelaten.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 551, nr. 9, p. 2.

het rapport staat de bescherming van het sociaal ouderschap, het feitelijke *family life*, dan ook centraal. Met betrekking tot de juridische bescherming van dit sociale ouderschap wordt aansluiting gezocht bij artikel 8 én artikel 53 van het EVRM. Noch het Europese Hof voor de Rechten van de Mens noch de Hoge Raad heeft zich immers uitgelaten over de vraag of het gezinsleven van een lesbisch paar en hun kind(eren) wel kan worden gekwalificeerd als *family life* in de zin van artikel 8 EVRM. Het staat Nederland op grond van artikel 53 EVRM echter vrij een verdergaande bescherming te bieden, aldus de Commissie.¹⁰⁹

Mijns inziens hanteert de Commissie hier een goed navolgbare gedachtegang. Men kan zich echter wel afvragen waarom ouderschap ingevuld door twee mannen dan geen *family life* in de zin van artikel 8 juncto artikel 53 van het EVRM op zou leveren en aldus ook meer bescherming zou behoeven dan thans voor homoparen mogelijk is.

Op grond van het belang van het kind neemt de Commissie tevens tot uitgangspunt dat een kind gebaat is bij twee juridische ouders. Daarbij wordt door de Commissie onderstreept dat het van groot belang is dat beide verzorgers en opvoeders dezelfde juridische positie toekomt. In dit verband merkt de Commissie op dat zij het hebben van gezag niet ziet als volwaardig of daarmee gelijk te stellen ouderschap. Zij beargumenteert dit door op te merken dat het belang van het zijn van juridisch ouder verder gaat dan de rechten en plichten die ook uit gezag voortvloeien.

Eén van die belangen betreft de identiteit. Zowel het kind als de ouders krijgen op deze manier het gevoel (voor altijd) bij elkaar te horen. Daarnaast zijn aan het bestaan van familierechtelijke betrekkingen erfrechtelijke gevolgen verbonden en wordt de nationaliteit van een kind naar Nederlands recht bepaald door de nationaliteit van zijn ouders. Ouderschap geeft voorts meer mogelijkheden tot het doen van een naamskeuze dan gezag.¹¹⁰

In de literatuur stuit men echter ook op weerstand tegen dit standpunt. Zo noemt Quik-Schuijt¹¹¹ dit een ‘benadering uit de oude doos’ die tevens ‘eenzijdig is.’ Zij stelt te hopen dat een gevoel van verbondenheid niet pas ontstaat nadat de afstamming van een kind geregeld is door bijvoorbeeld erkenning of adoptie. Daarbij is gezag, meer dan afstamming, een voorwaarde voor sociaal ouderschap, aldus Quik-Schuijt. Ten slotte ziet zij ook in de

¹⁰⁹ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 17-18.

¹¹⁰ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 18.

¹¹¹ Quik-Schuijt 2010, p. 2080. Quik-Schuijt bespreekt overigens het concept-wetsvoorstel tot ‘Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het ontstaan van het moederschap van rechtswege van en de mogelijkheid van erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder’, maar nu de meeste aanbevelingen van het rapport van de Commissie Kalsbeek (ongewijzigd) overgenomen zijn in genoemd wetsvoorstel kan haar kritiek daarop mede gezien worden als kritiek op het rapport zelf.

erfrechtelijke gevolgen en de gevolgen voor nationaliteit en naamskeuze geen steekhoudende argumentatie om te kiezen voor invoering van ‘de fictie dat een kind van twee vrouwen afstamt.’

Mijns inziens is de redenering van Quik-Schuijt in beginsel begrijpelijk, maar verdient zij enige nuancering. Zo onderschat zij naar mijn mening de emotionele en psychologische waarde die uit kan gaan van een juridische ‘formalisering’ van sociaal ouderschap.

Verbondenheid tussen ouder en kind ontstaat niet ‘pas’ nadat de afstamming geregeld is, maar de reeds bestaande band kan zich wel verdiepen nadat deze tevens juridisch erkend wordt.

Ten slotte is ook het beginsel van gelijke behandeling van heteroseksuele en homoseksuele paren tot uitgangspunt genomen voor het onderzoek van de Commissie. Zij verwijst daarvoor naar artikel 1 van de Grondwet, artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM.¹¹²

De Commissie zet vervolgens twee benaderingen uiteen, te weten een benadering die uitgaat van het sociale ouderschap¹¹³ en een benadering die uitgaat van het biologische ouderschap,¹¹⁴ die ieder op eigen wijze invulling geven aan het beginsel van gelijke behandeling. De Commissie merkt daarbij op dat het voor haar een gegeven is dat aan het huidige afstammingsrecht het (vermoeden van) biologisch ouderschap ten grondslag ligt en zij probeert dan ook zoveel mogelijk aan te sluiten bij dit systeem. De Commissie erkent dan ook dat er vanuit de biologie een ongelijkheid bestaat tussen heteroseksuele paren enerzijds en lesbische en homoseksuele paren (twee mannen) anderzijds.¹¹⁵

¹¹² Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 19. De Commissie merkt hierbij op dat het EHRM de verdragsluitende staten een grote beleidsvrijheid laat op het gebied van gelijke behandeling van heteroseksuele en homoseksuele paren. Vgl. Hoge Raad 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278 m. nt. De Boer.

¹¹³ Sociaal ouderschap houdt het als gezin samenleven van volwassenen met een kind in. De samenstelling van dit gezin is daarbij niet van belang, het begrip *family life* staat centraal. Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 19.

¹¹⁴ In deze benadering staat de biologische afstamming centraal. Het kind wordt vermoed biologisch af te stammen van het heteropaar dat het kind verzorgt en opvoedt. Weliswaar kan een man juridisch vader worden van een kind waarvan hij niet de biologische vader is, maar het kind kan dit juridische vaderschap ook weer ontkennen op de grondslag dat de desbetreffende man niet zijn of haar biologische vader is. De biologische afstamming blijft derhalve voorop staan. Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 19.

¹¹⁵ Een kind kan immers uitsluitend uit een heteroseksuele relatie geboren worden. Weliswaar kan er *binnen* een lesbische relatie een kind geboren worden, maar hier is altijd een derde voor nodig en het kind wordt dus niet geboren *uit de relatie*. Bij een relatie van twee mannen is er voor de geboorte van een kind eveneens een derde nodig, maar kan er nooit gesproken worden van een geboorte binnen de relatie: de vrouw die het kind baart staat immers buiten de relatie van de twee mannen. Zie ook p. 20, noot 13 van het rapport van de Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap).

Dat neemt echter niet weg dat de Commissie meent dat ook het sociale ouderschap en het feitelijke *family life* van twee vrouwen juridische bescherming behoeft, mede gelet op de belangen van het kind. Ook meent zij dat ‘afhankelijk van de gekozen benadering van het beginsel van gelijke behandeling het sociale ouderschap naast het vermoeden van biologisch ouderschap een plaats kan krijgen in het afstammingsrecht.’¹¹⁶

Geconcludeerd kan dan ook worden dat de Commissie de benadering die uitgaat van het sociale ouderschap in beginsel wenst te laten prevaleren boven die van het biologische ouderschap.¹¹⁷

Ook op deze benadering wordt door Quik-Schuijt felle kritiek geleverd.¹¹⁸ Zij vindt het zelfs leiden tot juridische legitimatie van het strafbare feit verduistering van staat (artikel 236 Sr.). Zij stelt daartoe dat een kind dat geregistreerd staat als het kind van een man en een vrouw, in het algemeen ook biologisch hun kind is. Is hier desondanks twijfel over dan kan de afstamming door middel van de rechtbank en DNA-onderzoek (eenvoudig) in overeenstemming met de werkelijkheid gebracht worden. Een kind van twee vrouwen kan biologisch gezien echter nooit van hen beiden afstammen en de afkomst van het kind is daarmee nooit in overeenstemming met de (biologische) waarheid. Dat erkenning naar Nederlands recht een rechtshandeling is en geen waarheidshandeling, acht Quik-Schuijt onvoldoende om haar standpunt te wijzigen.¹¹⁹

Ik deel deze mening van Quik-Schuijt niet. Mijns inziens moet het personen- en familierecht, als rechtsgebied dat bij uitstek gericht is op het menselijke aspect, gericht zijn en blijven op de ontwikkelingen in de maatschappij en hierin ook kunnen ‘meegroeien’.

Met Nuytinck¹²⁰ ben ik dan ook van oordeel dat de Commissie met de door haar gehanteerde benadering (en haar daaruit voortvloeiende aanbevelingen) geen volkomen nieuwe weg in het personen- en familierecht is ingeslagen. De gehanteerde benadering en daarmee de gedane voorstellen kunnen immers als een logische en consequente vervolgstap worden gezien op 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, aldus Nuytinck.¹²¹

¹¹⁶ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 19-20.

¹¹⁷ De conclusie van het rapport vermeldt dan ook: ‘De Commissie is van mening dat het in ieder geval mogelijk moet zijn voor de duomoeder om te erkennen. In zoverre prevaleert de bescherming van het sociale ouderschap boven het vasthouden aan (het vermoeden van) biologisch ouderschap. Over het antwoord op de vraag of ook het ouderschap van rechtswege mogelijk moet zijn indien het lesbische paar gehuwd is, laat de Commissie zich niet uit.’ Zie het rapport van de Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 45.

¹¹⁸ Quik-Schuijt 2010, p. 2080-2081.

¹¹⁹ Quik-Schuijt 2010, p. 2080-2081.

¹²⁰ Nuytinck 2008, p. 44-48.

¹²¹ Nuytinck 2008, p. 48.

Het is echter spijtig dat de opdracht van de Commissie niet strekte tot de situatie van homoseksuele paren (twee mannen). Ook bij ‘duovaders’ is er immers sprake van sociaal ouderschap, hoewel een kind niet binnen deze relatie geboren kan worden.¹²² Een ontwikkeling op dat gebied lijkt dan ook een logische, nieuwe vervolgstap.

2.1.2. De uitkomsten en aanbevelingen van het rapport ‘Lesbisch ouderschap’

Nadat de Commissie allereerst uiteen heeft gezet hoe het juridisch ouderschap van respectievelijk de moeder, haar mannelijke partner dan wel haar vrouwelijke partner naar huidig recht kan ontstaan,¹²³ merkt zij op dat naar haar mening het ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder eenvoudiger zou moeten kunnen ontstaan. Hiervoor bestaan twee mogelijkheden:

1. Een meemoeder¹²⁴ (gehuwd of ongehuwd) kan een kind erkennen;
2. Een ongehuwde meemoeder kan het kind erkennen en een gehuwde meemoeder wordt van rechtswege ouder van het kind dat tijdens haar huwelijk met de moeder wordt geboren.

Op grond van de reeds eerder uiteengezette uitgangspunten van het rapport concludeert de Commissie vervolgens vrij bondig dat het naar haar mening in ieder geval mogelijk moet zijn voor de meemoeder om het kind te erkennen. Met betrekking tot de mogelijkheden voor gehuwde lesbische paren is zij iets voorzigtiger. Voor gehuwde lesbische paren zijn immers twee mogelijkheden denkbaar, te weten erkenning dan wel ouderschap van rechtswege. De keus voor één van deze mogelijkheden wordt echter in belangrijke mate beïnvloed door de keus voor de gewenste benadering met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel¹²⁵ en de

¹²² Het buiten beschouwing blijven van de ‘duovaders’ in het rapport leidt er dan ook toe dat homoparen gediscrimineerd zullen worden ten opzichte van lesbische paren, nu homoseksuele mannen nog steeds slechts door middel van adoptie juridisch ouder kunnen worden, aldus Quik-Schuijt 2010, p. 2081.

¹²³ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 21-26.

¹²⁴ De Commissie hanteert in haar rapport overigens de term ‘duomoeder’ voor de vrouwelijke partner van de moeder, maar met Nuytinck ben ik van mening dat deze term niet voldoende onderscheidend vermogen kent. De moeder van het kind, oftewel de barendende vrouw, is immers net zo goed een duomoeder. Evenals Nuytinck noem ik de vrouwelijke partner van de moeder dan ook ‘meemoeder’. Vgl. Nuytinck 2008, p. 45, in het bijzonder noot 7.

¹²⁵ Een benadering die het sociale ouderschap tot uitgangspunt neemt dan wel een benadering die het biologische ouderschap tot uitgangspunt neemt.

Commissie acht dit een rechtspolitieke keuze die voorbehouden is aan de wetgever. De Commissie wenst dan ook geen voorkeur voor één van beide mogelijkheden uit te spreken.¹²⁶

De Commissie gaat voorbij aan de mogelijkheid van drie ouders. Het kind zou dan in familierechtelijke betrekking kunnen staan tot zowel de duomoeders als tot de biologische vader.¹²⁷ De Commissie acht een dergelijke ontwikkeling echter onwenselijk onder meer omdat de vervolgvragen talrijk en complex zijn.¹²⁸

Voorts wenst de Commissie geen aansluiting te zoeken bij de regelingen voor lesbische paren die Zweden, Canada en Spanje kennen, nu deze regelingen zich beperken tot situaties waarin gebruik is gemaakt van kunstmatige bevruchtingstechnieken.¹²⁹ Ook het creëren van een nieuwe rechtsfiguur wordt door de Commissie niet voorgestaan, aangezien dit door lesbische paren als een tweederangs optie ervaren kan worden.¹³⁰ Aansluiting bij een bestaande rechtsfiguur zal bovendien mogelijkserwijs op minder problemen van erkenning in het buitenland stuiten dan een nieuwe rechtsfiguur, zo is de gedachtegang.¹³¹

Ten slotte bevat het rapport nog enkele overwegingen omtrent de mogelijkheid van adoptie en het vraagstuk van de internationale aspecten. Mede gezien de samenhang tussen deze twee onderwerpen in het kader van deze scriptie, zal ik deze twee paragrafen uit het rapport in het navolgende samen bespreken.

¹²⁶ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 27. 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. Hierbij kan in het geval van erkenning gedacht worden aan onder meer de positie van de biologische vader, het kunnen vernietigen van de erkenning door respectievelijk het kind, de moeder(s) dan wel het Openbaar Ministerie en de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het moederschap. In het geval van ouderschap van rechtswege voor de meemoeder acht de Commissie het ten eerste van belang dat geregistreerd wordt wie de barendende vrouw is (geweest), aangezien dat in principe niet uit de geboorteakte blijkt. Artikel 1:19e lid 8 BW zou hiertoe aangepast moeten worden. Ook de ontkenning van het door huwelijk ontstane moederschap wordt door de Commissie besproken. Voor de volledige overwegingen van de Commissie omtrent erkenning zij verwezen naar het rapport van de Commissie, p. 27-31. Voor de volledige overwegingen van de Commissie omtrent ouderschap van rechtswege zij verwezen naar het rapport van de Commissie, p. 33-35.

¹²⁷ In het geval van een homoseksueel paar zou het kind in familierechtelijke betrekking kunnen komen te staan tot zowel de duovaders als de biologische moeder.

¹²⁸ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 39.

¹²⁹ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 37-38.

¹³⁰ De Commissie trekt hierbij een vergelijk met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht naast de reeds bestaande mogelijkheid van het geregistreerd partnerschap. Door sommigen werd het als krenkend ervaren dat het huwelijk niet was opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Aan het huwelijk wordt immers maatschappelijk gezien van oudsher een bepaalde symbolische en emotionele waarde toegekend. Uit het feit dat voor paren van gelijk geslacht de gehuwde staat niet bereikbaar was, kon volgens hen worden afgeleid dat aan hun relatie minder waarde werd toegekend, rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 38. Het toekennen van een aparte status aan lesbische paren zou in dat kader ook nu als discriminerend ervaren kunnen worden, zelfs al zouden de rechtsgevolgen van de nieuwe rechtsfiguur praktisch gelijk zijn aan erkenning.

¹³¹ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 38-39.

De introductie van erkenning dan wel ouderschap van rechtswege voor de meemoeder heeft uiteraard ook invloed op het adoptierecht. Zo is de Commissie van oordeel dat met het mogelijk worden van erkenning dan wel ouderschap van rechtswege er geen behoefte meer bestaat aan een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen ten behoeve van lesbische paren. De reden om de adoptiebepalingen verder aan te passen vervalt daarmee en ook de eerder gemaakte aanpassingen ten gevolge van wetsvoorstel 30 551 (de verkorting van de adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren) zouden naar het oordeel van de Commissie dienen te worden teruggedraaid. Als gevolg hiervan zouden lesbische paren uitsluitend kinderen kunnen adopteren onder dezelfde voorwaarden als heteroseksuele paren én homoseksuele paren (twee mannen).¹³²

Het kan uiteraard zijn dat de meemoeder het kind liever adopteert dan erkent, bijvoorbeeld omdat zij hoopt op een sterkere positie als ouder (in het buitenland). Hoewel er, voor zover de Commissie bekend, tot dusverre geen systematisch onderzoek is gedaan naar de problemen die kunnen ontstaan bij het in het buitenland erkennen van het ouderschap van de meemoeder, kan ook de Commissie niet ontkennen dat het denkbaar is dat adoptie in meer landen op erkenning kan rekenen dan het moederschap door erkenning of van rechtswege, omdat er bij adoptie een rechterlijke toets plaatsvindt.¹³³ Erkenning is in veel landen bovendien geen rechtshandeling zoals in Nederland, maar een waarheidshandeling, zo signaleert de Commissie, en dit zou een probleem kunnen opleveren bij erkenning van het ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder in het buitenland.¹³⁴ Desondanks meent de Commissie dat dit gegeven niet doorslaggevend dient te zijn bij de beslissing om de erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder in Nederland te introduceren.¹³⁵

De erkenning in het buitenland van het moederschap van duomoeders lijkt mij echter, zeker in een steeds verder internationaliserende wereld, uitermate van belang en voor duomoeders zeer zeker een punt om rekening mee te houden als zij hun keuze voor respectievelijk erkenning, ouderschap van rechtswege dan wel adoptie maken. De Commissie merkt nog wel op dat ‘om de eventuele extra bescherming van een adoptie (vanwege de rechterlijke toets) te ondervangen, gedacht zou kunnen worden aan de mogelijkheid van een declaratoire

¹³² Op die wijze zouden heteroseksuele paren, lesbische paren en homoparen gelijk worden behandeld, rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 41.

¹³³ De regering heeft het zekere voor het onzekere genomen en met wetsvoorstel 30 551 dan ook gekozen voor een aanpassing van de adoptiebepalingen, aldus de Commissie in haar rapport, p. 43.

¹³⁴ Indien twee vrouwen allebei aangeven de ouder van het kind te zijn, is het immers objectief waarneembaar dat de erkenning door één van hen niet conform de biologische waarheid geschiedt (of is geschied).

¹³⁵ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 43.

beschikking.¹³⁶ De Commissie werkt deze problematiek echter niet verder uit, vermoedelijk omdat haar opdracht daar niet toe strekte. In de hoofdstukken 3 en 4 zal daarom nader op deze problematiek en mogelijke oplossingen daarvoor worden ingegaan.

2.2. Het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap

2.2.1. De voorgestelde regeling

Het (toenmalige) kabinet blijkt zich te kunnen vinden in de conclusies van de Commissie Kalsbeek en neemt de meeste aanbevelingen dan ook over, zo blijkt uit de reactie van de minister naar aanleiding van het rapport.¹³⁷ Voor gehuwde of geregistreerde¹³⁸ lesbische paren die gebruik hebben gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, zal het ouderschap van rechtswege worden geïntroduceerd. In alle andere gevallen¹³⁹ kan de meemoeder¹⁴⁰ het kind erkennen.¹⁴¹

Op 14 december 2009 wordt het concept-wetsvoorstel tot ‘Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het ontstaan van het moederschap van rechtswege van en de mogelijkheid van erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder’ (kortweg: ‘het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap’) ter consultatie vrijgegeven.

¹³⁶ De rechter zou dan op verzoek van de vrouwen een verklaring voor recht moeten kunnen geven dat de meemoeder juridisch ouder is van het kind, aldus de Commissie. Zie het rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 44.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 551, nr. 22.

¹³⁸ In het concept-wetsvoorstel wordt niet gesproken over het geregistreerd partnerschap, toch is het kabinet voornemens om ook aan het geregistreerd lesbisch partnerschap afstammingsrechtelijke gevolgen te verbinden. Dit zal echter gelijktijdig met het verbinden van afstammingsrechtelijke gevolgen aan het geregistreerd hetero partnerschap worden voorgesteld in een afzonderlijk wetsvoorstel, zie Nuytinck 2010b, p. 343, in het bijzonder noot 6 en de onder vraag 1 van het ter consultatie gelegde wetsvoorstel geplaatste opmerking betreffende het geregistreerd partnerschap.

¹³⁹ Dit betreft de situatie dat het lesbische paar weliswaar gebruik heeft gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (een onbekende donor), maar ongehuwd en ongeregistreerd samenleeft en alle situaties waarin er sprake is van een bekende donor, ongeacht de samenlevingsvorm van het lesbische paar.

¹⁴⁰ Ook de minister spreekt in zijn brieven aan de Tweede Kamer en in de concept- memorie van toelichting over de ‘duomoeder’. Zoals eerder uiteengezet prefereer ik zelf echter de term ‘meemoeder’ om de vrouwelijke partner van de moeder aan te duiden. De meervoudsvorm ‘duomoeders’ acht ik wel passend in het geval dat beide vrouwen bedoeld worden.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 551, nr. 22. Wel wordt door de minister benadrukt dat er uitdrukkelijk aandacht zal zijn voor de positie van de biologische vader met *family life* als bedoeld in artikel 8 EVRM en het recht van het kind op afstammingsgegevens. Daartoe zal nader advies ingewonnen worden bij deskundigen op het gebied van het EVRM. Aan professor Caroline Forder, bijzonder hoogleraar Europees Familierecht aan de Universiteit van Maastricht wordt in dat kader de vraag voorgelegd of de voorgestelde wijziging, die de rechtspositie van alle betrokkenen bij het kind en die van het kind zelf wijzigt, verenigbaar is met het EVRM. In haar rapport van 2 februari 2009 getiteld ‘Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder’ beantwoordt zij deze vraag bevestigend. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, (bijlage bij) 30 551, nr. 24.

De concept-memorïe van toelichting vermeldt dat met het wetsvoorstel beoogd wordt dat de vrouwelijke partner van de moeder de juridische ouder van een kind kan worden zonder dat daarvoor een gerechtelijke procedure is vereist.¹⁴² De kern van het wetsvoorstel wordt dan ook gevormd door de voorgestelde wijzigingen van artikel 1:198 BW. Dit artikel, dat naar huidig recht nog twee juridische moeders opsomt,¹⁴³ zal sterk worden uitgebreid en zes juridische moeders gaan kennen.¹⁴⁴ Daarmee kan artikel 1:198 BW (nieuw) gezien worden als de vrouwelijke tegenhanger van artikel 1:199 BW, nu beide artikelen een sterk gelijkende opzet (zullen) hebben en er dan in feite geen sprake meer is van verschillen tussen juridische vaders en juridische moeders.¹⁴⁵

De minister volgt echter niet de gedachtegang van de Commissie dat er met deze wijzigingen geen behoefte meer bestaat aan een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen ten behoeve van lesbische paren en dat de eerder verrichte aanpassingen aan het adoptierecht dan ook terug dienen te worden gedraaid. Naast de mogelijkheid van juridisch ouderschap voor de meemoeder zonder gerechtelijke procedures moet de keuzemogelijkheid van (versoepelde) adoptie voor de moeder en de meemoeder open blijven staan, zo blijkt uit de concept-memorïe van toelichting.¹⁴⁶ Redengevend hiervoor acht de minister het feit dat het in veel landen onmogelijk is voor twee vrouwen om samen juridisch ouder van een kind te zijn en hij vreest dan ook dat het moederschap van de meemoeder van rechtswege of door erkenning in het buitenland niet op erkenning kan rekenen, althans in mindere mate dan in het geval dat er

¹⁴² Concept-memorïe van toelichting, p. 1.

¹⁴³ Te weten de vrouw uit wie het kind is geboren of de vrouw die het kind heeft geadopteerd.

¹⁴⁴ Toegevoegd zullen worden: de moeder die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd met de vrouw uit wie het kind is geboren, indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (indien het huwelijk binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind is ontbonden door de dood van de echtgenoot van de vrouw uit wie het kind is geboren, is de echtgenoot eveneens moeder van het kind, zelfs indien de vrouw uit wie het kind is geboren is hertrouwd), de moeder die het kind heeft erkend en de moeder wier ouderschap gerechtelijk is vastgesteld. In het concept-wetsvoorstel wordt niet gesproken over het geregistreerd partnerschap, toch is het kabinet voornemens om ook aan het geregistreerd lesbisch partnerschap afstammingsrechtelijke gevolgen te verbinden. Dit zal echter gelijktijdig met het verbinden van afstammingsrechtelijke gevolgen aan het geregistreerd hetero partnerschap worden voorgesteld in een afzonderlijk wetsvoorstel, zie Nuytinck 2010b, p. 343, in het bijzonder noot 6 en de onder vraag 1 van het ter consultatie gelegde wetsvoorstel geplaatste opmerking betreffende het geregistreerd partnerschap.

¹⁴⁵ De wet kent dan zes juridische moeders en vijf juridische vaders. Nuytinck 2010a, p. 8-10. Uiteraard zullen meer artikelen uit het afstammingsrecht aangepast worden en heeft het wetsvoorstel ook gevolgen voor onder meer het naamrecht, het gezagsrecht, het alimentatierecht en de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Nu in deze scriptie echter het adoptierecht centraal staat, zal een uitgebreide bespreking van deze wijzigingen achterwege worden gelaten. Voor een uitgebreide bespreking van het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap zij verwezen naar onder meer Nuytinck 2010b, p. 343-351.

¹⁴⁶ Concept-memorïe van toelichting, p. 5 (onder het kopje: 'Consequenties voor het internationaal privaatrecht.').

sprake is van juridisch moederschap van de meemoeder door adoptie, nu daar een rechterlijke toets aan verbonden is. Het concept-wetsvoorstel laat duomoeders derhalve vrij in hun keuze of zij hun moederschap juridisch vorm willen geven door middel van erkenning dan wel (versoepelde) adoptie.¹⁴⁷

In hoofdstuk 3 zal nader op deze keuze en redenering van de minister in worden gegaan.

2.2.2. Reacties en commentaren op de voorgestelde regeling

Er is van verschillende kanten gereageerd op het ter consultatie gelegde wetsvoorstel.¹⁴⁸

Gelijk echter aan het concept-wetsvoorstel is er in deze reacties en commentaren veelal weinig, en soms zelfs helemaal geen, aandacht voor het thema adoptie. Nu het adoptierecht het uitgangspunt voor deze scriptie is, zal ik mij richten op de commentaren en reacties die wel aandacht aan adoptie besteden.

Zo juicht de Federatie van Nederlandse Verenigingen tot Integratie van Homoseksualiteit (COC Nederland, hierna te noemen: het COC) het in haar reactie¹⁴⁹ toe dat de meemoeder de mogelijkheid krijgt om het kind van haar vrouwelijke partner te erkennen en zijn zij verheugd dat de meemoeder staande het huwelijk, in geval van een onbekende donor, het ouderschap van rechtswege verkrijgt. Met betrekking tot de adoptie plaatst het COC echter ook een aantal kritische kanttekeningen.

Eén¹⁵⁰ daarvan luidt dat het COC het een goede keuze vindt om de mogelijkheid van adoptie door de meemoeder te laten voortbestaan, maar dat zij zich afvraagt of het niet beter zou zijn adoptie mogelijk te maken náást erkenning/ouderschap van rechtswege in plaats van het als alternatief aan te bieden. Is een kind immers door de meemoeder erkend dan wel is de meemoeder van rechtswege ouder geworden en gaan beide ouders met het kind in het buitenland wonen, dan bestaat de mogelijkheid dat het ouderschap van de meemoeder niet erkend wordt. Adoptie zou in een dergelijk geval waarschijnlijk op meer erkenning hebben

¹⁴⁷ Concept-memorie van toelichting , p. 5.

¹⁴⁸ Zie onder meer Nuytinck 2010b, p. 343-348, Vonk 2010, p. 348-351 en Forder 2010, p. 104-109.

¹⁴⁹ De reactie van het COC Nederland is te raadplegen via de website

<<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

¹⁵⁰ Het COC beveelt daarnaast aan om een omzettingsregeling in het wetsvoorstel op te nemen, waardoor duomoeders hun reeds voor de inwerkingtreding van het wetsvoorstel uitgesproken adoptie kunnen omzetten in een erkenning/ouderschap van rechtswege. Zij trekt hierbij een vergelijking met de omzetting van het geregistreerd partnerschap in een huwelijk ex artikel 1:80g BW. Deze aanbeveling zal ik echter verder onbesproken laten.

kunnen rekenen, maar is niet langer mogelijk als ouderschap van rechtswege dan wel erkenning een adoptie uit zou sluiten en vica versa. Het COC acht het dan ook wenselijk dat het wetsvoorstel ‘een mogelijkheid zal bevatten om het kind zowel te kunnen adopteren (voor ‘buitenlands gebruik’) als te erkennen/het ouderschap van rechtswege te verwerven (voor ‘binnenlands gebruik’).’

Ook Waaldijk¹⁵¹ houdt zich, in lijn met het COC, bezig met de kwestie van de erkenning in het buitenland en doet de suggestie aan de hand dat aan artikel 1:198 BW een lid toegevoegd zal worden luidende: ‘Het eerste lid, onder b, is niet van toepassing indien de echtgenote van de vrouw uit wie het kind is geboren al vóór de geboorte van het kind een verzoek tot adoptie van het kind heeft gedaan bij de rechtbank en dit verzoek daarna is toegewezen.’

Ook gehuwde lesbische paren¹⁵² zouden dan, gelijk aan ongehuwde en ongeregistreerde lesbische paren, de keuze hebben voor een adoptie met het oog op buitenlandse erkenning. Dit zou dan niet leiden tot de door het COC voorgestane en/en- oplossing, maar zou een gelijke keuzemogelijkheid creëren voor zowel gehuwde lesbische paren als geregistreerde lesbische paren als ongehuwd of ongeregistreerd samenlevende lesbische paren.

De Stichting Meer dan Gewenst en Eusman¹⁵³ refereren in hun gezamenlijke reactie eveneens aan het feit dat het vanuit internationaal oogpunt gezien problematisch zou kunnen zijn dat gehuwde duomoeders die gebruik hebben gemaakt van een (in beginsel) onbekende donor in het thans voorliggende wetsontwerp geen keuze meer hebben voor adoptie, omdat het juridisch moederschap van beide vrouwen van rechtswege zal bestaan. De Stichting en Eusman menen dat dit een overweging zou kunnen zijn om af te zien van het van rechtswege ontstaan van het ouderschap van de meemoeder en zij doen de suggestie om derhalve voor alle gevallen uitsluitend erkenning mogelijk te maken.

¹⁵¹ De reactie van Waaldijk is te raadplegen via de website
<<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

¹⁵² Nu duidelijk is dat binnen afzienbare tijd een wetsvoorstel ingediend zal worden dat afstammingsrechtelijke gevolgen zal verbinden aan zowel het geregistreerd hetero partnerschap als het geregistreerd lesbisch partnerschap, dienen geregistreerde lesbische paren (die gebruik hebben gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting) hier mijns inziens ook (reeds) onder begrepen te worden.

¹⁵³ De reactie van de Stichting Meer dan Gewenst en Eusman is te raadplegen via de website
<<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

Deze door de verschillende commentatoren gedane suggesties met betrekking tot de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap zullen in hoofdstuk 4 nader worden besproken.

2.2.3. *Het advies van de Raad van State*

Op 15 april 2011 heeft de Raad van State advies uitgebracht omtrent het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap.¹⁵⁴ Het advies bevat niet alleen opmerkingen over de voorgestelde wijzigingen in het afstammingsrecht en de verhouding tot de adoptie, maar benadrukt ook in sterke mate de noodzaak om alle belangen die bij de vestiging van afstammingsrelaties een rol (kunnen) spelen (opnieuw) te wegen. Het advies wordt dan ook besloten met het (negatieve) oordeel dat het wetsvoorstel nader dient te worden overwogen.¹⁵⁵ In het navolgende zullen de bezwaren van de Raad kort benoemd worden.

De Raad benadrukt op de eerste plaats dat de voorgestelde wijzigingen zijns inziens leiden tot een stelselwijziging binnen het afstammingsrecht. Het sociale ouderschap als grond voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen zal immers naast het biologisch ouderschap een plaats in het afstammingsrecht krijgen. De Raad wijst er echter op dat de regering naar aanleiding van de bij de behandeling van de wetsvoorstellen tot openstelling van het huwelijk en de invoering van adoptie door personen van hetzelfde geslacht aanvaarde motie¹⁵⁶ weliswaar aankondigde de regels voor adoptie door twee vrouwelijke ouders te versoepelen, maar weigerde te voorzien in de mogelijkheid van erkenning of ouderschap van rechtswege in het geval van geboorte van een kind binnen een relatie van twee vrouwen. Door de regering werden in dat kader drie redenen¹⁵⁷ genoemd, die de Raad in zijn advies over de verkorting

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 1-2.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 672 en 26 673, nr. 9.

¹⁵⁷ Op de eerste plaats stelde de regering dat één van de uitgangspunten van het afstammingsrecht is dat juridisch ouderschap het biologisch ouderschap volgt; erkenning of ouderschap van rechtswege door iemand van wie op voorhand gegeven is dat deze niet de biologische ouder is, past niet bij dit uitgangspunt. Ten tweede stelde de regering dat het risico bestaat dat in het buitenland de juridische band niet wordt erkend, indien die band niet door een rechterlijke uitspraak in het leven is geroepen. Ten slotte stelde de regering dat er bij de geboorte van een kind in een homoseksuele relatie per definitie sprake is van een derde; in het geval van een huwelijk tussen een man en een vrouw mag ervan worden uitgegaan dat de man in de regel ook de verwekker is. *Kamerstukken II* 2003/04, 26 672 en 26 673, nr. 14 en *Kamerstukken II* 2004/05, 28 457 en 26 672, nr. 23.

van de adoptieprocedure heeft onderschreven.¹⁵⁸ Door de Raad wordt geconstateerd dat door de regering niet wordt toegelicht waarom deze redenen thans niet langer op zouden gaan.¹⁵⁹

Ten tweede stelt de Raad dat het achterliggende doel van het concept-wetsvoorstel, de gelijkstelling van kinderen geboren in relaties van twee vrouwen met kinderen geboren in heteroseksuele relaties, reeds langs de weg van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren gerealiseerd is. Kinderen van twee vrouwelijke ouders kunnen door middel van deze adoptieprocedure derhalve reeds een rechtspositie verwerven die volledig gelijk is aan die van kinderen geboren uit een huwelijk van man en vrouw, aldus de Raad. Het concept-wetsvoorstel handhaaft deze versoepelde adoptieprocedure echter vanwege het risico dat de afstammingsrechtelijke betrekkingen in het buitenland niet zullen worden erkend en daarmee hinkt het wetsvoorstel op twee gedachten. Het oordeel van de Raad luidt dan ook dat de verhouding van het concept-wetsvoorstel tot de adoptieprocedure nader dient te worden gezien.¹⁶⁰

Ten slotte wordt door de Raad sterk de nadruk gelegd op het feit dat een ingrijpende wijziging van het afstammingsrecht, zoals thans is voorgesteld, naar zijn oordeel opnieuw een integrale afweging van de belangen van alle betrokkenen bij de vestiging van afstammingsrelaties vereist. Door de Raad worden in dit kader onder meer het recht op afstammingsinformatie en het recht op het vestigen van afstammingsrelaties genoemd. Daarnaast wordt er door de Raad op gewezen dat het concept-wetsvoorstel ook in breder verband nog nader gezien dient te worden. Zo dient er aandacht te zijn voor de vraag of bijvoorbeeld ook kinderen die geboren worden binnen een geregistreerd partnerschap, van rechtswege de geregistreerde, mannelijke of vrouwelijke, partner van de moeder tot juridische ouder moeten hebben. Ook wijst de Raad er op dat het concept-wetsvoorstel ongelijkheid in de hand werkt nu een vrouw het adoptiekind van de adoptiemoeder kan erkennen, maar een man niet het adoptiekind van een adoptievader kan erkennen. Het in het concept-wetsvoorstel gekozen uitgangspunt dat het voorstel geen regelingen bevat voor de situatie dat een kind binnen een relatie van twee mannen wordt verzorgd en opgevoed, omdat binnen die relatie geen kind geboren kan worden, kan deze ongelijke behandeling niet rechtvaardigen,¹⁶¹ zo oordeelt de Raad.¹⁶²

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 2-3.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 3.

¹⁶¹ Daarover gaat het in dit voorbeeld immers niet, aangezien het kind is geadopteerd.

2.3. Het (gewijzigde) wetsvoorstel lesbisch ouderschap

2.3.1. Het nader rapport

Het nader rapport naar aanleiding van het advies van de Raad van State maakt vrijwel meteen duidelijk dat de minister het oordeel van de Raad, dat er sprake is van een fundamentele stelselwijziging binnen het afstammingsrecht, niet deelt. De minister ziet het wetsvoorstel als een logische vervolgstap op de reeks van wettelijke maatregelen die in de afgelopen vijftien jaar in het familierecht zijn doorgevoerd. De minister benadrukt daarnaast dat tijdens de parlementaire behandelingen van de verschillende voorstellen de verhouding tussen het biologisch ouderschap en het sociaal ouderschap steeds aan de orde is geweest. Dat in 2005 een andere afweging gemaakt is wat betreft de afstammingsrechtelijke gelijkstelling van biologisch en sociaal ouderschap door in plaats van het aanpassen van het afstammingsrecht de versoepelde adoptieprocedure te introduceren, wordt door de minister geformuleerd als ware dat een (eenmalige) uitzondering op genoemde reeks. Wel wil de minister erkennen dat het wetsvoorstel lesbisch ouderschap de noodzaak van een biologische band afzwakt en in dat opzicht inderdaad verder gaat dan eerdere voorstellen. Hij wenst die erkenning echter meteen te nuanceren door te stellen dat veruit de meeste kinderen worden geboren in heteroseksuele relaties en dat het wetsvoorstel voor deze kinderen niets wijzigt in de wijze waarop familierechtelijke betrekkingen kunnen ontstaan.¹⁶³

Door de minister wordt vervolgens gesteld dat de verschillende belangen wel degelijk door de regering zijn gewogen en hij handhaaft dan ook de conclusie dat in die gevallen dat het vooraf duidelijk is dat de biologische vader geen rol wil spelen in de verzorging en opvoeding van het kind (de onbekende zaaddonor), het belang van het kind het beste gediend is indien de feitelijke verzorgers en opvoeders van het kind ook diens juridische ouders zijn.¹⁶⁴

Wel volgt de minister het advies van de Raad op om (ook) in de memorie van toelichting in te gaan op de stelselwijziging van het afstammingsrecht.¹⁶⁵

Het oordeel van de Raad dat het concept-wetsvoorstel op twee gedachten hinkt, wordt door de minister met name bestreden met een beroep op het belang van het kind. Zo is de minister het

¹⁶² *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 3-4.

¹⁶³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 4-5.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 5-6.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 7.

weliswaar met de Raad eens dat de situatie die naar mening van de regering het meest wenselijk is¹⁶⁶ ook langs de weg van de versoepelde adoptieprocedure kan worden gerealiseerd, maar stelt dat dit, door het feit dat deze weg door duomoeders niettemin ervaren wordt als een omweg die bovendien geld kost, niet de weg is die het meest wenselijk is voor het kind. De minister geeft te kennen de voor het kind meest wenselijke situatie te willen faciliteren en om die reden de wet te willen wijzigen.¹⁶⁷

Ten tweede stelt de minister dat de regering duomoeders bewust een keuze heeft willen bieden door de (versoepelde) adoptieprocedure naast de nieuwe regeling te handhaven. Reden hiervoor is inderdaad het risico van niet-erkenning in het buitenland. Hierdoor loopt het kind, indien de (versoepelde) adoptieprocedure zou ontbreken, het risico dat het in sommige landen slechts één juridische ouder zou hebben. De minister acht het in het belang van het kind dat het twee ouders heeft en de beide vrouwen moeten om die reden dan ook een keuze kunnen maken.¹⁶⁸

De minister volgt het advies van de Raad op om (ook) in de memorie van toelichting in te gaan op de verhouding van het wetsvoorstel tot de adoptieprocedure.¹⁶⁹

Met betrekking tot de door de Raad voorgestelde hernieuwde afweging van belangen verwijst de minister naar het op verzoek van de regering door Forder uitgebrachte rapport getiteld: ‘Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder’.¹⁷⁰ De verschillende belangen die spelen in het afstammingsrecht zouden door middel van dit rapport afdoende in kaart zijn gebracht om tot een weloverwogen belangenafweging te kunnen komen. Uit het nader rapport blijkt vervolgens dat de regering deze uiteenlopende belangen opnieuw gewogen heeft, maar tot een andere uitkomst leidt dit niet. De regering onderschrijft wel het oordeel van de Raad dat als het sociaal ouderschap een plaats krijgt in het afstammingsrecht, er geen reden is niet ook de familierechtelijke betrekkingen voortvloeiende uit een geregistreerd partnerschap in het afstammingsrecht te regelen. Wetsvoorstellen hieromtrent, die zowel het geregistreerde partnerschap van heteroseksuele paren als dat van lesbische paren zullen omvatten, mogen op korte termijn worden verwacht.¹⁷¹

¹⁶⁶ Bedoeld wordt de situatie dat kinderen van twee vrouwelijke ouders een rechtspositie kunnen verwerven die volledig gelijk is aan die van kinderen geboren uit een huwelijk van man en vrouw.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 6.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 6.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 7.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, (bijlage bij) 30 551, nr. 24.

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 7-9.

In het nader rapport wordt niet ingegaan op de ongelijkheid die het wetsvoorstel kan doen ontstaan doordat een vrouw het adoptiekind van de adoptiemoeder kan erkennen, maar een man niet het adoptiekind van een adoptievader kan erkennen. In de memorie van toelichting wordt hier nog wel kort op ingegaan.¹⁷²

2.3.2. Het gewijzigde wetsvoorstel en de gewijzigde memorie van toelichting

Bekijkt men het gewijzigde wetsvoorstel dan kan geconcludeerd worden dat het voorstel onder meer taalkundig wat is ‘bijgeschaafd’, maar in grote lijnen gelijkloidend is gebleven aan het concept-wetsvoorstel.

De memorie van toelichting is wel aanzienlijk uitgebreid en bevat nu ook grote delen (rechtstreeks afkomstig) van het nader rapport. De meeste punten van kritiek van de Raad van State zijn thans derhalve verwerkt in de memorie van toelichting, maar worden veelal vergezeld door een weerspreking van de minister.

Aan de verzoeken van de Raad om een nadere uitwerking van de zienswijze van de wetgever met betrekking tot onder meer de internationale gevolgen van het wetsvoorstel, het Internationaal verdrag voor de rechten van het kind en het recht van het kind op afstammingsinformatie is wel tegemoet gekomen door deze onderwerpen in aparte paragrafen van de memorie op te nemen.

Zoals zojuist opgemerkt wordt in het nader rapport niet, maar in de gewijzigde memorie van toelichting nog wel kort aandacht besteed aan de situatie van twee mannen. De minister benadrukt echter dat het wetsvoorstel niet ziet op het ouderschap van twee mannen, nu een kind niet in een relatie van twee mannen geboren kan worden. Dientengevolge dienen eerst de familierechtelijke betrekkingen tussen de moeder van het kind en het kind te worden verbroken, alvorens de twee mannen samen het ouderschap over dat kind kunnen uitoefenen. Tussenkoms van de rechter is derhalve in alle gevallen vereist, aldus de minister. Nu de verschillen in behandeling tussen de relatie van twee mannen en die van twee vrouwen derhalve voortvloeien uit de aard van deze relaties, kan daarin ook hun rechtvaardiging gevonden worden, zo concludeert de minister.¹⁷³

¹⁷² Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 2.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 2.

Hoofdstuk 3: Lesbisch ouderschap van rechtswege, door erkenning of door adoptie: de behoefte aan keuze?

3.1. Het ‘bestaansrecht’ van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren naast ouderschap van rechtswege en erkenning

3.1.1. Inleiding

Duomoeders worden, zoals reeds opgemerkt, ook in het gewijzigde wetsvoorstel lesbisch ouderschap vrijgelaten in hun keuze of zij hun moederschap juridisch vorm willen geven door middel van ouderschap van rechtswege, erkenning dan wel adoptie.¹⁷⁴ De minister gaat daarmee voorbij aan het oordeel van de Commissie Kalsbeek dat de introductie van ouderschap van rechtswege en erkenning voor de meemoeder invloed zal hebben op het adoptierecht¹⁷⁵ en deelt evenmin het oordeel van de Raad van State dat het wetsvoorstel daarmee op twee gedachten hinkt.¹⁷⁶

De minister herhaalt in zijn nader rapport¹⁷⁷ en in de (gewijzigde) memorie van toelichting¹⁷⁸ echter dat door de regering bewust vastgehouden is aan het willen bieden van een keuze door de (versoepelde) adoptieprocedure naast de nieuwe regeling te handhaven. Reden hiervoor is zijn vrees dat het moederschap van de meemoeder van rechtswege of door erkenning in het buitenland niet op erkenning kan rekenen, althans in mindere mate dan in het geval dat er sprake is van juridisch moederschap van de meemoeder door adoptie. Hierdoor loopt het kind, indien de (versoepelde) adoptieprocedure zou ontbreken, het risico dat het in sommige landen slechts één juridische ouder zou hebben. De minister acht het in het belang van het kind dat

¹⁷⁴ (Gewijzigde) memorie van toelichting , p. 10. In het navolgende zal de gewijzigde memorie van toelichting ook wel als memorie van toelichting aangeduid worden. In het voorgaande is de concept-memorie van toelichting immers consequent als zodanig aangeduid en daarmee goed te onderscheiden van de gewijzigde memorie van toelichting.

¹⁷⁵ Naar het oordeel van de Commissie bestaat er met het thans voorliggende wetsvoorstel geen behoefte meer aan een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen ten behoeve van lesbische paren noch aan de eerder gemaakte aanpassingen ten gevolge van wetsvoorstel 30 551 (de verkorting van de adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren). Zij pleit dan ook voor het ‘terugdraaien’ van deze aanpassingen. Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 41.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 3.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 6.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10-11 (MvT).

het twee ouders heeft en de beide vrouwen moeten om die reden dan ook een keuze kunnen maken.¹⁷⁹

De vraag rijst echter in hoeverre deze redenering van de minister zijn oordeel, dat er nog steeds behoefte bestaat aan de keuzemogelijkheid van adoptie en daarmee kennelijk ook aan de reeds verrichte aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren, kan dragen.

3.1.2. Argumenten voor het laten bestaan van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren

Het zwaartepunt van de redenering van de minister en daarmee het hoofdargument voor het laten bestaan van de (versoepelde) adoptieprocedure voor lesbische paren, wordt gevormd door de (verwachte problemen met) erkenning in het buitenland van lesbisch ouderschap.¹⁸⁰ Of er problemen te verwachten zijn en welke problemen dit dan zal betreffen staat niet vast, nu daar tot dusverre geen systematisch onderzoek naar is gedaan.¹⁸¹ Problemen van internationaal privaatrechtelijke aard zijn echter niet (geheel) uit te sluiten, hoewel dat risico ook bestaat in het geval dat het ouderschap van de meemoeder door adoptie tot stand is gekomen, aldus de minister.¹⁸² Gelijk de Commissie kan de minister echter niet ontkennen dat het denkbaar is dat adoptie in meer landen op erkenning kan rekenen dan het moederschap door erkenning of van rechtswege, omdat er bij adoptie een rechterlijke toets plaatsvindt.¹⁸³ Erkenning is in veel landen immers geen rechtshandeling, zoals in Nederland, maar een waarheidshandeling, zo signaleerde reeds de Commissie. Dit zou een probleem kunnen opleveren bij erkenning van het ouderschap door de vrouwelijke partner van de moeder in het buitenland.¹⁸⁴ Eventuele problemen van internationaal privaatrechtelijke aard wijzigen de

¹⁷⁹ *Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 6, Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10-11 (MvT).*

¹⁸⁰ Uit het argument van de mogelijke problemen met betrekking tot de erkenning in het buitenland vloeit naar het oordeel van de minister het tweede argument voort, te weten het feit dat het belang van het kind in het gedrang kan komen als het kind, ten gevolge van de erkenningsproblematiek, nog slechts één juridische ouder in het buitenland zou hebben. *Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10-11 (MvT)* en *Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 6.*

¹⁸¹ *Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10 (MvT).* Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 43.

¹⁸² *Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10-11 (MvT).*

¹⁸³ *Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10 (MvT).* De regering heeft het zekere voor het onzekere genomen en met wetsvoorstel 30 551 dan ook gekozen voor een aanpassing van de adoptiebepalingen, zo stelde de Commissie in haar rapport, p. 43.

¹⁸⁴ Indien twee vrouwen allebei aangeven de ouder van het kind te zijn, is het immers objectief waarneembaar dat de erkenning door één van hen niet conform de biologische waarheid geschiedt (of is geschied). Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 43.

feitelijke situatie dat een kind door twee moeders wordt opgevoed echter niet, aldus de minister,¹⁸⁵ en daarmee lijkt hij zich aan te sluiten bij het standpunt van de Commissie dat de erkenningsproblematiek niet zou moeten leiden tot het afzien van de introductie van ouderschap van rechtswege en erkenning voor de meemoeder.¹⁸⁶

Om problemen met buitenlandse erkenning te ondervangen, suggereerde de Commissie nog de mogelijkheid van een declaratoire beschikking.¹⁸⁷ Deze mogelijkheid werd niet teruggevonden in het concept-wetsvoorstel noch in de concept-memorie van toelichting, maar is thans wel opgenomen in de memorie van toelichting. In de gevallen dat het lesbisch ouderschap anders dan door adoptie tot stand is gekomen en beide vrouwen met het kind naar het buitenland wensen te vertrekken, kunnen zij de rechter ex artikel 3:302 BW verzoeken voor recht te verklaren dat de meemoeder juridisch ouder is van het kind.¹⁸⁸ Tot het terugdraaien van de aanpassingen aan het adoptierecht zoals de Commissie tevens suggereerde, leidt dit echter niet.

Hoewel er, zoals opgemerkt, tot dusverre geen systematisch onderzoek gedaan is naar de problemen die kunnen ontstaan bij het in het buitenland erkennen van het ouderschap van de meemoeder, wordt wel geregeld door verschillende organisaties in kaart gebracht hoe het wereldwijd gesteld is met de acceptatie van en gelijke rechten voor homoseksuelen. Zo werd in mei 2011 door de International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association Europe (ILGA-Europe) de *'Rainbow Europe Map&Index 2011: legal situation of lesbian, gay, bisexual & trans people in Europe'* gepubliceerd.¹⁸⁹ Voorwerp van onderzoek van dit rapport is onder meer de vraag of *'joint adoption'* en *'second parent adoption'* voor paren van gelijk geslacht tot de mogelijkheden behoren in de verschillende Europese landen. Bekijkt men dit rapport dan kan geconcludeerd worden dat Nederland niet langer het enige land binnen Europa is dat adoptie door paren van gelijk geslacht tezamen toestaat. Zo is *joint adoption* ook mogelijk in België, Denemarken, IJsland, Noorwegen, Spanje, Zweden en Groot-Brittannië.¹⁹⁰ *Second parent adoption*, waarbij het kind van de gelijkgeslachtelijke

¹⁸⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 11 (MvT).

¹⁸⁶ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 43.

¹⁸⁷ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 44. De Commissie ziet in deze kwestie klaarblijkelijk geen rol weggelegd voor het adoptierecht.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10 (MvT).

¹⁸⁹ Te raadplegen via de website: < http://www.ilga-europe.org/home/news/for_media/media_releases/rainbow_europe_map_index_2011_legal_situation_of_lesbian_gay_bisexual_trans_people_in_europe>.

¹⁹⁰ Rainbow Europe Index May 2011. Zie eveneens Curry-Sumner & Vonk 2006, p. 42.

partner geadopteerd wordt, is naast Nederland ook mogelijk in België, Denemarken, Duitsland, Finland, Frankrijk, IJsland, Noorwegen, Slovenië, Spanje, Zweden en Groot-Brittannië.¹⁹¹

Erkenning van het ouderschap van de meemoeder in de zojuist genoemde landen zou dan ook geen problemen op moeten leveren in de gevallen dat dit ouderschap tot stand is gekomen door middel van adoptie. Wel van belang is het feit dat het desbetreffende land de rechtsverhouding naar eigen recht moet kwalificeren als zijnde adoptie, voordat er sprake kan zijn van erkenning. Kwalificeert het recht van het desbetreffende land de rechtsverhouding immers als zijnde een afstammingsrelatie, dan gaat de openbare orde van dat land een rol spelen.¹⁹² De erkenning van de rechtsverhouding tussen meemoeder en het kind zou daarop af kunnen stuiten.¹⁹³ Met Saarloos¹⁹⁴ ben ik van mening dat van een land dat adoptie voor paren van gelijk geslacht toestaat (*joint adoption* dan wel *second parent adoption*), weliswaar verwacht zou mogen worden dat er ruimte bestaat voor en er bereidheid is tot het vinden van een passende oplossing indien een dergelijke situatie zich voordoet,¹⁹⁵ maar het bestaan van deze ruimte en bereidheid is niet zeker.

Terzijde moet opgemerkt worden dat voor landen die in het geheel geen adoptie voor paren van gelijk geslacht toestaan, een dergelijke kwalificatie van de rechtsverhouding überhaupt niet aan de orde is. Erkenning van het ouderschap van de meemoeder zal in die landen vermoedelijk, zowel in het geval van totstandkoming via het adoptierecht als in het geval dat er sprake is van een afstammingsrechtelijke relatie, achterwege blijven wegens strijd met de openbare orde van dat land. De landen waar een dergelijke opvatting als heersende opvatting heeft te gelden, kunnen feitelijk dan ook geen gewicht toekennen aan het standpunt van de minister dat de aanpassingen aan het adoptierecht behouden dienen te blijven voor lesbische paren met het oog op buitenlandse erkenning. Het al dan niet behouden van de aanpassingen aan het adoptierecht na de invoering van het ouderschap van rechtswege dan wel door erkenning voor de meemoeder doet met betrekking tot de erkenning in deze landen immers

¹⁹¹ Rainbow Europe Index May 2011. Zie eveneens Curry-Sumner & Vonk 2006, p. 42.

¹⁹² Zo geeft de Commissie in haar rapport reeds aan dat erkenning in veel landen als een waarheidshandeling wordt aangemerkt, waardoor het in het geval van twee vrouwen objectief waarneembaar is dat de erkenning door één van hen niet conform de biologische waarheid geschiedt (of is geschied) wat erkenning strijdig zou maken met de openbare orde van dat land. Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 43.

¹⁹³ Saarloos 2007, p. 144. Zie ook het advies van de Raad van State met betrekking tot wetsvoorstel 30 551, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4, p. 2.

¹⁹⁴ Saarloos 2007, p. 144.

¹⁹⁵ Het belang van het kind is hier immers het best mee gediend.

niet ter zake: zij aanvaarden noch de ene noch de andere wijze van totstandkoming van het ouderschap van de meemoeder op grond van strijd met hun openbare orde.¹⁹⁶

Met de minister en de Commissie kan aldus in beginsel aangenomen worden dat het goed denkbaar is dat adoptie in het buitenland op meer erkenning kan rekenen door de rechterlijke toets die daarbij aangelegd wordt.¹⁹⁷ Daarvan uitgaande rijzen er echter tal van vervolgvragen.

Kan deze rechterlijke toets uitsluitend door adoptie vorm krijgen of zijn er ook nog andere mogelijkheden, zoals de door de Commissie genoemde declaratoire beschikking?¹⁹⁸ Is de problematiek van de erkenning in het buitenland voldoende om aan te nemen dat er kennelijk nog steeds behoefte bestaat aan de reeds ten behoeve van lesbische paren ingevoerde wijzigingen van het adoptierecht? Levert dit geen oneigenlijk gebruik van het adoptierecht op en werkt dit geen ongelijkheid in de hand?

Het is mijns inziens terecht dat de Raad van State de minister erop gewezen heeft dat in de concept-memorie van toelichting erg summier aandacht is besteed aan de internationale aspecten van het wetsvoorstel en de verhouding van het wetsvoorstel tot het adoptierecht. Door de minister is getracht deze omissie recht te zetten door in de memorie van toelichting uitgebreider op de internationale aspecten van het wetsvoorstel in te gaan.¹⁹⁹ Ook de mogelijkheid van de declaratoire beschikking wordt thans, zoals reeds opgemerkt, voor het eerst benoemd.²⁰⁰ Legt men beide memories echter naast elkaar dan kan geconcludeerd worden dat de facto weinig gewijzigd is aan het standpunt van de minister,²⁰¹ hetgeen ik betreurenswaardig acht.

¹⁹⁶ Saarloos 2007, p. 144. De onmogelijkheid van (erkenning van een) adoptie door paren van gelijk geslacht wil overigens niet zeggen dat gezamenlijk gezag door paren van gelijk geslacht eveneens niet erkend wordt. Dit betreft echter een geheel ander onderwerp dan adoptie en zal verder ook niet uitgewerkt worden.

¹⁹⁷ Al wordt door de minister ook de hoop uitgesproken dat het lesbisch ouderschap, evenals het huwelijk voor paren van gelijk geslacht, langzaam maar zeker in meer landen op erkenning zal kunnen gaan rekenen [ongeacht de wijze van totstandkoming, toevoeging van mij; CJMvB], *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 11 (MvT).

¹⁹⁸ Benadrukt zij nogmaals dat de Commissie de declaratoire beschikking als alternatief voor de aanpassingen in het adoptierecht geopperd heeft, dit in tegenstelling tot de minister die de mogelijkheid van de declaratoire beschikking (bij lesbisch ouderschap dat op andere wijze dan door adoptie tot stand is gekomen) noemt naast de versoepelde adoptieprocedure.

¹⁹⁹ De verhouding van het wetsvoorstel tot het adoptierecht wordt met name in het nader rapport uiteengezet. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 6.

²⁰⁰ Zij het dan op andere wijze dan door de Commissie voorgesteld.

²⁰¹ In beide memories wordt uitgegaan van de introductie van ouderschap van rechtswege en erkenning voor lesbische paren met behoud van (de keuzemogelijkheid voor) de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren.

Er zijn door de Commissie en door verschillende partijen gedurende de consultatie suggesties gedaan met betrekking tot de erkenning in het buitenland anders dan door de versoepelde adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren, maar aan geen van deze suggesties wordt door de minister aandacht besteed. Aldus lijkt geconcludeerd te kunnen worden dat het voor de minister klaarblijkelijk een gegeven is (en is geweest) dat erkenning in het buitenland (in beginsel²⁰²) uitsluitend door de rechterlijke toets van adoptie vorm kan krijgen. Het uitgaan van die premisse lijkt voor de minister bovendien te leiden tot het standpunt dat onder behoud van de keuzemogelijkheid voor adoptie automatisch moet worden verstaan: behoud van de keuzemogelijkheid voor de *versoepelde* [cursivering van mij; CJMvB] adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren.

Met name bij dit laatste standpunt kunnen mijns inziens echter vraagtekens worden geplaatst. In het navolgende zal ik daar nader op in gaan. In hoofdstuk 4 zal vervolgens aandacht besteed worden aan de door de Commissie en de door verschillende partijen gedurende de consultatie gedane suggesties inzake de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap buiten het behoud van de aanpassingen aan het adoptierecht.

3.1.3 Argumenten tegen het laten bestaan van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren

Zoals zojuist opgemerkt leidt de aanname dat er bij lesbische paren nog steeds behoefte zou bestaan aan de mogelijkheid van adoptie mijns inziens niet automatisch tot de conclusie dat er dan ook nog steeds behoefte bestaat aan de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren. Het is dan ook spijtig dat de memorie van toelichting niet belicht wat er naar het oordeel van de minister zou moeten gebeuren met de reeds ten behoeve van lesbische paren ingevoerde wijzigingen van het adoptierecht. Met de Commissie ben ik immers van oordeel dat de wetgever zich wel degelijk af moet vragen of er nog wel behoefte is aan een eventuele verdere aanpassing van de adoptiebepalingen ten behoeve van lesbische paren, maar bovenal: of er nog wel behoefte is aan de reeds verrichte aanpassingen, nu ouderschap van rechtswege en erkenning voor lesbische paren mogelijk worden.

²⁰² Weliswaar noemt de minister thans in zijn memorie van toelichting de mogelijkheid van de declaratoire beschikking bij lesbisch ouderschap dat op andere wijze dan door adoptie tot stand is gekomen (zodat beide vrouwen 'in het buitenland desverzocht een rechterlijke beslissing kunnen overleggen'), maar nu dit slechts een enkele zinsnede is en dit bovendien uitsluitend op gaat in de gevallen dat adoptie niet (meer) mogelijk is, meen ik te mogen concluderen dat de minister toch met name de rechterlijke toets van de (versoepelde) adoptieprocedure voor ogen heeft met betrekking tot de erkenning in het buitenland.

De reden voor het aanpassen van de adoptiebepalingen was immers gelegen in de wens afstammingsrechtelijke gelijkstelling te bewerkstelligen tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen geboren uit een heteroseksuele relatie.²⁰³ Met de totstandkoming van het (concept-)wetsvoorstel is die reden echter vervallen, zo concludeert de Commissie mijns inziens terecht.²⁰⁴ Door de voorgestelde wijzigingen van artikel 1:198 BW wordt immers niet alleen bewerkstelligd dat een kind geboren binnen een lesbische relatie vanaf de geboorte twee juridische ouders heeft,²⁰⁵ tevens verkrijgen duomoeders afstammingsrechtelijk dezelfde keuzemogelijkheden om het ouderschap vorm te geven als heteroseksuele paren. De beoogde afstammingsrechtelijke gelijkstelling tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen geboren uit een heteroseksuele relatie zou daarmee volledig zijn.

Het laten bestaan van dit eerder al als ‘*ad interim*’ aangeduide recht²⁰⁶ zou bovendien ongelijkheid in de hand werken: als gevolg van de wijzigingen in het adoptierecht zouden lesbische paren kinderen kunnen (blijven) adopteren onder gunstiger voorwaarden dan heteroseksuele paren én homoseksuele paren (twee mannen). Met name de laatstgenoemden zullen zich, zoals Nuytinck en Quik-Schuijt ook aangeven,²⁰⁷ feitelijk gediscrimineerd kunnen voelen. Duovaders blijven immers, in tegenstelling tot duomoeders, niet alleen uitsluitend op het adoptierecht aangewezen, maar krijgen ook nog eens te maken met ongunstiger voorwaarden indien de wijzigingen in het adoptierecht ten gunste van lesbische paren niet teruggedraaid worden.²⁰⁸ Een rechtvaardigingsgrond voor een dergelijk onderscheid lijkt niet aanwezig, tenzij er sprake zou zijn van ongelijke gevallen die niet gelijk behandeld hoéven te worden. In dat kader kunnen mijns inziens de door de Commissie in haar rapport gehanteerde twee wijzen van benadering²⁰⁹ ook toegepast worden in het vraagstuk van de gelijke behandeling van lesbische paren en homoseksuele paren in het adoptierecht.

²⁰³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3, p. 2 (MvT).

²⁰⁴ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 41.

²⁰⁵ Dit was reeds de doelstelling van wetsvoorstel 30 551 dat leidde tot de aanpassingen in het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren. De minister trachtte aldus tegemoet te komen aan de wens van de Tweede Kamer om afstammingsrechtelijke gelijkstelling te bewerkstelligen tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen van heteroseksuele paren. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3, p. 2 (MvT).

²⁰⁶ Van Mourik & Nuytinck 2009, p. 200.

²⁰⁷ Nuytinck 2010b, p. 348. Quik-Schuijt 2010, p. 2081.

²⁰⁸ Zo geldt voor homoparen wel de opvoedings- en verzorgingstermijn van één jaar en moeten zij tenminste drie aaneengesloten jaren voorafgaande aan het adoptieverzoek hebben samengeleefd.

²⁰⁹ Uitgaande van respectievelijk het biologische ouderschap en het sociale ouderschap.

Hanteert men een strikt biologische benadering dan kan inderdaad, zoals de Commissie ook opmerkt, gesteld worden dat ‘de biologie in deze benadering in de weg staat aan volledige gelijke behandeling van heteroseksuele paren, lesbische paren en homoseksuele paren (twee mannen).’²¹⁰ Zoals reeds opgemerkt kan een kind immers uitsluitend uit een heteroseksuele relatie geboren worden.²¹¹ Sinds het mogelijk worden van adoptie voor paren van gelijk geslacht is een dergelijke biologische benadering in het adoptierecht echter weinig zinvol meer. Wel kan er gewezen worden op het feit dat er, hoewel zowel lesbische paren als homoseksuele paren zoals gezegd afhankelijk zijn van een derde, in het familierecht over het algemeen een sterkere positie voor de vrouw is weggelegd dan voor de man.

Dit ‘primaat van de moeder’ ziet men onder meer terug bij de obstakels die mannenparen ondervinden bij partneradoptie. De vrouw die het kind voor beide mannen baart²¹² is immers vanaf de geboorte van het kind de juridische moeder met gezag.²¹³ Veronderstellende dat de biologische vader van het kind ook diens juridische vader is,²¹⁴ zal de moeder eerst van het gezag ontheven moeten worden voordat partneradoptie voor de mannelijke partner van de vader mogelijk is. Daarnaast moeten beide mannen tenminste drie jaar hebben samengeleefd en het kind tenminste een jaar samen hebben verzorgd. Op het moment van de adoptie moet de moeder het adoptieverzoek bovendien niet tegenspreken²¹⁵ en moet aannemelijk zijn dat het kind niets meer van zijn moeder te verwachten heeft in haar hoedanigheid van ouder.²¹⁶ Lesbische paren lopen in het geval van partneradoptie tegen veel minder obstakels aan,²¹⁷ het ‘primaat van de moeder’ pakt voor hen immers gunstig uit.²¹⁸

²¹⁰ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 20, noot 13.

²¹¹ Noch uit een lesbische noch uit een homoseksuele relatie kan een kind geboren worden. Met behulp van een derde kan er *binnen* een lesbische relatie wel een kind geboren worden. *Binnen* een homoseksuele relatie wordt nooit een kind geboren, aangezien de moeder van het kind altijd buiten de relatie van de twee mannen staat.

²¹² De vrouw kan door middel van kunstmatige inseminatie met het zaad van een van beide mannen dan wel door verwekking op natuurlijke wijze door een van beide mannen zwanger zijn geraakt, hoewel de laatstgenoemde optie vermoedelijk niet de meest voorkomende zal zijn.

²¹³ Tenzij zij onbevoegd is tot gezag, geen gezag meer heeft of overlijdt.

²¹⁴ Weigert de moeder, in het geval dat het kind geboren is na kunstmatige inseminatie, haar toestemming tot erkenning aan de biologische vader, dan wordt hij gelijkgesteld met een zaaddonor en is juridisch ouderschap voor hem niet mogelijk, HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386 m.nt. De Boer. Indien de vrouw die het kind baart getrouwd is, levert dit ook een complicatie op omdat in dat geval de echtgenoot van de moeder vermoed wordt de juridische vader van het kind te zijn.

²¹⁵ Aan deze tegenspraak kan in enkele situaties voorbij worden gegaan, artikel 1:228 lid 2 BW.

²¹⁶ Curry-Sumner & Vonk 2006, p. 41-42.

²¹⁷ Dit geldt met name voor de situatie dat er door de twee vrouwen gebruik is gemaakt van een onbekende donor. In het geval van een bekende donor met ‘*family life*’ kunnen er problemen ontstaan als zowel deze donor als de meemoeder de positie van juridisch ouder van het kind wensen te vervullen, verwezen zij naar het arrest van de Hoge Raad omtrent “donor Marc”, HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 584 m.nt. De Boer. De Hoge Raad zoekt in dit arrest aansluiting bij rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens, EHRM 26 mei 1994, *NJ* 1995, 247 (Keegan).

De tweede benadering neemt het sociaal ouderschap als uitgangspunt. Sociaal ouderschap houdt het als gezin samenleven van volwassenen met een kind in. De samenstelling van dit gezin is daarbij niet van belang, het begrip *family life* staat centraal.²¹⁹

Past men deze benadering toe op de situatie van respectievelijk twee vrouwen met een kind en de situatie van twee mannen met een kind, dan moet mijns inziens geconcludeerd worden dat er in beide situaties sprake is van sociaal ouderschap en derhalve van gelijke gevallen. *Family life* kan immers even zo goed voorkomen bij een gezin bestaande uit twee vrouwen en een kind als bij een gezin bestaande uit twee mannen en een kind.

Wordt op grond van deze benadering aangenomen dat het om gelijke gevallen gaat, dan rijst vervolgens de vraag of het thans in het adoptierecht gemaakte onderscheid tussen lesbische en homoseksuele paren redelijk en objectief gerechtvaardigd is. Mijns inziens moet deze vervolgvraag ontkennend beantwoord worden. Er is veelvuldig onderzoek gedaan naar het welzijn van kinderen afkomstig uit gezinnen bestaande uit twee ouders van gelijk geslacht en niet is aangetoond dat die kinderen hier nadelige gevolgen van ondervinden.²²⁰ Er bestaat dan ook geen grond om aan te nemen dat kinderen met twee vaders ‘slechter af zijn’ dan kinderen met twee moeders.

Op grond van het voorgaande moet mijns inziens aangaande het adoptierecht het sociaal ouderschap prevaleren boven een benadering gestoeld op (enige) biologische grondslag. Een onderscheid in adoptievoorwaarden waardoor *family life* in een gezin met twee moeders rechtens meer bescherming kan verkrijgen dan *family life* in een gezin met twee vaders, is mijns inziens dan ook niet te rechtvaardigen en levert derhalve een argument op om te pleiten voor het ‘terugdraaien’ van de reeds verrichte aanpassingen aan het adoptierecht.

In het rapport van de Commissie wordt bovendien kort gerefereerd aan de door de Raad van State met betrekking tot wetsvoorstel 30 551 opgeworpen vraag of het aanpassen van het adoptierecht wel de geëigende weg is om lesbische paren tegemoet te komen in hun wens om de vrouwelijke partner van de moeder vanaf de geboorte van het kind binnen hun relatie in familierechtelijke betrekking tot dat kind te kunnen laten staan.²²¹ De Raad merkte in zijn advies, kortweg, adoptie aan als een maatregel van kinderbescherming en oordeelde vanuit

²¹⁸ De duomoeder die het kind baarde is immers van rechtswege ouder en zij hoeft bovendien niet van het gezag ontheven te worden.

²¹⁹ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 19.

²²⁰ Verwezen zij naar de door de Commissie in haar rapport genoemde onderzoeken, rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 17, noten 5, 6 en 7.

²²¹ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 41.

dat standpunt dat uitzonderingen ten behoeve van lesbische paren zouden ‘afwijken van de grondslag van de adoptie, waardoor een gewrongen constructie zou ontstaan.’ De Raad achtte het adoptierecht dan ook ongeschikt om het beoogde doel te bereiken en adviseerde negatief met de bewoordingen: ‘Indien geen regeling van erkenning ten behoeve van de partner van de moeder wordt overwogen, maar wel een aan de erkenning gelijkwaardige regeling wenselijk wordt geacht, adviseert de Raad af te zien van een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen, en een aan de erkenning gelijkwaardige regeling te formuleren.’²²²

Wat er verder ook zij van het standpunt van de Raad met betrekking tot het aanmerken van adoptie als een maatregel van kindbescherming,²²³ acht ik de gevolgtrekking dat de Raad er niet van overtuigd is dat het aanpassen van het adoptierecht het juiste instrument tot het bereiken van het beoogde doel is zeer van belang. Zou immers aangenomen worden dat het aanpassen van het adoptierecht niet de geëigende weg is (geweest) dan wel dat het aanpassen van het adoptierecht slechts als een ‘tijdelijk instrument ter overbrugging’ moet worden aangemerkt, dan moet dit mijns inziens consequenties hebben met betrekking tot het al dan niet laten bestaan van de reeds verrichte aanpassingen aan het adoptierecht.

Met de Raad zijn er inderdaad verschillende auteurs die het adoptierecht ongeschikt achten om het lesbisch ouderschap vorm te geven. Zo pleit Saarloos²²⁴ er uitdrukkelijk voor om het ouderschap in lesbische relaties te regelen via het afstammingsrecht in plaats van in het adoptierecht.²²⁵ Hij voert daartoe aan dat ‘de twee kardinale problemen van het duomoederschap, namelijk de bescherming van de juridische belangen van het kind en de positie van de bekende donor met *family life*, niet worden opgelost.’²²⁶ Saarloos doelt hiermee op de ongelijke positie die (geadopteerde) kinderen van lesbische paren naar huidig recht hebben in vergelijking met kinderen geboren uit een heteroseksuele relatie²²⁷ en op de belangenconflicten die kunnen ontstaan doordat er geen duidelijke keuze is gemaakt tussen de bekende donor met *family life* en de (beoogde) meemoeder.²²⁸

²²² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4, p. 3. In dit kader is het enigszins opmerkelijk te noemen dat de Raad, met verwijzing naar het zojuist genoemde advies (inzake de verkorting van de adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren), thans evenmin positief staat tegenover het wijzigen van het afstammingsrecht ten behoeve van lesbische paren en juist het gewijzigde adoptierecht tot uitgangspunt lijkt te nemen.

²²³ Verwezen zij naar paragraaf 1.2.1.

²²⁴ Saarloos 2007, p. 142-148.

²²⁵ Saarloos 2007, p. 148.

²²⁶ Saarloos 2007, p. 143.

²²⁷ Zo kan het door het huwelijk ontstane vaderschap, evenals het vaderschap door erkenning, relatief makkelijk worden ontkend, maar is het laten herroepen van een adoptie lang zo eenvoudig niet.

²²⁸ Vgl. HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, m.nt. De Boer en HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 584 m.nt. De Boer. Voor een uitgebreide bespreking van de gevolgen van het regelen van het duomoederschap in het adoptierecht zij verwezen naar Saarloos 2007, p. 145-147.

Saarloos benoemt deze pijnpunten mijns inziens terecht. Ook is zeer van belang dat, indien het lesbisch ouderschap vorm gegeven kan worden binnen het afstammingsrecht, het kind zelf ruimere mogelijkheden heeft om te bepalen of het een juridische band wenst met de meemoeder of met de bekende donor.²²⁹ Het feit dat lesbisch ouderschap door middel van het adoptierecht uitsluitend via een gerechtelijke procedure tot stand kan komen, waar dit in het afstammingsrecht niet in alle gevallen noodzakelijk is, kan eveneens als onnodig bezwarend worden ervaren.

Er valt daarnaast ook veel te zeggen voor de benadering dat de aanpassingen aan het adoptierecht als een tijdelijke overbruggingsmaatregel hebben te gelden. Duidelijk is immers dat de regering met de aanpassingen aan het adoptierecht weliswaar tegemoet kwam aan de wens van de Tweede Kamer om de afstammingsrechtelijke gelijkstelling tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen van heteroseksuele paren te bevorderen,²³⁰ maar dat dit niet voldoende werd geacht.²³¹ Dat de Tweede Kamer het door de minister verzochte uitstel van behandeling van het wetsvoorstel omtrent de verkorting van de adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren naast zich heeft neergelegd, lijkt eveneens op een overbruggingsmaatregel te duiden. Door een vlotte behandeling van dat wetsvoorstel kon immers snel een tijdelijke regeling in het leven geroepen worden, dit in afwachting van de beoogde afstammingsrechtelijke wijzigingen die nog geruime tijd op zich zouden (kunnen) laten wachten.

Inmiddels heeft de Raad van State ook met betrekking tot het (concept-)wetsvoorstel lesbisch ouderschap advies uitgebracht. Zoals verwacht verwijst de Raad daarin naar zijn eerdere advies bij wetsvoorstel 30 551,²³² maar niet op de wijze zoals mijns inziens in de lijn der verwachting had gelegen. Het had naar mijn oordeel voor de hand gelegen indien de Raad, in aanmerking genomen het feit dat de Raad in zijn advies bij wetsvoorstel 30 551 nog adviseerde af te zien van een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen en een aan de

²²⁹ Zo kan het kind het door het huwelijk ontstane ouderschap, evenals het ouderschap door erkenning, in dat geval relatief makkelijk ontkennen, waarna het kind door middel van gerechtelijke vaststelling van het ouderschap zelf kan bepalen of het een juridische band wenst met de meemoeder of met de bekende donor.

²³⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3, p. 2 (MvT).

²³¹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 60, waarin de regering, met een beroep op het gelijkheidsbeginsel, wordt verzocht om wetsvoorstel 30 551 uit te breiden met een mogelijkheid tot ouderschap van rechtswege ten aanzien van kinderen die geboren worden bij een lesbisch echtpaar en met de mogelijkheid tot erkenning door de (ongehuwde) meemoeder.

²³² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4.

erkenning gelijkwaardige regeling te formuleren,²³³ evenals de Commissie een voorstander zou zijn van het ‘terugdraaien’ van de reeds verrichte aanpassingen aan het adoptierecht. Het terugdraaien van de aanpassingen komt in het thans voorliggende advies echter in het geheel niet ter sprake. Daarenboven lijkt de Raad de versoepelde adoptieprocedure zelfs als een vaststaand gegeven aan te nemen door te stellen dat het doel van het wetsvoorstel lesbisch ouderschap, te weten de gelijkstelling van kinderen geboren in relaties van twee vrouwen met kinderen geboren in heteroseksuele relaties, reeds langs de weg van de versoepelde adoptieprocedure *is gerealiseerd* [cursivering van mij, CJMvB] en de minister vervolgens te verzoeken uiteen te zetten hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot dit gegeven.²³⁴

3.1.4. Ten slotte

Weegt men ten slotte de argumenten voor en tegen het laten bestaan van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren tegen elkaar af, dan valt allereerst op dat de tegenargumenten numeriek gezien meer gewicht in de schaal leggen.

Ook inhoudelijk beschouwd leggen de tegenargumenten mijns inziens meer gewicht in de schaal. Met de minister en de Commissie kan weliswaar in beginsel aangenomen worden dat het goed denkbaar is dat adoptie in het buitenland op meer erkenning kan rekenen, vanwege de rechterlijke toets die daarbij aangelegd wordt, dan lesbisch ouderschap van rechtswege of door erkenning, maar deze aanname blijft toch met enige vaagheid omringd. Er is immers geen systematisch onderzoek naar deze materie verricht.²³⁵ Uitgaande van het (kern-)argument voor behoud, de problemen met de erkenning in het buitenland, rijzen er bovendien tal van vervolgvragen die, ook in de memorie van toelichting, door de minister onbeantwoord zijn gelaten.

De tegenargumenten laten mijns inziens daarentegen niets aan duidelijkheid te wensen over. Niet alleen is de reden voor het aanpassen van de adoptiebepalingen met het wetsvoorstel komen te vervallen,²³⁶ het laten bestaan van dit eerder al als ‘*ad interim*’ aangeduide recht²³⁷ zou tevens ongelijkheid in de hand werken tussen lesbische paren enerzijds en anders samengestelde paren, in het bijzonder homoseksuele paren (twee mannen), anderzijds. Uiteen

²³³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4, p. 3.

²³⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4, p. 3.

²³⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10 (MvT). Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 43.

²³⁶ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 41.

²³⁷ Van Mourik & Nuytink 2009, p. 200.

is gezet dat dit onderscheid mijns inziens niet te rechtvaardigen is en daarmee een argument oplevert om te pleiten voor het ‘terugdraaien’ van de reeds verrichte aanpassingen aan het adoptierecht.

Ook voor het standpunt van de Raad van State dat het aanpassen van het adoptierecht niet het juiste instrument tot het bereiken van het beoogde doel is (geweest),²³⁸ is veel te zeggen. Voor dit standpunt kan ook in de literatuur steun gevonden worden.²³⁹

De parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel omtrent de verkorting van de adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren (wetsvoorstel 30 551)²⁴⁰ maakt ten slotte aannemelijk dat de aanpassingen aan het adoptierecht als een ‘tijdelijk instrument ter overbrugging’ moeten worden aangemerkt. Nu deze overbrugging echter niet langer nodig is, ligt het voor de hand de daartoe gedane aanpassingen terug te draaien.

Aldus ben ik met de Commissie van oordeel dat er voldoende grond bestaat de reeds verrichte aanpassingen aan het adoptierecht ‘terug te draaien’, te meer nu er alternatieven mogelijk zijn, buiten het behoud van de aanpassingen aan het adoptierecht, inzake de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap. Deze alternatieven zullen, zoals reeds opgemerkt, in hoofdstuk 4 worden besproken.

²³⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4, p. 3.

²³⁹ Saarloos 2007, p. 142-148.

²⁴⁰ Verwezen zij naar onder meer *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3, p. 2 (MvT) en *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 60.

Hoofdstuk 4: De erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap

4.1. Bespreking van alternatieve zienswijzen en suggesties met betrekking tot de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap

4.1.1. Inleiding

Zoals in hoofdstuk 2 reeds is uiteengezet, is er gedurende de consultatie door verschillende commentatoren gereageerd op het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap en daarbij is er met name aandacht voor de kwestie van de erkenning in het buitenland. In dat kader zijn er alternatieve zienswijzen kenbaar gemaakt en zijn er suggesties aan de hand gedaan ter verbetering van het concept-wetsvoorstel. Noch in het nader rapport noch in de memorie van toelichting wordt echter (expliciet) aandacht besteed aan deze suggesties,²⁴¹ hetgeen ik betreurenswaardig acht nu deze alternatieven zeker een overweging waard zijn.

In het navolgende wil ik deze zienswijzen dan ook (nogmaals) kort weergeven en vervolgens bespreken. Het betreft achtereenvolgens de visies van het COC,²⁴² Waaldijk²⁴³ en de Stichting Meer dan Gewenst in samenwerking met Eusman.²⁴⁴

4.1.2. Het naast ouderschap van rechtswege en erkenning mogelijk maken van adoptie

Het COC geeft in haar reactie aan het laten voortbestaan van de mogelijkheid van adoptie door de meemoeder toe te juichen, maar vraagt zich tegelijkertijd af of het niet beter zou zijn adoptie mogelijk te maken naast ouderschap van rechtswege en erkenning. Het concept-wetsvoorstel maakt voor duomoeders immers ouderschap van rechtswege of erkenning mogelijk als alternatief voor adoptie, maar duidelijk is dat er een keuze voor één van deze drie

²⁴¹ Wel wordt de mogelijkheid van een declaratoire beschikking thans voor het eerst aangetroffen in de memorie van toelichting en wel in die gevallen dat het lesbisch ouderschap op andere wijze dan door adoptie tot stand is gekomen en beide vrouwen vervolgens naar het buitenland willen. De mogelijkheid van de declaratoire beschikking wordt aldus geboden in de gevallen dat adoptie niet (meer) mogelijk is. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10 (MvT).

²⁴² De volledige reactie van het COC Nederland is te raadplegen via de website

<<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

²⁴³ De volledige reactie van Waaldijk is te raadplegen via de website

<<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

²⁴⁴ De volledige reactie van de Stichting Meer dan Gewenst en Eusman is te raadplegen via de website

<<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

opties gemaakt moet worden. Ouderschap van rechtswege dan wel erkenning sluiten aldus een adoptie uit en vica versa. Adoptie is derhalve niet meer mogelijk als beide moeders met het kind in het buitenland gaan worden en aldaar het ouderschap van de meemoeder niet erkend blijkt te worden, omdat er sprake is van ouderschap dat van rechtswege dan wel door erkenning is ontstaan, zo concludeert het COC. Het COC acht dit een onwenselijke situatie en opteert dan ook voor een mogelijkheid om ‘het kind zowel te kunnen adopteren (voor ‘buitenlands gebruik’) als te erkennen/het ouderschap van rechtswege te verwerven (voor ‘binnenlands gebruik’).’²⁴⁵

Het COC maakt haar kanttekening mijns inziens terecht.²⁴⁶ Het is immers niet ondenkbaar dat duomoeders erkenning dan wel ouderschap van rechtswege verkiezen boven de langdurige en kostbare adoptieprocedure, zeker als er op dat moment geen sprake is van een (langdurig) verblijf in het buitenland. Situaties kunnen echter veranderen, waardoor er op een gegeven moment toch behoefte aan erkenning van het ‘meemoederschap’ in het buitenland kan ontstaan.

Van de daartoe door het COC geformuleerde en/en- oplossing ben ik echter geen groot voorstander. Ook hierbij kan immers de vraag gesteld worden of het adoptierecht wel het geëigende instrument is om te voorzien in erkenning van het lesbisch ouderschap in het buitenland, althans in de rechterlijke toets die moet leiden tot een grotere kans op erkenning in het buitenland. Die rechterlijke toets lijkt immers het kernpunt te vormen met betrekking tot erkenning in het buitenland, maar die zou ook op andere wijze dan door middel van adoptie vorm kunnen krijgen.

Zoals reeds eerder uiteengezet was de reden voor het (tijdelijk) aanpassen van de adoptiebepalingen bovendien gelegen in de wens afstammingsrechtelijke gelijkstelling te bewerkstelligen tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen van heteroseksuele paren. Nu die reden met het wetsvoorstel is komen te vervallen, doet het vreemd aan een nieuwe bestaansgrond voor de aanpassingen aan het adoptierecht te formuleren die bovendien nog maar weinig met (fictieve) afstamming van doen heeft.

²⁴⁵ Verwezen zij naar de reactie van het COC Nederland via de website <<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

²⁴⁶ Uit het feit dat de minister thans in de memorie van toelichting de mogelijkheid van een declaratoire beschikking noemt in de gevallen dat lesbisch ouderschap anders dan door adoptie tot stand is gekomen, maar buitenlandse erkenning wel zeer gewenst wordt, mag mijns inziens afgeleid worden dat ook de minister doordrongen is geraakt van deze kritiek.

Het laten bestaan van het ‘*ad interim*’ adoptierecht²⁴⁷ ten behoeve van lesbische paren zou daarnaast, zoals reeds opgemerkt, ongelijkheid in de hand werken tussen lesbische paren enerzijds en heteroseksuele paren en homoparen anderzijds.²⁴⁸

De door het COC geformuleerde en/en- oplossing zou bovendien tot een noviteit in het familierecht leiden²⁴⁹ waarvan het zeer de vraag is of daar behoefte aan is. De vervolgvragen zijn immers complex. Door adoptie houdt de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde en de oorspronkelijke ouders op te bestaan, maar dat wordt in deze situatie juist niet beoogd. Ook partneradoptie biedt geen soelaas, omdat ook dan de juridische afstammingsrelatie tussen het kind en de meemoeder eerst verbroken zal (moeten) worden. Een kind dat door een lesbisch paar geadopteerd is, kan bovendien niet worden erkend aangezien het kind reeds twee ouders heeft. De adoptieprocedure is daarnaast relatief tijdrovend, kostbaar en bovendien erg omslachtig als oplossing voor het door het COC gesignaleerde probleem.²⁵⁰

Als alternatief voor haar en/en- oplossing noemt het COC, gelijk de Commissie, de mogelijkheid van een verklaring voor recht (declaratoire beschikking). Deze alternatieve oplossing wordt door het COC echter niet (verder) uitgediept in haar reactie waardoor onduidelijk blijft welke uitwerking het COC daarbij voor ogen heeft gehad. Bedoeld kan immers worden de mogelijkheid van de declaratoire beschikking waarbij de aanpassingen aan het adoptierecht teruggedraaid zullen worden (het voorstel van de Commissie Kalsbeek), maar even zo goed kan bedoeld zijn de mogelijkheid van de declaratoire beschikking zoals de minister die thans opgenomen heeft in zijn memorie van toelichting: als instrument om buitenlandse erkenning te verkrijgen in de gevallen dat adoptie niet (meer) tot de mogelijkheden behoort.

In paragraaf 4.2. zal ik de mogelijkheid van het verkrijgen van erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap door middel van een declaratoire beschikking nader bespreken.

²⁴⁷ Van Mourik & Nuytinck 2009, p. 200.

²⁴⁸ Het is daarbij moeilijk denkbaar dat de Federatie van Nederlandse Verenigingen tot Integratie van Homoseksualiteit een dergelijk ongelijkheid, tussen lesbische paren enerzijds en homoseksuele paren in het bijzonder anderzijds, zou willen bevorderen.

²⁴⁹ Het geadopteerde erkende kind en het van rechtswege en door adoptie ontstane ouderschap zouden dan ineens tot de mogelijkheden gaan behoren.

²⁵⁰ De facto zou er immers een soort ‘bevestiging’ van de reeds door erkenning of van rechtswege ontstane familierechtelijke betrekkingen plaatsvinden, maar dan met ‘buitenlands’ effect. Deze ‘bevestiging’ is mijns inziens eenvoudiger te verkrijgen door middel van een verklaring voor recht, zo zal in het navolgende blijken.

4.1.2. Geen ouderschap van rechtswege indien reeds voor de geboorte van het kind een verzoek tot adoptie van dat kind is ingediend

Ook Waaldijk houdt zich, in lijn met het COC, in het bijzonder bezig met de kwestie van de erkenning in het buitenland en doet de suggestie aan de hand dat aan artikel 1:198 BW een lid toegevoegd zal worden luidende: ‘Het eerste lid, onder b, is niet van toepassing indien de echtgenote van de vrouw uit wie het kind is geboren al vóór de geboorte van het kind een verzoek tot adoptie van het kind heeft gedaan bij de rechtbank en dit verzoek daarna is toegewezen.’²⁵¹

Ook gehuwde lesbische paren²⁵² zouden dan, gelijk aan ongehuwde en ongeregistreerde lesbische paren, de keuze hebben voor een adoptie met het oog op buitenlandse erkenning. Dit zou dan niet leiden tot de door het COC voorgestane en/en- oplossing, maar zou een (min of meer) gelijkwaardige keuzemogelijkheid creëren voor zowel gehuwde of geregistreerde lesbische paren enerzijds als ongehuwd en ongeregistreerd samenlevende lesbische paren anderzijds. Gehuwde of geregistreerde lesbische paren kunnen dan immers voor de geboorte van het kind kiezen voor adoptie, maken zij die keuze voor de geboorte niet dan ontstaat het ouderschap van rechtswege. Ongehuwd en ongeregistreerd samenlevende lesbische paren hebben eveneens twee keuzemogelijkheden: zij kunnen kiezen voor adoptie dan wel erkenning.

Voor de suggestie van Waaldijk valt mijns inziens zeker wat te zeggen. Op dergelijke wijze wordt immers niet alleen de gewenste afstammingsrechtelijke gelijkstelling bewerkstelligd tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen van heteroseksuele paren, maar wordt er tevens geen onderscheid aangebracht tussen de verschillende samenlevingsvormen van lesbische paren.²⁵³

De suggestie van Waaldijk vereist echter nog steeds dat lesbische paren zich sterk oriënteren op hun toekomstplannen met het kind. Zoals reeds opgemerkt is het immers goed denkbaar

²⁵¹ Verwezen zij naar de reactie van Waaldijk via de website

<<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

²⁵² Nu duidelijk is dat binnen afzienbare tijd een wetsvoorstel ingediend zal worden dat afstammingsrechtelijke gevolgen zal verbinden aan zowel het geregistreerd hetero partnerschap als het geregistreerd lesbisch partnerschap, dienen geregistreerde lesbische paren (die gebruik hebben gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting) hier mijns inziens ook (reeds) onder begrepen te worden.

²⁵³ Ongeacht de samenlevingsvorm hebben lesbische paren in dit voorstel telkens twee keuzemogelijkheden: erkenning dan wel adoptie of ouderschap van rechtswege dan wel adoptie.

dat duomoeders, vanwege de kostbare en langdurige adoptieprocedure of op emotionele gronden, in eerste instantie voor erkenning dan wel ouderschap van rechtswege kiezen zeker als er op dat moment geen sprake is van een (langdurig) verblijf in het buitenland. Als beide vrouwen in de toekomst echter toch langdurig in het buitenland willen verblijven met het kind en er met Waaldijk vanuit gegaan wordt dat het lesbisch ouderschap dat door middel van adoptie is ontstaan de meeste kans op erkenning in het buitenland maakt, biedt de suggestie van Waaldijk met betrekking tot het probleem van de erkenning in het buitenland geen soelaas (meer). Ouderschap van rechtswege dan wel erkenning sluiten naar huidig recht immers een (latere) adoptie uit.²⁵⁴

De mogelijkheid van de declaratoire beschikking in dergelijke situaties, zoals de minister die thans opgenomen heeft in zijn memorie van toelichting, benoemt Waaldijk niet. Dat is mijns inziens spijtig aangezien de suggestie van Waaldijk op het gebied van gelijkwaardige keuzemogelijkheden zeker zinvol is, maar verder enigszins ‘onvolledig’ oogt. Zo biedt de suggestie naar mijn oordeel, zoals reeds opgemerkt, geen echte oplossing voor het probleem van de erkenning van het lesbisch ouderschap in het buitenland in de gevallen dat er sprake is van ouderschap dat reeds van rechtswege of door erkenning is ontstaan.

Ook het al dan niet terugdraaien van de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren wordt door Waaldijk niet ter sprake gebracht. De vraag of buitenlandse erkenning inderdaad uitsluitend door de rechterlijke toets van adoptie vorm kan krijgen, behandelt Waaldijk evenmin.

4.1.3. Geen ouderschap van rechtswege, maar uitsluitend erkenning en adoptie

Ook door de Stichting Meer dan Gewenst en Eusman²⁵⁵ wordt in hun gezamenlijke reactie gerefereerd aan het feit dat het vanuit internationaal oogpunt gezien problematisch zou kunnen zijn dat gehuwde²⁵⁶ duomoeders die gebruik hebben gemaakt van een (in beginsel) onbekende donor in het thans voorliggende wetsontwerp geen keuze meer hebben voor adoptie, omdat het juridisch moederschap van beide vrouwen van rechtswege zal bestaan. De

²⁵⁴ In het voorgaande is reeds uiteengezet dat ik niet bijzonder gecharmeerd ben van de daartoe door het COC aangedragen en/en- oplossing.

²⁵⁵ De reactie van de Stichting Meer dan Gewenst en Eusman is te raadplegen via de website <<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

²⁵⁶ Nu duidelijk is dat binnen afzienbare tijd een wetsvoorstel ingediend zal worden dat afstammingsrechtelijke gevolgen zal verbinden aan zowel het geregistreerd hetero partnerschap als het geregistreerd lesbisch partnerschap, dienen geregistreerde lesbische paren (die gebruik hebben gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting) hier mijns inziens ook (reeds) onder begrepen te worden.

Stichting en Eusman menen dat dit een overweging zou kunnen zijn om af te zien van het van rechtswege ontstaan van het ouderschap van de meemoeder en zij doen de suggestie om derhalve voor alle gevallen uitsluitend erkenning mogelijk te maken. Ongeacht de samenlevingsvorm van de duomoeders hebben beide vrouwen dan de keuze tussen erkenning en adoptie.²⁵⁷

Deze suggestie leidt er, even als de suggestie van Waaldijk, toe dat er geen onderscheid wordt aangebracht tussen de verschillende samenlevingsvormen van lesbische paren, maar heeft echter wel tot gevolg dat er geen volledige afstammingsrechtelijke gelijkstelling bewerkstelligd wordt tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen enerzijds en kinderen van heteroseksuele paren anderzijds.²⁵⁸ Een resultaat dat nu juist wel wordt beoogd met het wetsvoorstel. In dat kader is de suggestie van Waaldijk mijns inziens dan ook meer voor de hand liggend, omdat op dergelijke wijze de genoemde afstammingsrechtelijke gelijkstelling bewerkstelligd wordt en er eveneens geen onderscheid wordt aangebracht tussen de verschillende samenlevingsvormen van lesbische paren.

Geconcludeerd kan worden dat ook de Stichting en Eusman kennelijk geen wijziging in het huidige adoptierecht wensen aan te brengen, nu zij evenmin het al dan niet terugdraaien van de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren ter sprake brengen.

4.1.4. Slotsom

Neemt men de bovenstaande visies en aanbevelingen in ogenschouw dan springt vooral in het oog dat alle commentatoren er klaarblijkelijk vanuit gaan dat buitenlandse erkenning voor lesbisch ouderschap uitsluitend door middel van rechterlijke toetsing in het kader van een adoptieprocedure verkregen kan worden. De in het kader van deze erkenningsproblematiek gedane aanbevelingen zijn immers allen gebaseerd op adoptie. Vermoedelijk als gevolg van deze insteek wordt de door de Commissie gedane ‘alternatieve’ suggestie van de declaratoire beschikking dan ook vrijwel nergens aangehaald, laat staan uitgewerkt. Het COC refereert in een enkele zin weliswaar aan de mogelijkheid van een declaratoire beschikking, maar duidelijk is dat ook zij haar pijlen met name richt op een oplossing vanuit het adoptierecht.

²⁵⁷ Verwezen zij naar de reactie van de Stichting Meer dan gewenst en Eusman via de website <<http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>>.

²⁵⁸ Ouderschap van rechtswege behoort dan voor heteroseksuele paren immers wel tot de mogelijkheden.

Mijns inziens moet het echter als een gemis beschouwd worden dat geen van de bovengenoemde respondenten zich gedurende de consultatieperiode de vraag heeft gesteld of het eventueel ook anders (dan via adoptie) zou kunnen. Het buiten de gangbare kaders durven denken, kan in het ontwikkelen en verbeteren van een wetsvoorstel immers een grote meerwaarde opleveren. Er is bovendien geen reden om aan te nemen dat de suggestie van de declaratoire beschikking als een zijdelingse opmerking van de Commissie en niet als een serieuze optie aangemerkt dient te worden.

In de navolgende paragraaf zal de declaratoire beschikking, als mogelijkheid om in het buitenland erkenning te verkrijgen van het lesbisch ouderschap dat niet door middel van adoptie is ontstaan, dan ook nader uiteengezet worden.

4.2. Mogelijkheden voor het verkrijgen van erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap dat niet is ontstaan door adoptie

4.2.1. De declaratoire beschikking

Zoals reeds opgemerkt stelt de Commissie, met betrekking tot de eventuele problemen bij de erkenning in het buitenland van lesbisch ouderschap van rechtswege dan wel lesbisch ouderschap ontstaan door erkenning, de mogelijkheid van de declaratoire beschikking voor. Hiermee zou de eventuele extra bescherming van een adoptie, vanwege de rechterlijke toets, ondervangen kunnen worden, zo is de gedachte.²⁵⁹ De aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren zouden dan ‘teruggedraaid’ kunnen worden.²⁶⁰

Ook door de minister wordt thans voor het eerst de mogelijkheid van een declaratoire beschikking benoemd in de memorie van toelichting. In de gevallen dat het lesbisch ouderschap op andere wijze dan door adoptie tot stand is gekomen en beide vrouwen vervolgens met het kind naar het buitenland willen, kunnen zij de rechter verzoeken op grond van artikel 3:302 BW voor recht te verklaren dat de meemoeder juridisch ouder is van het kind.²⁶¹

²⁵⁹ De rechter zou dan op verzoek van de vrouwen een verklaring voor recht moeten kunnen geven dat de meemoeder juridisch ouder is van het kind, aldus de Commissie. Zie het rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 44.

²⁶⁰ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 41.

²⁶¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10 (MvT).

De minister wenst de mogelijkheid van de declaratoire beschikking aldus op een andere wijze in te zetten dan de Commissie. Een reden om dit ‘alternatief’ voor (versoepelde) adoptie in het navolgende nader te belichten.

Kort verdient aandacht het feit dat de door de Commissie bedoelde ‘verklaring voor recht’ door haar als een declaratoire *beschikking* wordt aangeduid. Het Nederlandse recht kent immers ook het declaratoire *vonnis*, waarbij eveneens over een verklaring voor recht gesproken wordt. Het is dan misschien ook enigszins verwarrend dat de minister weliswaar (ook) spreekt over een verklaring voor recht, maar vervolgens zonder verdere uitleg verwijst naar artikel 3:302 BW dat in de marge van in ieder geval één wettenbundel²⁶² het bijschrift ‘declaratoir vonnis’ draagt. In zowel een declaratoire beschikking als in een declaratoir vonnis wordt een bestaande rechtstoestand door de rechter vastgesteld.²⁶³ In verzoekschrift-procedures²⁶⁴ wordt de gemotiveerde beslissing van de rechter echter altijd aangeduid met de term *beschikking*.²⁶⁵

Hoewel de minister in zijn memorie van toelichting eenvoudigweg stelt dat lesbische paren de rechter kunnen verzoeken voor recht te verklaren dat ook de meemoeder juridisch ouder is van het kind, is de verklaring voor recht in verzoekschriftprocedures niet onomstreden. Zo stelt Van Mierlo dat ‘de heersende leer nog altijd lijkt te zijn dat verklaringen voor recht in beginsel niet mogelijk zijn in verzoekschriftprocedures’²⁶⁶ en ook Van der Plas²⁶⁷ geeft aan dat er nog altijd discussie bestaat over de vraag of de verklaring voor recht op alle rechtsgebieden toepasbaar is. Desalniettemin is de declaratoire beschikking geen onbekende figuur in de wet.²⁶⁸ Zo bepaalt artikel 2:19 lid 2 BW dat de rechter op verzoek kan verklaren of en op welk tijdstip een rechtspersoon ontbonden is en tevens dat deze verklaring voor een ieder bindend is.²⁶⁹

²⁶² De Kluwer College Bundel 2011-2012 (Deel 1).

²⁶³ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 175.

²⁶⁴ Met name in het personen- en familierecht (Boek 1 BW) wordt gebruikgemaakt van de verzoekschriftprocedure.

²⁶⁵ In het navolgende wordt, daar waar gesproken wordt van een verklaring voor recht, dan ook bedoeld op de declaratoire beschikking.

²⁶⁶ Van Mierlo 2005, (Tekst & Commentaar Rv), art. 278 Rv, aantekening 5B.

²⁶⁷ Van der Plas 2005, p. 30.

²⁶⁸ Van der Plas 2005, p. 30.

²⁶⁹ Boek 2 BW kent meer van dergelijke bepalingen. Zo ook artikel 2:20 lid 1 BW waarin wordt bepaald dat de rechter op verzoek van het Openbaar Ministerie een rechtspersoon waarvan de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde verboden kan verklaren en ontbinden.

Ook Boek 1 BW kent de verklaring voor recht en wel in de artikelen 1:26 tot en met 1:26e BW. Op grond van die artikelen kan de rechter worden verzocht een verklaring voor recht te geven omtrent de rechtsgeldigheid in Nederland van een buitenlandse akte of uitspraak. In de rechtspraak is de vraag naar de toelaatbaarheid van een verklaring voor recht in verzoekschriftprocedures enkele malen aan de orde gekomen. Zo besliste de Hoge Raad in 1986²⁷⁰ dat het mogelijk was te verzoeken om een verklaring voor recht inzake het van rechtswege eindigen van de alimentatieverplichting op grond van artikel 1:160 BW. In 1997²⁷¹ overwoog de Hoge Raad ambtshalve: ‘In het licht van het systeem van de wet moet de door de vrouw verzochte en door de Rechtbank uitgesproken, kennelijk op art. 1:155 BW gegronde, bepaling ‘dat partijen zullen overgaan tot verevening van de pensioenen overeenkomstig de Wet Verevening Pensioenrechten’ worden verstaan als een verklaring voor recht dat overeenkomstig het bepaalde in art. 1:155 BW recht op pensioenverevening bestaat [...]’.²⁷²

In 2000²⁷³ volgde opnieuw een uitspraak omtrent de mogelijkheid van een verklaring voor recht in verzoekschriftprocedures en besliste de Hoge Raad dat ‘de aard en strekking van art. 21 [WOR oud, toevoeging van mij: CJMvB] meebrengen dat de rechter op een daartoe gedaan verzoek kan volstaan met het uitspreken van een verklaring voor recht, mits deze blijft binnen de grenzen van genoemde wetsbepaling en zich beperkt tot de vaststelling van de rechtsverhouding in geschil tussen de verzoeker en de verweerder.’

In zijn noot onder deze uitspraak signaleert Vranken dat er, hoewel de heersende lijn in Nederland nog steeds is dat verklaringen voor recht in beginsel niet mogelijk zijn in verzoekschriftprocedures, inmiddels sprake is van een kentering.²⁷⁴ Zijns inziens bevestigt en versterkt de genoemde uitspraak deze tendens en hij pleit dan ook voor een heroverweging van de heersende leer. Naar het oordeel van Vranken dient de rechter voortaan niet al te terughoudend meer te zijn met het toestaan van verklaringen voor recht in verzoekschriftprocedures en dient uitsluitend als de wetsbepaling of het systeem van de wet zich er tegen verzet, de niet-ontvankelijkheid uitgesproken te worden.²⁷⁵

²⁷⁰ HR 31 januari 1986, *NJ* 1987, 99.

²⁷¹ HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 395.

²⁷² HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 395, rechtsoverweging 3.2.

²⁷³ HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 497 m.nt. Vranken.

²⁷⁴ Ook door lagere rechters is inmiddels enkele malen geoordeeld over deze thematiek en ook deze vonnissen geven blijk van genoemde kentering. Zie onder meer rb. Almelo 6 januari 2010, LJN: BL8311, rb. 's-Gravenhage 1 februari 2010, LJN: BL2856, gerechtshof Leeuwarden 3 juni 2010, LJN: BN2078.

²⁷⁵ Voor de volledige argumentatie van Vranken zij verwezen naar diens annotatie bij HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 497.

Ook Schaafsma-Beversluis²⁷⁶ en Van Mierlo²⁷⁷ kunnen zich, mede gelet op de eerder genoemde wetgeving en jurisprudentie, vinden in dit standpunt en stellen dat thans aangenomen mag worden dat een verklaring voor recht ook in verzoekschriftprocedures in beginsel mogelijk is, tenzij het desbetreffende wetsartikel of het systeem van de wet zich daartegen verzet.

Aldus ben ik van oordeel dat aangenomen kan worden dat de door de Commissie en de minister (op verschillende wijzen) genoemde mogelijkheid van de declaratoire beschikking met betrekking tot het lesbisch ouderschap in beginsel mogelijk is. Mijns inziens kon de minister daarbij alleen niet volstaan met het enkel en eenvoudigweg noemen van artikel 3:302 BW, nu deze bepaling ook buiten het vermogensrecht (analoog) van toepassing kan zijn, maar daartoe wel de schakelbepaling van artikel 3:326 BW behoeft.

Uitgaande van het standpunt dat een verklaring voor recht in beginsel mogelijk is in een verzoekschriftprocedure en daarmee mogelijk zou zijn in het kader van het ‘bevestigen’ van lesbisch ouderschap, rijst de vraag of de wet dan wel het systeem van de wet in de weg staat aan het geven van een verklaring voor recht dat de meemoeder juridisch ouder is van het kind. Mijns inziens moet deze vraag ontkennend beantwoord worden.

Zo staan de artikelen in het afstammingsrecht zelf er naar mijn oordeel niet aan in de weg dat de rechter zou verklaren dat overeenkomstig de desbetreffende leden van het nieuwe artikel 1:198 BW de beide vrouwen naar Nederlands recht juridisch ouders van het kind zijn.²⁷⁸

Eventueel zou specifiek per vrouw vermeld kunnen worden op welke wijze haar juridisch ouderschap tot stand is gekomen.²⁷⁹

Ook het systeem van de wet, en in het bijzonder Boek 1 BW, staat er mijns inziens niet aan in de weg dat een verklaring voor recht wordt verzocht dat de meemoeder juridisch ouder is van het kind. Zo zou er aansluiting gezocht kunnen worden bij de procedure van de artikelen 1:26 tot en met 1:26e BW. Deze artikelen bevatten immers expliciet de mogelijkheid tot het verzoeken om een verklaring voor recht binnen het personen- en familierecht. Enigszins vergelijkbaar met de toets die aangelegd wordt in het kader van een artikel 1:26-procedure

²⁷⁶ Schaafsma-Beversluis 2008, (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering), artikel 278 Rv, aantekening 5A.

²⁷⁷ Van Mierlo 2005, (Tekst & Commentaar Rv), art. 278 Rv, aantekening 5B.

²⁷⁸ Zijn de beide vrouwen gehuwd dan zou verklaard kunnen worden dat mevrouw A en mevrouw B op grond van artikel 1:198 lid 1 sub a en b BW (nieuw) als juridische ouders van de minderjarige C hebben te gelden.

²⁷⁹ Heeft de meemoeder het kind erkend dan zou verklaard kunnen worden dat mevrouw A als juridische ouder van de minderjarige C heeft te gelden op grond van artikel 1:198 lid 1 sub a BW (nieuw) en dat mevrouw B (eveneens) als juridische ouder van de minderjarige C heeft te gelden op grond van artikel 1:198 lid 1 sub c BW (nieuw).

zou de rechter mijns inziens in het geval van lesbisch ouderschap dienen te toetsen of er een gerechtvaardigd belang bestaat bij het verzoek om een verklaring voor recht af te geven²⁸⁰ en of beide vrouwen inderdaad juridisch ouder van het kind zijn (geworden). In het geval dat beide vrouwen stellen dat het ouderschap van rechtswege is ontstaan²⁸¹ zou verlangd kunnen worden dat respectievelijk een uittreksel van de huwelijksakte dan wel een uittreksel van de akte van registratie van partnerschap wordt overgelegd. Daarbij zou door middel van het overleggen van de geboorteakte van het kind moeten worden aangetoond dat beide vrouwen reeds getrouwd dan wel geregistreerd waren op het moment van de geboorte van het kind. Daarnaast zou verlangd kunnen worden dat beide vrouwen, ter bevestiging van het feit dat zij gebruik hebben gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, een verklaring daartoe overleggen van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. In het geval dat het lesbisch ouderschap door erkenning is ontstaan²⁸² zou van beide vrouwen verlangd kunnen worden dat zij een uittreksel van de akte van erkenning overleggen. Wordt aan deze voorwaarden voldaan dan dient de rechter mijns inziens voor recht te verklaren dat het lesbisch ouderschap van beide vrouwen naar Nederlands recht rechtsgeldig tot stand is gekomen. Op deze wijze vindt naar mijn oordeel bovendien een rechterlijke toetsing plaats die niet alleen overeenkomsten vertoont met de procedure van artikel 1:26 BW, maar tevens overeenkomsten vertoont met de toets die de rechter thans bij de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren aanlegt.²⁸³

Aldus kan mijns inziens met de minister en de Commissie aangenomen worden dat een verklaring voor recht omtrent lesbisch ouderschap naar Nederlands recht (in beginsel) tot de mogelijkheden behoort. Geeft die conclusie echter ook aanleiding de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren ‘terug te draaien’ zoals de Commissie voorstelde?

²⁸⁰ Deze voorwaarde vloeit niet alleen voort uit (de aansluiting bij) artikel 1:26 lid 1 BW, maar tevens uit het analoog van toepassing zijnde artikel 3:303 BW juncto artikel 3:326 BW.

²⁸¹ Nu duidelijk is dat binnen afzienbare tijd een wetsvoorstel ingediend zal worden dat afstammingsrechtelijke gevolgen zal verbinden aan zowel het geregistreerd hetero partnerschap als het geregistreerd lesbisch partnerschap, wens ik hier reeds op vooruit te lopen door te veronderstellen dat dit geldt voor zowel gehuwde als geregistreerde lesbische paren die gebruik hebben gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

²⁸² Dit betreft de situatie dat het lesbische paar weliswaar gebruik heeft gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (een onbekende donor), maar ongehuwd en ongeregistreerd samenleeft en alle situaties waarin er sprake is van een bekende donor, ongeacht de samenlevingsvorm van het lesbische paar.

²⁸³ Ook de (voor lesbische paren van toepassing zijnde) leden van de artikelen 1:227 en 1:228 BW betreffen veelal een toetsing van voorwaarden. Het criterium ‘in het belang van het kind’ zal in dit geval geen opgeld doen.

In herinnering zij geroepen dat de minister zijn keuze tot behoud van (de aanpassingen aan) het adoptierecht in het bijzonder onderbouwt met de aanname dat door adoptie ontstaan lesbisch ouderschap in meer landen op erkenning kan rekenen dan lesbisch ouderschap dat van rechtswege dan wel door erkenning is ontstaan, vanwege de rechterlijke toets die daarbij wordt aangelegd. In het voorgaande is echter reeds uiteengezet dat ook bij de verklaring voor recht een toets aangelegd kan worden die naar mijn oordeel bovendien overeenkomsten vertoont met de rechterlijke toets die thans wordt aangelegd in het geval van de versoepelde adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren. Als de minister derhalve bedoeld heeft te zeggen dat de rechterlijke toets het doorslaggevende element is in zijn stellingname, zou het mijns inziens niet veel uit moeten maken of deze rechterlijke toets plaatsvindt in het kader van een versoepelde adoptieprocedure dan wel in een procedure waarin een verklaring voor recht wordt verzocht.

Wel zou men kunnen stellen dat de kwalificatie van de rechtsverhouding in het buitenland ook nog een belangrijke rol speelt. In hoofdstuk 3 is immers reeds uiteengezet dat adoptie door paren van gelijk geslacht in verschillende Europese landen tot de mogelijkheden behoort, maar dat die landen de rechtsverhouding ook naar eigen recht moeten kwalificeren als zijnde adoptie voordat er sprake kan zijn van erkenning. Kwalificeert het recht van het desbetreffende land de rechtsverhouding niet als adoptie maar als zijnde een afstammingsrelatie, dan kan de openbare orde van dat land een rol gaan spelen.²⁸⁴ Dit zou dan kunnen betekenen dat de rechtsverhouding tussen meemoeder en het kind, ondanks de rechterlijke toets in het kader van de verklaring voor recht, niet wordt erkend op grond van het feit dat de totstandkoming van de rechtsverhouding naar het recht van het desbetreffende land niet de kwalificatie adoptie draagt.

Dat deze situatie zich voor zal doen, is echter geen gegeven. Bovendien, nu er sprake is van een rechterlijke toets die mijns inziens vergelijkbaar is met de toets die aangelegd wordt in het kader van de (versoepelde) adoptieprocedure en het belang van een kind rechtstreeks betrokken is, mag mijns inziens het ‘label’ dat op een rechtsverhouding wordt ‘geplakt’ niet van doorslaggevende betekenis zijn. Zoals reeds opgemerkt ben ik dan ook met Saarloos²⁸⁵ van mening dat van een land dat adoptie voor paren van gelijk geslacht toestaat (*joint adoption* dan wel *second parent adoption*), verwacht zou mogen worden dat er ruimte bestaat

²⁸⁴ Dit omdat erkenning in veel landen als een waarheidshandeling wordt aangemerkt, waardoor het in het geval van twee vrouwen objectief waarneembaar is dat de erkenning door één van hen niet conform de biologische waarheid geschiedt (of is geschied) wat erkenning strijdig zou (kunnen) maken met de openbare orde van dat land. Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 43.

²⁸⁵ Saarloos 2007, p. 144.

voor en er bereidheid is tot het vinden van een passende oplossing, uitgaande van het belang van het kind.

Daarnaast is reeds opgemerkt dat voor landen die in het geheel geen adoptie voor paren van gelijk geslacht toestaan, de kwalificatie van de rechtsverhouding niet eens aan de orde komt. Zowel lesbisch ouderschap dat door middel van adoptie tot stand is gekomen als lesbisch ouderschap dat door middel van erkenning dan wel van rechtswege tot stand is gekomen en waarbij een verklaring voor recht is uitgesproken, kunnen in die landen, wegens strijd met de openbare orde, zeer waarschijnlijk niet op erkenning rekenen. Dergelijke landen kunnen dan ook, op het moment dat een afweging wordt gemaakt tussen het behouden van de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren en het toepassen van de verklaring voor recht in plaats van genoemde aanpassingen, buiten beschouwing worden gelaten.

Aldus zou de verklaring voor recht, met betrekking tot de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap, naar mijn oordeel tot een vergelijkbaar resultaat moeten (kunnen) leiden als het behouden van de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren. Weliswaar biedt de verklaring voor recht geen garantie dat de zo gewenste erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap wordt verkregen, maar het feit dat er sprake is van een rechterlijke toets die enigszins vergelijkbaar is met de toets die aangelegd wordt in het kader van de (versoepelde) adoptieprocedure en het feit dat in andere rechtsstelsels eveneens waarde aan het belang van het kind zal worden gehecht, maakt dat mijns inziens op zijn minst aannemelijk is dat in landen waar adoptie voor paren van gelijk geslacht mogelijk is ook de verklaring voor recht, even goed als behoud van de aanpassingen aan het adoptierecht, zal (kunnen) leiden tot erkenning van het lesbisch ouderschap. Daar komt nog bij dat de minister ook door middel van het adoptierecht geen garantie op erkenning kan bieden aan lesbische paren: ‘Problemen van internationaal privaatrechtelijke aard ten gevolge van het voorstel zijn niet uit te sluiten. Dit is, als gezegd, evenzo bij de erkenning van het ouderschap van de duomoeder dat is ontstaan door adoptie.’²⁸⁶

De verklaring voor recht kan derhalve naar mijn oordeel als een goed alternatief voor het behoud van de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren worden gezien.

²⁸⁶ *Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10-11 (MvT).*

In hoofdstuk drie is bovendien aandacht besteed aan argumenten pro en contra het behoud van de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren. Geconstateerd is dat de tegenargumenten niet alleen numeriek, maar ook inhoudelijk gezien meer gewicht in de schaal leggen. Zo is de reden voor het aanpassen van de adoptiebepalingen met het wetsvoorstel komen te vervallen²⁸⁷ en werkt het laten bestaan van de aanpassingen aan het adoptierecht ongelijkheid in de hand tussen lesbische paren enerzijds en anders samengestelde paren, in het bijzonder homoseksuele paren (twee mannen), anderzijds. Een onderscheid waar, zoals reeds opgemerkt, naar mijn oordeel geen rechtvaardigingsgrond voor aanwezig is. Wordt vervolgens in overweging genomen dat de verklaring voor recht met het oog op buitenlandse erkenning van het lesbisch ouderschap tot een vergelijkbaar resultaat kan leiden als het behoud van de aanpassingen aan het adoptierecht en beziet men het feit dat het behoud van de verrichte aanpassingen derhalve niet alleen niet noodzakelijk, maar tevens niet wenselijk is gezien de vele tegenargumenten, dan moet mijns inziens geconcludeerd worden dat het voorstel van de Commissie tot het ‘terugdraaien’ van de aanpassingen aan het adoptierecht de voorkeur verdient.

4.2.2. Een stap verder: een akte opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand?

In lijn met het voorgaande zou men vervolgens nog kunnen filosoferen of de rechterlijke macht ontlast zou kunnen worden door een andere instantie de verklaring omtrent het naar Nederlands recht rechtsgeldig ontstane lesbisch ouderschap af te laten geven. Gedacht zou bijvoorbeeld kunnen worden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand.

De ambtenaar van de burgerlijke stand is immers reeds betrokken in het geval dat er sprake is van een lesbisch huwelijk dan wel een geregistreerd lesbisch partnerschap,²⁸⁸ hij maakt de geboorteakte van een kind op²⁸⁹ en ook bij de erkenning van een kind door een meemoeder is hij (veelal) betrokken.²⁹⁰ Aldus zou gesteld kunnen worden dat de ambtenaar van de burgerlijke stand reeds de beschikking heeft over (bijna²⁹¹) alle relevante informatie en het

²⁸⁷ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 41.

²⁸⁸ Van zowel een huwelijk als van een geregistreerd partnerschap wordt een akte opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand, te weten een huwelijksakte (artikel 1:67 lid 2 BW) dan wel een akte van geregistreerd partnerschap (artikel 1:80a lid 3 BW).

²⁸⁹ Artikel 1:19 BW.

²⁹⁰ Ook van de erkenning van een kind wordt een akte opgemaakt (veelal) door de ambtenaar van de burgerlijke stand, de akte van erkenning (artikel 1:203 lid 1 sub a BW).

²⁹¹ De verklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting dat het lesbische paar gebruik heeft gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting zou nog wel overgelegd dienen te worden.

lijkt dientengevolge dan ook eenvoudiger om de ambtenaar van de burgerlijke stand eveneens de verklaring af te laten geven dat de meemoeder juridisch ouder van het kind is (geworden). Daarbij zou echter wel de vraag rijzen of een verklaring van de ambtenaar van de burgerlijke stand naar buitenlands recht van ‘voldoende gewicht’ kan zijn om op grond daarvan erkenning van het lesbisch ouderschap in het desbetreffende land te verkrijgen.

In dat kader kan het mijns inziens interessant zijn om een blik te werpen op het (felle) debat dat gevoerd is met betrekking tot de erkenning in het buitenland van de administratieve echtscheiding en de rol van de ambtenaar van de burgerlijke stand daarbij. Tot invoering van de administratieve echtscheiding is het in Nederland uiteindelijk niet gekomen, maar het debat daaromtrent levert toch enkele zienswijzen op die bruikbaar zouden kunnen zijn bij de oriëntatie op de mogelijkheid van een akte met betrekking tot lesbisch ouderschap opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Zo concluderen onder meer Antokolskaia²⁹² en Boele-Woelki in samenwerking met Mom²⁹³ dat er onder de Brussel II bis-verordening ruimte is voor het vervullen van een rol door de ambtenaar van de burgerlijke stand met betrekking tot (het opmaken van een akte van) administratieve echtscheiding. Daarbij moet echter wel opgemerkt worden dat er door de zojuist genoemde Brussel II bis-verordening een uniform erkenningsregime ten aanzien van huwelijksontbindingen in Europa tot stand is gekomen,²⁹⁴ een dergelijk uniform erkenningsregime ten aanzien van de burgerlijke staat van personen ontbreekt tot op heden (nog).

Uit het Groenboek ‘Minder administratieve formaliteiten voor burgers: De bevordering van het vrije verkeer van openbare documenten en de erkenning van de gevolgen van akten van de burgerlijke stand’²⁹⁵ dat de Europese Commissie eind december 2010 publiceerde, kan echter opgemaakt worden dat deze problematiek wel op de Europese agenda staat. Zo stelt de Europese Commissie in de inleiding van genoemd Groenboek dat het ‘niet wenselijk is in het kader van het voor burgers scheppen van één Europa dat akten van de burgerlijke stand, waarbij een overheidsinstantie van een lidstaat de voornaamste gebeurtenissen vaststelt die de staat van een persoon bepalen, niet noodzakelijkerwijs het beoogde gevolg hebben in een andere lidstaat.’ De Europese Commissie geeft als voorbeeld dat als in een lidstaat is

²⁹² Antokolskaia 2009, p. 591-597.

²⁹³ Boele-Woelki & Mom 2006, p. 218-247.

²⁹⁴ Boele-Woelki & Mom 2006, p. 218.

²⁹⁵ Com (2010) 747 definitief: ‘GROENBOEK Minder administratieve formaliteiten voor burgers: De bevordering van het vrije verkeer van openbare documenten en de erkenning van de gevolgen van akten van de burgerlijke stand’ van de Europese Commissie, december 2010 (Nederlandse vertaling, online te raadplegen).

vastgesteld dat een daar geboren kind van een vader afstamt, deze afstamming niet noodzakelijkerwijs ook in een andere lidstaat wordt erkend wegens een verschil in de toepasselijke nationale regels.²⁹⁶

Om tot een oplossing hiervoor te komen staan voor 2013 initiatieven gepland die betrekking zullen hebben op onder meer de erkenning van de gevolgen van bepaalde akten van de burgerlijke stand (bijvoorbeeld met betrekking tot afstamming, adoptie of naam), zo blijkt uit het Groenboek. Doel is dat een in een lidstaat verleende rechtsstatus in een andere lidstaat met dezelfde rechtsgevolgen kan worden erkend.²⁹⁷

Hoewel aldus duidelijk is dat het onderzoek naar deze problematiek zich nog in een beginstadium bevindt, kan mijns inziens wel reeds geconcludeerd worden dat de uitkomst van dit Europese initiatief van groot belang kan zijn voor lesbische paren. Wellicht immers dat ten gevolge van dit initiatief ook in het geval van lesbisch ouderschap rechterlijke bemoeienis niet langer noodzakelijk is om erkenning van het ouderschap van beide vrouwen in het buitenland te verkrijgen. Ook bij lesbisch ouderschap zou een akte van de ambtenaar van de burgerlijke stand dan kunnen volstaan om buitenlandse erkenning te verkrijgen en het indienen van een verzoek bij de rechter om een verklaring voor recht zou mogelijk overbodig worden. Thans vooruitlopen op de uitkomsten van dit Europese onderzoek en de mogelijke betekenis ervan voor (de erkenning van) het lesbisch ouderschap in het buitenland is mijns inziens nu nog te vroeg.²⁹⁸ Het feit echter dat deze problematiek op de Europese agenda staat, mag lesbische paren naar mijn oordeel in ieder geval wel hoopvol stemmen.

²⁹⁶ Com (2010) 747 definitief: 'GROENBOEK Minder administratieve formaliteiten voor burgers: De bevordering van het vrije verkeer van openbare documenten en de erkenning van de gevolgen van akten van de burgerlijke stand' van de Europese Commissie, december 2010 (Nederlandse vertaling, online te raadplegen), p. 2.

²⁹⁷ Com (2010) 747 definitief: 'GROENBOEK Minder administratieve formaliteiten voor burgers: De bevordering van het vrije verkeer van openbare documenten en de erkenning van de gevolgen van akten van de burgerlijke stand' van de Europese Commissie, december 2010 (Nederlandse vertaling, online te raadplegen), p. 3.

²⁹⁸ Een dergelijk onderzoek past ook niet binnen het bestek van deze scriptie.

V: Conclusie

Adoptie is een eeuwenoud rechtsinstituut²⁹⁹ dat door de eeuwen heen verschillende vormen en grondslagen heeft gekend. Waar de adoptie in de Romeinse tijd in eerste instantie een vooral godsdienstig karakter had, veranderde dit al spoedig en werden met name de belangen van de adoptant gediend met de adoptie. Adoptie had indertijd dan ook volledige rechtsgevolgen, hetgeen inhield dat de banden van de geadopteerde met diens oorspronkelijke familie volledig werden verbroken. In het latere Romeinse Rijk gaat bloedverwantschap echter een grotere rol spelen in zowel de cultuur als in het recht en dit heeft ook zijn weerslag op het adoptierecht. Enkel nog de zwakke vorm van adoptie vindt toepassing en de juridische band tussen de geadopteerde en zijn oorspronkelijke familie bleef dientengevolge in stand. Vanaf dat moment is er ook aandacht voor het belang van het kind bij de adoptie, wat als een voorloper gezien kan worden van het latere (Nederlandse) gedachtegoed dat adoptie als een maatregel van kindbescherming heeft te gelden.

Bij de invoering van de allereerste Nederlandse adoptiewet in het jaar 1956 wordt gekozen voor een herroepelijke³⁰⁰ adoptie met volledige rechtsgevolgen. Wel diende het kennelijke belang van het kind voorop te staan en de adoptie wordt dan ook geïntroduceerd als zijnde een maatregel van kindbescherming. Deze opvatting is echter veelvuldig, en mijns inziens terecht, bekritiseerd.³⁰¹ Het daarop tot stand komen van de mogelijkheid tot stiefouderadoptie kan gezien worden als voorbode van het uiteindelijk verlaten van dit gedachtegoed.

Bij de introductie van de eenpersoonsadoptie en de adoptie door ongehuwde heteroparen in de jaren negentig van de vorige eeuw wordt adoptie inmiddels al als een vorm van afstamming gezien,³⁰² maar vrijwel direct wordt in onder meer de literatuur betoogd dat adoptie een vorm van fictieve afstamming is, waarbij geabstraheerd zou dienen te worden van de natuurlijke afstamming.³⁰³ Het zal uiteindelijk leiden tot de mogelijkheid van adoptie door paren van gelijk geslacht.

²⁹⁹ Een van de oudste documenten over adoptie is gevonden op een kleitablet van ruim 4000 jaar oud uit het oude Mesopotamië. Naaktgeboren 1988, p. 78.

³⁰⁰ In eerste instantie was gekozen voor een onherroepelijke adoptie, echter één van de belangrijkste wijzigingen die men gedurende de parlementaire behandeling doorvoerde, werd gevormd door het toch opnemen van herroepelijkheid in de wet.

³⁰¹ Delfos & Doek 1982, p. 72. Rood- de Boer 1981, p. 1015.

³⁰² *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 3, p. 14 (MvT). Dientengevolge wordt (nog) vastgehouden aan de natuurlijke afstamming.

³⁰³ Smits 1997, p. 30.

Het bereiken van deze mijlpaal brengt echter nieuwe wensen met zich mee. Nog in afwachting van het rapport van de Commissie Kalsbeek die de opdracht had gekregen te bezien op welke andere wijze dan door adoptie kan worden voorzien in een mogelijkheid voor een vrouwelijke partner van de moeder om op eenvoudige wijze ouder te worden van het kind geboren binnen de relatie van deze vrouw en de moeder, wordt het adoptierecht reeds aangepast om tegemoet te komen aan de wens afstammingsrechtelijke gelijkstelling te bewerkstelligen tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen van heteroseksuele paren.

Op 31 oktober 2007 publiceert de Commissie Kalsbeek haar bevindingen en concludeert dat het ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder inderdaad eenvoudiger zou moeten kunnen ontstaan dan door middel van adoptie. Zij beveelt hiertoe twee mogelijkheden aan:

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

De keuze tussen deze twee mogelijkheden acht de Commissie echter van rechtspolitieke aard en dientengevolge voorbehouden aan de wetgever. Wel stelt de Commissie dat de keuze voor de introductie van erkenning dan wel ouderschap van rechtswege voor de meemoeder naar haar oordeel invloed zal (moeten) hebben op het adoptierecht. Met het mogelijk maken van erkenning dan wel ouderschap van rechtswege voor de meemoeder vervalt immers de behoefte aan een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen ten behoeve van lesbische paren. De reden om de adoptiebepalingen aan te passen vervalt daarmee eveneens en dientengevolge moeten de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren naar het oordeel van de Commissie terug worden gedraaid. Met het oog op de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap van beide vrouwen, stelt de Commissie als alternatief voor de rechterlijke toets bij de (versoepelde) adoptieprocedure de declaratoire beschikking voor.³⁰⁴

Het (toenmalige) kabinet blijkt zich te kunnen vinden in de conclusies van de Commissie Kalsbeek en neemt de meeste aanbevelingen dan ook over in het concept-wetsvoorstel

³⁰⁴ Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap).

lesbisch ouderschap.³⁰⁵ Opvallend is echter dat de minister de aanbeveling van de Commissie om de aanpassingen aan het adoptierecht terug te draaien níet volgt. Redengevend hiervoor is zijn vrees dat het moederschap van de meemoeder van rechtswege of door erkenning in het buitenland niet op erkenning kan rekenen, althans in mindere mate dan in het geval dat er sprake is van juridisch moederschap van de meemoeder door adoptie, nu daar een rechterlijke toets aan verbonden is.³⁰⁶

Over het algemeen wordt positief gereageerd op deze voorgestelde regeling, de Raad van State daarentegen adviseert negatief. Opvallend punt van kritiek in het advies is het feit dat de Raad van oordeel is dat de voorgestelde regeling op twee gedachten hinkt door erkenning en ouderschap van rechtswege mogelijk te maken náást het behouden van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren.³⁰⁷

Mijns inziens dient dan ook kritisch bekeken te worden of de minister wel gevolgd kan worden in zijn oordeel dat de (mogelijke) problematiek van de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap noopt tot de conclusie dat er nog steeds behoefte bestaat aan de keuzemogelijkheid van de (versoepelde) adoptieprocedure voor lesbische paren zoals deze thans bestaat, naast erkenning en ouderschap van rechtswege. De vraag rijst immers of de verwachte problemen met betrekking tot de erkenning in het buitenland een grondslag op kunnen leveren om te besluiten de adoptieprocedure voor lesbische paren in de huidige vorm te laten bestaan en de verrichte aanpassingen aan het adoptierecht derhalve niet terug te draaien.

In dat kader dient allereerst opgemerkt te worden dat niet vaststaat dat lesbische paren inderdaad problemen in het buitenland zullen ondervinden met betrekking tot de erkenning van hun ouderschap aldaar en welke problemen dit dan zal betreffen. Een specifiek onderzoek daartoe is niet voor handen. Door verschillende organisaties wordt echter wel geregeld in kaart gebracht hoe het wereldwijd gesteld is met de acceptatie van en gelijke rechten voor homoseksuelen. Op basis van dergelijk onderzoek kan geconcludeerd worden dat er, buiten Nederland, binnen Europa inmiddels meerdere landen zijn die adoptie door paren van gelijk geslacht en/of adoptie van het kind van de gelijkgeslachtelijke partner toestaan. Verwacht mag worden dat in die landen erkenning van het ouderschap van de meemoeder geen

³⁰⁵ Voor gehuwde of geregistreerde lesbische paren die gebruik hebben gemaakt van een donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting zal het ouderschap van rechtswege worden geïntroduceerd. In alle andere gevallen kan de meemoeder het kind erkennen.

³⁰⁶ Concept-memorie van toelichting, p. 5. *Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 6.*

³⁰⁷ *Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 4, p. 3.*

problemen op zal leveren in de gevallen dat dit ouderschap tot stand is gekomen door middel van adoptie en het recht van het desbetreffende land de rechtsverhouding eveneens als adoptie kwalificeert. Kwalificeert het recht van het desbetreffende land de rechtsverhouding echter als zijnde een afstammingsrelatie, dan kan de openbare orde van dat land een rol gaan spelen.³⁰⁸

De erkenning van de rechtsverhouding tussen meemoeder en het kind zou daarop af kunnen stuiten.³⁰⁹ Met Saarloos³¹⁰ ben ik echter van mening dat van een land dat adoptie voor paren van gelijk geslacht toestaat, verwacht zou mogen worden dat er ruimte bestaat voor en er bereidheid is tot het vinden van een passende oplossing, uitgaande van het belang van het kind. Landen die daarentegen geen adoptie voor paren van gelijk geslacht toestaan zullen het ouderschap van de meemoeder, ongeacht de wijze van totstandkoming, naar alle waarschijnlijkheid überhaupt niet erkennen wegens strijd met de openbare orde van dat land. Deze landen kunnen naar mijn oordeel dan ook geen gewicht toekennen aan de stellingname van de minister dat lesbisch ouderschap dat door middel van adoptie tot stand is gekomen (vermoedelijk) op meer erkenning in het buitenland kan rekenen dan lesbisch ouderschap dat door middel van erkenning dan wel van rechtswege tot stand is gekomen.

Mijn inziens kan derhalve met de minister en de Commissie in beginsel aangenomen worden dat het goed denkbaar is dat adoptie in het buitenland op meer erkenning kan rekenen (door, naar alle waarschijnlijkheid, de rechterlijke toets die daarbij aangelegd wordt), maar dient daarbij wel de kanttekening geplaatst te worden dat dit uitsluitend geldt voor de landen die adoptie door paren van gelijk geslacht en/of adoptie van het kind van de gelijkgeslachtelijke partner toestaan.

Vervolgens kan vastgesteld worden dat wat de minister betreft de begrippen buitenlandse erkenning, rechterlijke toets en adoptie kennelijk onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Dat uitgangspunt lijkt voor de minister bovendien te leiden tot het standpunt dat onder behoud van de keuzemogelijkheid voor adoptie automatisch moet worden verstaan: behoud van de keuzemogelijkheid voor de *versoepelde* adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren. Twee standpunten waarbij mijns inziens vraagtekens kunnen worden geplaatst.

³⁰⁸ Zo geeft de Commissie in haar rapport reeds aan dat erkenning in veel landen als een waarheidshandeling wordt aangemerkt, waardoor het in het geval van twee vrouwen objectief waarneembaar is dat de erkenning door één van hen niet conform de biologische waarheid geschiedt (of is geschied) wat erkenning strijdig zou maken met de openbare orde van dat land. Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap), p. 43.

³⁰⁹ Saarloos 2007, p. 144. Zie ook het advies van de Raad van State met betrekking tot wetsvoorstel 30 551, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4, p. 2.

³¹⁰ Saarloos 2007, p. 144.

Zo zijn er verschillende argumenten te noemen tegen het laten bestaan van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren.

Op de eerste plaats is in dat kader te noemen het feit dat de reden voor het aanpassen van de adoptiebepalingen³¹¹ met het tot stand komen van het wetsvoorstel lesbisch ouderschap is komen te vervallen, nu de voorgestelde wijzigingen van artikel 1:198 BW (eveneens) afstammingsrechtelijke gelijkstelling zullen bewerkstelligen tussen kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen en kinderen geboren uit een heteroseksuele relatie.

Ten tweede zal het laten bestaan van dit eerder al als ‘*ad interim*’ aangeduide recht³¹² ongelijkheid in de hand werken tussen lesbische paren en anders samengestelde paren, in het bijzonder homoseksuele paren (twee mannen). Uiteen is gezet dat dit onderscheid mijns inziens niet te rechtvaardigen is en daarmee een argument oplevert om te pleiten voor het ‘terugdraaien’ van de reeds verrichte aanpassingen aan het adoptierecht.

Ten derde moet er mijns inziens waarde gehecht worden aan het (eerdere) standpunt van de Raad van State³¹³ dat het aanpassen van het adoptierecht niet het juiste instrument tot het bereiken van de gewenste afstammingsrechtelijke gelijkstelling is (geweest). Voor dit standpunt kan tevens in de literatuur steun gevonden worden.³¹⁴

Ten slotte is uiteengezet dat op basis van de parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel omtrent de verkorting van de adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren (wetsvoorstel 30 551) aannemelijk is dat de aanpassingen aan het adoptierecht als een ‘tijdelijk instrument ter overbrugging’ zijn aan te merken. Nu deze overbrugging echter niet langer nodig is, ligt het naar mijn oordeel voor de hand de daartoe gedane aanpassingen terug te draaien.

Evenzo zijn er mijns inziens kanttekeningen te plaatsen bij het kennelijke standpunt van de minister³¹⁵ dat de rechterlijke toets die tot erkenning van het lesbisch ouderschap in het buitenland moet leiden uitsluitend door middel van het (versoepelde) adoptierecht vorm kan krijgen. Doorslaggevend element in zijn stellingname lijkt immers een rechterlijke toetsing te zijn, maar het is naar mijn oordeel geen vaststaand gegeven dat dit de rechterlijke toets van de (versoepelde) adoptieprocedure dient te zijn. Zo opperde de Commissie Kalsbeek in dit kader reeds het ‘alternatief’ van de declaratoire beschikking.

³¹¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3, p. 2 (MvT).

³¹² Van Mourik & Nuytinck 2009, p. 200.

³¹³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4, p. 3.

³¹⁴ Saarloos 2007, p. 148.

³¹⁵ En met hem verschillende commentatoren bij het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap die voor hun suggesties met betrekking tot de problematiek van de erkenning in het buitenland eveneens het (huidige) adoptierecht als uitgangspunt nemen.

Weliswaar wordt door de minister de mogelijkheid van een declaratoire beschikking benoemd in zijn memorie van toelichting, maar duidelijk is dat de minister dit als een soort ‘ontsnappingsroute’ ziet in het geval dat adoptie niet meer mogelijk is. Uitgangspunt in het wetsvoorstel blijft dan ook de rechterlijke toets zoals thans vervat in de voor lesbische paren versoepelde adoptieprocedure, van de declaratoire beschikking als alternatief voor de versoepelde adoptieprocedure wil de minister niets weten. En dat is mijns inziens betreurenswaardig.

Met Vranken,³¹⁶ Van Mierlo³¹⁷ en Schaafsma-Beversluis³¹⁸ kan immers aangenomen worden dat een verklaring voor recht in verzoekschriftprocedures in beginsel mogelijk is, tenzij het desbetreffende wetsartikel of het systeem van de wet zich daartegen verzet. Naar mijn oordeel verzet (het systeem van) de wet zich niet in het geval van toepassing van de verklaring voor recht bij lesbisch ouderschap. Het is immers mogelijk aansluiting te zoeken bij de procedure van de artikelen 1:26 tot en met 1:26e BW.³¹⁹ Enigszins vergelijkbaar met de toets die aangelegd wordt in het kader van een artikel 26-procedure zou de rechter naar mijn oordeel in het geval van lesbisch ouderschap dienen te toetsen of er een gerechtvaardigd belang bestaat bij het verzoek om een verklaring voor recht af te geven³²⁰ en of beide vrouwen inderdaad juridisch ouder van het kind zijn (geworden). Wordt aan deze voorwaarden voldaan dan dient de rechter mijns inziens voor recht te verklaren dat het lesbisch ouderschap van beide vrouwen naar Nederlands recht rechtsgeldig tot stand is gekomen. Op deze wijze is er niet alleen sprake van een rechterlijke toets, maar tevens van een toets die naar mijn oordeel overeenkomsten vertoont met de toets die de rechter thans bij de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren aanlegt.³²¹

Gesteld kan dan ook worden dat de verklaring voor recht met betrekking tot de erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap tot een vergelijkbaar resultaat zou moeten (kunnen) leiden als het volgen van de versoepelde adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren. Weliswaar biedt de verklaring voor recht geen garantie dat de zo gewenste erkenning in het buitenland van het lesbisch ouderschap wordt verkregen, maar aannemelijk is

³¹⁶ HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 497 m.nt. Vranken.

³¹⁷ Van Mierlo 2005, (Tekst & Commentaar Rv), art. 278 Rv, aantekening 5B.

³¹⁸ Schaafsma-Beversluis 2008, (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering), artikel 278 Rv, aantekening 5A.

³¹⁹ Deze artikelen bevatten expliciet de mogelijkheid tot het verzoeken om een verklaring voor recht binnen het personen- en familierecht.

³²⁰ Deze voorwaarde vloeit niet alleen voort uit (de aansluiting bij) artikel 1:26 lid 1 BW, maar tevens uit het analoog van toepassing zijnde artikel 3:303 BW juncto artikel 3:326 BW.

³²¹ Ook de (voor lesbische paren van toepassing zijnde) leden van de artikelen 1:227 en 1:228 BW betreffen veelal een toetsing van voorwaarden. Het criterium ‘in het belang van het kind’ zal in dit geval geen opgeld doen.

dat in landen waar adoptie voor paren van gelijk geslacht mogelijk is ook de verklaring voor recht, even goed als behoud van de aanpassingen aan het adoptierecht, zal (kunnen) leiden tot erkenning van het lesbisch ouderschap nu er een zekere gelijkenis tussen beide wijzen van rechterlijke toetsing aanwezig is. Het punt dat de verklaring voor recht naar buitenlands recht mogelijk niet als adoptie gekwalificeerd zal (kunnen) worden, mag mijns inziens niet van doorslaggevende betekenis zijn nu dit niet in het belang van het kind is.³²² Daar komt bij dat de minister reeds aangeeft dat hij ook door middel van het adoptierecht geen garantie op erkenning kan bieden aan lesbische paren.³²³

Op basis van het voorgaande deel ik dan ook het oordeel van de Commissie dat de declaratoire beschikking als alternatief kan fungeren voor het behoud van de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren.

Gezien de genoemde tegenargumenten en het feit dat er mijns inziens een goed alternatief voor handen is om te voorzien in een rechterlijke toetsing, ben ik van mening dat er voldoende grond bestaat om de reeds verrichte aanpassingen aan het adoptierecht ‘terug te draaien.’ Daar komt nog bij dat er naar mijn oordeel geen grond aanwezig is om aan te nemen dat het via de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren verkregen ouderschap op meer erkenning in het buitenland zal kunnen rekenen dan het via een ‘normale’ adoptieprocedure verkregen lesbisch ouderschap. Zou dit al zo zijn, dan is er zoals gezegd naar mijn oordeel een deugdelijk alternatief voor handen en wel in de vorm van een declaratoire beschikking.

Concluderend kan dan ook gesteld worden dat het behouden van de versoepelde adoptieprocedure mijns inziens geen (positieve) invloed op de in het buitenland te verkrijgen erkenning heeft, maar naar Nederlands recht wel een negatieve werking heeft, onder meer doordat ongelijkheid in de hand gewerkt wordt tussen lesbische paren enerzijds en heteroseksuele paren en homoseksuele paren anderzijds. Op basis daarvan ben ik dan ook van oordeel dat het willen behouden van de versoepelde adoptieprocedure voor lesbische paren naast de mogelijkheid van ouderschap van rechtswege en erkenning voor lesbische paren niet te rechtvaardigen valt. Het kennelijke standpunt van de minister dat onder het behoud van de

³²² Het ‘label’ dat op een rechtsverhouding wordt ‘geplakt’, dient mijns inziens niet van doorslaggevende betekenis zijn, het belang van het kind daarentegen wél.

³²³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 10-11 (MvT).

keuzemogelijkheid voor adoptie voor lesbische paren automatisch moet worden verstaan: behoud van de keuzemogelijkheid voor de *versoepelde* adoptieprocedure ten behoeve van lesbische paren, verdient mijns inziens dan ook geen navolging.

De vraag naar het al dan niet terugdraaien van de aanpassingen aan het adoptierecht behoeft immers een eigen belangenafweging. Een belangenafweging die gezien het voorgaande mijns inziens tot de conclusie dient te leiden dat het onder vigeur van het wetsvoorstel lesbisch ouderschap mogelijk worden van ouderschap van rechtswege en erkenning voor lesbische paren, het terugdraaien van de aanpassingen aan het adoptierecht ten behoeve van lesbische paren tot consequentie dient te hebben.

VI: Lijst van geraadpleegde literatuur en overige bronnen

Literatuur

Boele-Woelki & Mom 2006

K. Boele-Woelki & A. Mom, 'De erkenning van de administratieve echtscheiding in Europa', in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006, p. 218-247.

Cloeck 1946

H.P. Cloeck, *Adoptie als vraagstuk van kindbescherming. Onderzoek naar het afstaan en aannemen van kinderen*, Amsterdam: J.H. de Bussy 1946.

Delfos & Doek 1982

G. Delfos & J.E. Doek, *Vaderschap, afstamming en adoptie* (serie jeugdrecht en jeugdbeschermingsrecht nr. 1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

Goudsmit 1971

H.R. Goudsmit, *Adoptie in Nederland*, 's-Gravenhage: VUGA 1971.

Hoksbergen & Walenkamp 1983

R. Hoksbergen & H. Walenkamp, *Adoptie uit de kinderschoenen. Theorie en praktijk in adoptieland*, Deventer: Van Loghum Slaterus 1983.

Holtrust 1993

N. Holtrust, *Aan moeders knie. De juridische afstammingsrelatie tussen moeder en kind*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993.

Lokin & Zwolve 2001

J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Deventer: Kluwer 2001.

Van Mierlo 2005, (Tekst & Commentaar Rv), art. 278 Rv, aantekening 5B

A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak, *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Mourik & Nuytinck 2009

M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Naaktgeboren 1988

C. Naaktgeboren, *Het aangenomen kind. Biologische en culturele aspecten*, Deventer: Ankh-Hermes 1988.

Nota 1969

J.A. Nota, *De adoptie: rechtsinstituut in ontwikkeling*, Deventer: Kluwer 1969.

Nota 1983

J.A. Nota, *Kinderen adopteren in Nederland*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1983.

Nota & Van Merriënboer 1985

J.A. Nota & J.C.J. van Merriënboer, *Adoptie: hoe gaat dat?*, Deventer: Kluwer 1985.

Van der Plas 2005

C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR* (serie onderneming en recht deel 30), Deventer: Kluwer 2005.

Schaafsma-Beversluis 2008, (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering), artikel 278 Rv, aantekening 5A

E.L. Schaafsma-Beversluis, '5A. Verzoek om een verklaring voor recht', in: P. Vlas, M. Ynzonides & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Snijders, Klaassen & Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Spruit 2003

J.E. Spruit, *Canubula iuris: elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Artikelen en overige publicaties

Artikelen

Antokolskaia 2009

M.V. Antokolskaia, 'De administratieve echtscheiding: symbolische betekenis versus 'praktische bezwaren', *WPNR* 2009-6806, p. 591-597.

Curry-Sumner & Vonk 2006

I. Curry-Sumner & M. Vonk, 'Adoptie door paren van gelijk geslacht: wie probeert de wet te beschermen?', *FJR* 2006-12, p. 39-44.

Nuytinck 2006

A.J.M. Nuytinck, 'Verruiming van adoptiemogelijkheden', *WPNR* 2006-6679, p. 627-629.

Nuytinck 2008

A.J.M. Nuytinck, 'Lesbisch ouderschap. Bespreking van het rapport van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (commissie-Kalsbeek)', *WPNR* 2008-6738, p. 44-48.

Nuytinck 2010a

A.J.M. Nuytinck, 'Volledige seksneutraliteit in het personen- en familierecht: over erkennende vrouwen en barenden mannen', *AA* 2010, p. 8-10 (archieffcode: AA20100008).

Nuytinck 2010b

A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *WPNR* 2010-6841, p. 343-348.

Quik-Schuijt 2010

N. Quik-Schuijt, 'Geboren uit twee vrouwen?', *NJB* 2010-32, p. 2079-2082.

Rood-de Boer 1981

M. Rood-de Boer, 'Adoptie in Nederland 1956-1981', *NJB* 1981, p. 1011-1016.

Saarloos 2007

K.J. Saarloos, 'Duo-moederschap: op de grens van afstamming en adoptie', *FJR* 2007-60, p. 142-148.

Smits 1997

V.M. Smits, 'Waar komen de kinderen straks vandaan?', *Nemesis* 1997-1, p. 27-31.

Vonk 2009

M. Vonk, 'Lesbisch ouderschap en het afstammingsrecht: een, twee of toch drie ouders?', *FJR* 2009-105, p. 274-279.

Overige publicaties

Advies van de Raad voor het Jeugdbeleid 1990

Raad voor het Jeugdbeleid, *Afstamming, adoptie en sociaal ouderschap*, Rijswijk: Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur 1990.

Rapport Commissie Kalsbeek 2007 (lesbisch ouderschap)

Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (Commissie Kalsbeek), *Rapport lesbisch ouderschap*, 's-Gravenhage 2007.

Rapport Commissie Kortmann 1997

Rapport van de Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Commissie Kortmann), 's-Gravenhage: Ministerie van Justitie 1997.

Regelgeving

Wetten

- De burgerrechtelijke Kinderwet van 6 februari 1901, *Stb.* 1901, 62.
- De strafrechtelijke Kinderwet van 12 februari 1901, *Stb.* 1901, 63.
- De Kinderbeginselenwet van 12 februari 1901, *Stb.* 1901, 64.
- Wet van 26 februari 1956, *Stb.* 1956, 42 inhoudende de invoering van de mogelijkheid van adoptie en wijziging, in verband daarmee, van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafrecht.
- Wet van 12 juli 1962, *Stb.* 1962, 250 tot tijdelijke openstelling van de mogelijkheid om een kind te adopteren in afwijking van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.
- Wet van 3 juli 1968, *Stb.* 1968, 336.
- Wet van 3 juli 1968, *Stb.* 1968, 343.
- Wet van 26 oktober 1973, *Stb.* 1973, 553.
- Wet van 7 juni 1978, *Stb.* 1978, 303.
- Wet van 13 september 1979 *Stb.* 1979, 501.
- Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772 tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie.
- Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht).
- Wet van 24 oktober 2008, *Stb.* 2008, 425 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen.

Wetsvoorstellen en overige initiatieven

- Concept-wetsvoorstel tot ‘Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het ontstaan van het moederschap van rechtswege van en de mogelijkheid van erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder.
- Concept-memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot ‘Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het ontstaan van het moederschap van rechtswege van en de mogelijkheid van erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder.
- Wetsvoorstel 33 032 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.
- Com (2010) 747 definitief: ‘GROENBOEK Minder administratieve formaliteiten voor burgers: De bevordering van het vrije verkeer van openbare documenten en de erkenning van de gevolgen van akten van de burgerlijke stand’, Europese Commissie, december 2010 (Nederlandse vertaling, online te raadplegen).

Kamerstukken

Kamerstukken II 1953/54, 3530, nr. 1-2.

Kamerstukken II 1953/54, 3530, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1987/88, 20 547, nr. 1-2.

Kamerstukken II 1999/00, 26 672 en 26 673, nr. 9.

Kamerstukken II 1995/96, 22 700, nr. 10, 14 en 18 (Nota Leefvormen).

Kamerstukken II 1995/96, 24 649, nr. 1-2.

Kamerstukken II 1995/96, 24 649, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1997/98, 22 700, nr. 23.

Kamerstukken II 1998/99, 26 673, nr. 1-2.

Kamerstukken II 1998/99, 26 673, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1998/99, 26 673, nr. B.

Kamerstukken II 2003/04, 26 672 en 26 673, nr. 14.

Kamerstukken II 2004/05, 28 457 en 26 672, nr. 23.

Kamerstukken II 2005/06, 30 551, nr. 1-2.

Kamerstukken II 2005/06, 30 551, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2005/06, 30 551, nr. 4.

Kamerstukken II 2006/07, 30 551, nr. 8-9.

Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 60.

Kamerstukken II 2007/08, 30 551, nr. 22.

Kamerstukken II 2008/09, (bijlage bij) 30 551, nr. 24.

Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 1-2.

Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2011/12, 33 032, nr. 4.

Jurisprudentie

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 26 mei 1994, *NJ* 1995, 247 (Keegan).

Hoge Raad

HR 31 januari 1986, *NJ* 1987, 99.

HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 686 (rekestnummer 8940).

HR 5 september 1997, *AA* 1997, p. 870-875 (rekestnummer 8941).

HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 395.

HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 497.

HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278.

HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386.

HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 584.

Gerechtshoven

Gerechtshof Leeuwarden 3 juni 2010, LJN:BN2078.

Rechtbanken

Rb. Almelo 6 januari 2010, LJN:BL8311.

Rb. 's-Gravenhage 1 februari 2010, LJN:BL2856.

Internetsites

- <http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder>.
- <http://www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/reacties>.
- http://www.ilga-europe.org/home/news/for_media/media_releases/rainbow_europe_map_index_2011_legal_situation_of_lesbian_gay_bisexual_trans_people_in_europe.