



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Gelijke rechten voor paren van gelijk geslacht en de rechten van het kind als derde

de Graaf, C.

Publication date

2008

Document Version

Final published version

Published in

Derden in het privaatrecht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Graaf, C. (2008). Gelijke rechten voor paren van gelijk geslacht en de rechten van het kind als derde. In B. E. Reinhartz, A. E. Oderkerk, T. M. Bos, & D. L. M. T. Dankers-Hagenaars (Eds.), *Derden in het privaatrecht* (pp. 245-270). (Amsterdams Instituut voor Privaatrecht; No. 4). Boom Juridische uitgevers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Gelijke rechten voor paren van gelijk geslacht en de rechten van het kind als derde

*Coby de Graaf**

I Inleiding

In januari 2007 heeft de Tweede Kamer bij motie aangedrongen om aan paren van hetzelfde geslacht dezelfde afstammingsrechten ten aanzien van de binnen hun relatie geboren kinderen toe te kennen als aan paren van verschillend geslacht.¹ Dit voorstel staat niet op zichzelf maar kan worden gezien als een gevolg van het emancipatieproces van homoseksuele paren in de afgelopen vijftien jaar. De markeringspunten in dit proces zullen in deze bijdrage worden toegelicht.

De veranderende kijk op homoseksuele paren kan niet los worden gezien van algemene ontwikkelingen ten aanzien van familie en gezin en de neerslag daarvan op de regeling van het familierecht. In Nederland hebben, evenals in de meeste anderen landen in West Europa, de ideeën over gezin en gezinsleven ingrijpende veranderingen ondergaan. Vormen van samenleven anders dan het huwelijk zijn steeds belangrijker geworden. Deze verandering wordt voor het eerst in wetgeving zichtbaar in een algemene regeling van buitenhuwelijkse vormen van samenleving. Deze algemene regeling van 1998 heeft eveneens belangrijke emancipatoire gevolgen voor paren van hetzelfde geslacht.

In een latere fase van dit proces komt het zwaartepunt in de discussie over de gelijke behandeling van hetero- en homoseksuele paren steeds meer te liggen op de juridische regeling met betrekking tot kinderen, die geboren worden binnen een homoseksuele relatie. Deze ontwikkeling is sterk beïnvloed door het toenemende aantal mogelijkheden op het gebied van kunstmatige inseminatie; een ontwikkeling die het mogelijk maakt voor paren van gelijk geslacht om een gezin te stichten dat veel gelijkenis vertoont met het 'klassieke' gezin, waarin het opvoeden van kinderen een belangrijke rol speelt. Het gevolg hiervan is dat de mogelijkheid voor homoseksuele paren om een 'klassiek' gezin te vormen in die fase gelegaliseerd wordt. Dat vindt in de eerste plaats zijn neerslag in een wijziging van het adoptierecht. Deze wijziging, die werd ingevoerd in 2001, houdt in dat door middel van adoptie afstammingsrechtelijke gevolgen kunnen

* Dr. J.H. de Graaf is universitair docent privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan het Amsterdams Instituut voor Privaatrecht.

¹ *Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 60.*

worden verbonden aan de relatie tussen het kind en de partner van de moeder. In de tweede plaats heeft deze legalisatie tot gevolg gehad dat de mogelijkheden om van rechtswege het ouderlijk gezag te verwerven in 2001 zijn uitgebreid.

De meest recente fase in de legalisatie van het emancipatieproces wordt gevormd door het wetsvoorstel van 2006, waarin wordt voorgesteld om de regeling van adoptie voor homoseksuele paren aanzienlijk te vereenvoudigen.² Dit wetsvoorstel ligt thans, zomer 2008, ter behandeling voor. In het kader van die behandeling is ook opnieuw de discussie geïnitieerd om homoseksuele paren dezelfde afstammingsrechten toe te kennen als heteroseksuele paren. Het vestigen van een afstammingsrechtelijke betrekking tussen de zogenoemde duo-moeder en het kind van haar partner zou niet langer geregeld moeten worden door middel van adoptie maar door een wijziging van het afstammingsrecht. Door een daartoe ingestelde Commissie is onder meer voorgesteld om de partner van de moeder de mogelijkheid te geven het kind te erkennen.

De vergroting van de mogelijkheden voor homoseksuele paren om afstammingsrechtelijke betrekkingen te vestigen, wordt in de voorstellen onder meer gelegitimeerd met een beroep op het 'belang van het kind'. Maar hoe valide is die argumentatie? Geconstateerd lijkt te kunnen worden dat in het proces van gelijkberechtiging van homoseksuele paren de rechten van het kind steeds verder op de achtergrond zijn geraakt. Het politieke debat lijkt te worden gedomineerd door de politieke voorstanders van gelijke behandeling van paren van gelijk geslacht en voorbij te gaan aan de fundamentele rechten van de betrokken kinderen. De vraag kan dan ook worden gesteld of de nadruk op de formele gelijkstelling niet heeft geleid tot een veronachtzaming van de feitelijke ongelijkheden die er tussen paren van gelijk en verschillend geslacht nu eenmaal bestaan, waardoor er te weinig rekening is gehouden met *the differential impact*, die de betrokken regelingen op de situatie van paren van gelijk geslacht hebben.³ Is deze *differential impact* niet te vaak eenzijdig ten laste van het kind gekomen? De vraagstelling in het kader van het onderwerp van deze bijdrage luidt dan ook: hoe kunnen het gelijkheidsbeginsel en de rechten van het kind in een evenwichtiger verhouding tot elkaar komen te staan? Omdat kinderen geen invloed hebben op (de wijze van) hun verwekking, lijkt het te verdedigen dat hun positie als derde door het recht dient te worden beschermd.

In deze bijdrage zal het kader worden geschetst, waarbinnen de rechten van het kind geleidelijk uit het zicht zijn verdwenen. Begonnen wordt in paragraaf II met onder meer een beschrijving van het belang van het kind om te (mogen) beschikken over gegevens omtrent zijn afstamming. Vervolgens wordt in

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

³ R. Platero, 'Love and the state: Gay marriage in Spain', *Feminist Legal Studies* 2007, p. 329-340.

paragraaf III het wetgevingsproces behandeld met de markeringspunten, die in de wetgeving met betrekking tot de gelijkstelling van paren van gelijk geslacht kunnen worden herkend. Hierin wordt een aantal patronen zichtbaar, die de eenzijdige accentuering op de rechten van homoseksuele paren in het debat lijkt te kunnen verklaren. Vervolgens zullen in paragraaf IV de geschetste ontwikkelingen op het gebied van de gelijkberechtiging van homoparen worden beschreven in hun samenhang met de rechten van het kind van een lesbisch paar. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan het voor het kinderrechtendiscours zo belangrijke begrip *parental responsibility* en in het verlengde daarvan aan de internationale feministische discussie over het belang van *an ethics of care*. Paragraaf V bevat een blik over de grens, waar ook het begrip *procreational responsibility* wordt uitgewerkt. Voor deze vergelijking zijn die landen gekozen die aansluiten bij de ontwikkelingen, zoals die thans in Nederland plaatsvinden. Ten slotte volgt in paragraaf VI een conclusie.

II Het recht van het kind om zijn of haar ouders te kennen

1 Inleiding

Het recht van het kind om te weten van wie het afstamt, kan worden onderbouwd door te verwijzen naar enerzijds als filosofisch en sociaal-wetenschappelijk aan te duiden bronnen en anderzijds naar uitgangspunten die aan het (internationale) recht zijn ontleend. Zeker in een samenleving waarin de band tussen biologische/genetische afstamming en juridisch ouderschap losser wordt, is de vraag naar het recht op afstammingsgegevens relevant. Maar eerst wordt in een breder kader ingegaan op het algemene uitgangspunt van aansluiting bij de natuurlijke afstamming. Het recht op afstammingsgegevens sluit hier weliswaar nauw bij aan, maar komt pas aan de orde op het moment dat verbinding tussen biologisch en juridisch ouderschap wordt losgelaten en dit uitgangspunt dus wordt verlaten. In de volgende subparagrafen zal eerst het filosofische en sociaal-wetenschappelijke gezichtspunt worden toegelicht (subparagraaf 2), waarna in subparagraaf 3 de juridische onderbouwing voor deze rechten te respecteren belangen zal worden weergegeven.

2 Het belang van (de kennis omtrent) afstamming vanuit filosofisch en sociaal wetenschappelijk perspectief

Voor een heldere toelichting op de relevantie van het belang van afstamming als zodanig biedt het werk van Pessers belangrijke aanknopingspunten.⁴ Pessers

⁴ D. Pessers, *Verdwaalde seksen. Over spermators, metroseksuelen en autocopien*, Thijmessay, Nijmegen: Valkhof Pers 2003.

bespreekt in het Thijm-essay de belangrijkste ontwikkelingen van de laatste jaren, waarin het klassieke gezin gaandeweg aan betekenis heeft ingeboet en dat veelal ten detrimente van de betrokken kinderen, zoals zij uiteenzet. Het is, volgens Pessers, voor een kind van fundamenteel belang dat het in een traditie geworteld is en in een duidelijk herkenbare afstammingslijn staat met zijn voorouders. Zo stelt zij:

‘De op de individuele keuzevrijheid gebaseerde band tussen de seksen gaat intussen geheel voorbij aan het verlangen van het kind. Dat wil het liefst een juridische afstammingsrelatie met zijn biologische vader. En dat niet alleen. Hij heeft ook het liefst een intensief en liefdevol contact met zijn biologische vader. Waar deze afstammingsrelatie en dit contact afwezig zijn – hoezeer eventueel ook gecompenseerd door een sociale vader – is er voor het kind steeds sprake van een schrijnend gemis. Het nieuwe mensenrecht van het kind op informatie over zijn biologische herkomst – in de literatuur gepresenteerd als een triomf van het kind – is een even schamele als beschamende troost.’⁵

Wordt de verbinding tussen genetische afstamming en juridisch ouderschap verbroken, dan wordt inderdaad de informatie over de biologische herkomst van het kind relevant. Het belang hiervan wordt thans vrijwel algemeen onderkend. Zo vermeldt onder meer Blauwhoff onder verwijzing naar bronnen uit de sociale wetenschap het psychologische belang dat het kind heeft bij kennis over zijn biologische afstamming als belangrijke rechtvaardiging voor het recht op afstammingsgegevens; dit naast het medische belang, zoals ingeval van erfelijke ziekten.⁶ Aansluitend bij dit laatste punt lijkt ook de bepalende rol van genetische factoren voor de persoonlijke ontwikkeling niet uit het oog verloren te moeten worden. In het *nature-nurture* debat lijkt de laatste jaren een duidelijke verschuiving te zien in de richting van het belang van de *nature*-component. Zo stelt Swaab in het kader van het onderwerp ‘Geslachtsidentiteit en sekseverschillen’:

‘Ook genen spelen een rol. Welke dat zijn, weten we niet, maar onderzoek onder tweelingen toont aan dat er bij homoseksualiteit ook sprake is van een genetische factor.’⁷

⁵ Pessers 2003, p. 26 (zie noot 4).

⁶ R.J. Blauwhoff, ‘Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins. Has ‘to know or not to know’ ever been the question’, *Utrecht Law Review* 2008, p. 102.

⁷ D. Swaab, ‘Wij zijn onze hersenen’, in: C. Ex, *Opvoeden wat kun je? Over de ontwikkeling van ouders en kinderen*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2007, p. 18.

3 Het belang van (de kennis omtrent) afstamming vanuit juridisch perspectief

Voor een juridische onderbouwing van het door Pessers toegelichte uitgangspunt van het belang van afstamming als zodanig, kan in de eerste plaats worden verwezen naar het internationale recht. Artikel 7 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK)⁸ bepaalt dat ieder kind het recht heeft om, voor zover mogelijk, ‘zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd’. Uit deze bepaling valt af te leiden dat als uitgangspunt dient te gelden dat het kind bij de biologische ouders opgroeit.⁹ Hier wordt dus niet alleen uitgegaan van de verbinding tussen biologisch en juridisch ouderschap, maar ook van een verbinding van deze beide begrippen met ouderlijk gezag. Ondanks de toevoeging in de tekst van ‘voor zover mogelijk’ wordt ook in Asser/De Boer een brede interpretatie van artikel 7 van het IVRK bepleit. Gesteld wordt:

‘Art. 7 IVRK omvat meer dan het enkele recht om de namen van de ouders te vernemen: de bewoordingen en de mede op het psychisch welzijn van het kind gerichte strekking verzetten zich tegen een zo beperkte uitleg daarvan.’¹⁰

Ook in de internationale adoptiewetgeving komt het grote belang van aansluiting bij de natuurlijke afstamming duidelijk naar voren. Als eerste uitgangspunt geldt hier dat het belang van het kind uitdrukkelijk boven andere belangen dient te worden gesteld. In de toelichting bij de Goedkeuringswet bij het Haags Adoptieverdrag wordt dit als volgt onder woorden gebracht:

‘Waar het om gaat, is een gezin te vinden voor het kind en niet, om een gezin van een kind te voorzien.’¹¹

Tegen de achtergrond van het subsidiariteitsbeginsel wordt vervolgens gesteld dat in de eerste plaats bezien dient te worden of het kind ‘niet in zijn familie van herkomst’ kan blijven. Het subsidiariteitsbeginsel wordt in het in mei 2008 door een commissie (de Commissie-Kalsbeek) uitgebracht deelrapport ‘Alles van waarde is weerloos’ over interlandelijke adoptie nog eens onderstreept onder verwijzing naar het Haags Adoptieverdrag en het IVRK. Gesteld wordt onder meer:

⁸ Verdrag inzake de Rechten van het Kind (Trb. 1990, 46 en 170).

⁹ Zie o.a.: Hof ’s-Hertogenbosch 3 mei 2006, *LJN AX1364* waarin het hof onder meer stelt dat blijkens artikel 7 van het IVRK ‘het kind het recht heeft zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.’

¹⁰ Asser/De Boer 2006, nr. 692.

¹¹ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 810 (R 1577), nr. 3, p. 4.

'Steeds dient de vraag te worden gesteld of interlandelijke adoptie rechtvaardigt dat het kind uit zijn eigen omgeving en cultuur wordt gehaald.'¹²

Het uitgangspunt van aansluiting bij de natuurlijke afstamming als zodanig komt ook tot uitdrukking in het afstammingsrecht. Met de herziening van het afstammingsrecht in 1998 is dit uitgangspunt uitdrukkelijk voorop gesteld. Dat blijkt uit de dan geïntroduceerde mogelijkheden tot ontkenning van het tijdens huwelijk ontstane vaderschap op de grond dat de man niet de biologische vader is van het kind, zoals is bepaald in art. 1:200 BW en ook uit de nieuwe figuur van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, die is geregeld in art. 1:207 BW. Op basis hiervan is het mogelijk het vaderschap van de man te doen vaststellen op de enkele grond dat deze de verwekker is van het kind.

Wordt het uitgangspunt van aansluiting bij de natuurlijke afstamming feitelijk verlaten, dan wordt het recht op kennis over de afstamming relevant. Hiervoor kan in de eerste plaats worden verwezen naar de Wet donorgegevens bij kunstmatige bevruchting, waarin aan dit recht op afstammingsgegevens juridisch vorm is gegeven.¹³ Kinderen die zijn geboren als gevolg van kunstmatige bevruchting, hebben op basis van deze wet niet alleen recht op belangrijke gegevens over de donor maar ook op zijn persoonsidentificerende gegevens. In deze wet wordt het recht van het kind op kennis van zijn of haar afkomst gezien als een fundamenteel – hoewel niet absoluut – persoonlijkheidsrecht. Na een tien jaar durende discussie is aan het recht van het kind op die gegevens in deze wet doorslaggevende betekenis toegekend. Wanneer de donor weigert informatie te geven, dan blijft verstrekking van die gegevens

'uitsluitend achterwege indien, in aanmerking genomen de gevolgen die niet-verstrekking voor de verzoeker zou kunnen hebben, zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet behoort plaats te vinden' (artikel 3, lid 2).

Als de donor niet instemt met het verzoek van het kind, ligt de bewijslast bij hem en niet bij het kind. Deze strikte formulering is bij amendement-Van der Staaij aan de oorspronkelijke wettekst toegevoegd.¹⁴

In de jurisprudentie is een duidelijke uitwerking van het recht op afstammingsgegevens te vinden in het arrest-Valkenhorst. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat het recht van het kind om te weten wie de vader is, prevaleert boven het

¹² Rapport interlandelijke adoptie 'Alles van waarde is weerloos', 29 mei 2008, p. 21.

¹³ Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Stb. 2002, 240); Besluit van 11 augustus 2003, houdende bepaling van de gegevens en bescheiden als bedoeld in art. 2 lid 1, onderscheidenlijk art. 3 lid 8, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting [AMvB] (Stb. 2003, 320).

¹⁴ Kamerstukken II 2000/01, 23 207, nr. 24.

belang van de moeder. Een belangrijk argument vormde de overweging dat de moeder mede verantwoordelijk draagt voor het bestaan van het kind.¹⁵

In het kader van internationale jurisprudentie met betrekking tot het recht op afstammingsgegevens mag artikel 8 EVRM niet onvermeld blijven. Zo heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens onder verwijzing naar dit artikel een belangrijke uitspraak gedaan in de *Gaskin-case*. Bijzonder in deze zaak was dat het ging om een verzoek om gegevens uit de kindertijd van Gaskin, die hij voor een groot deel had doorgebracht in instellingen van jeugdzorg. Ook in deze situatie achtte het Hof het verzoek van het kind om over de gegevens te beschikken, die de *Liverpool City Council* als beheerder van de instelling had verzameld, gerechtvaardigd. Het Hof stelt onder meer:

*'In the Court's opinion, persons in the situation of the applicant have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to know and to understand their childhood and early development.'*¹⁶

Voor een meer recente uitspraak kan worden verwezen naar de *Jäggi-case*. Opmerkelijk is hier de leeftijd, die Jäggi had op het moment dat de klacht over de schending van artikel 8 EVRM speelde. Het Hof oordeelt dat Jäggi ongeacht zijn leeftijd – hij is dan 67 jaar – recht heeft op gegevens over zijn biologische afstamming van zijn vader. Gesteld wordt:

*'Although it is true that, as the Federal Court observed in its judgment, the applicant, now aged 67, has been able to develop his personality even in the absence of certainty as to the identity of his biological father, it must be admitted that an individual's interest in discovering his parentage does not disappear with age, quite the reverse.'*¹⁷

Na de boven beschreven uitgangspunten en de juridische vormgeving van het algemene recht van het kind om zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd en van het bijzondere recht op afstammingsgegevens, zal worden onderzocht in hoeverre deze uitgangspunten een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van wetgeving met betrekking tot de gelijkstelling van paren van gelijk geslacht.

¹⁵ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, r.o. 3.4.3.

¹⁶ *Gaskin v United Kingdom*, ECHR 7 juli 1989, publications ECHR series A vol. 160.

¹⁷ *Jäggi v Switzerland*, ECHR 13 juli 2006, application no. 58757/00, onder no. 40. Zie voor overzicht van de uitspraken van het Europese Hof over het recht op afstammingsgegevens: Blauwhoff 2008, p. 105-112 (zie noot 6).

III Wetgeving in Nederland

1 Inleiding

In deze paragraaf zal de totstandkoming van de wetgeving met betrekking tot de gelijkstelling van paren van gelijk geslacht aan heteroparen worden behandeld. Hierin lijkt zich een aantal patronen af te tekenen, die de ontstane eenzijdige benadering kunnen verklaren. De periode, waarin de wetgeving terzake tot stand kwam, is in deze paragraaf verdeeld in drie fasen. Eerst komt een fase van gelijkstelling tussen gehuwde en ongehuwde paren in meer algemene zin (subparagraaf 2). Vervolgens vindt in fase twee een verbijzondering plaats in de wetgeving, die zich dan vooral richt op paren van hetzelfde geslacht (subparagraaf 3). Deze tendens wordt ten slotte voortgezet in de derde fase met voorstellen tot onder meer de invoering van de figuur van erkenning door de duo-moeder (subparagraaf 4).

2 De eerste fase

In deze eerste fase vallen de wettelijke regelingen ten aanzien van heteroparen en die welke in het bijzonder betrekking hebben op paren van gelijk geslacht samen. Centraal staat de bescherming van het effectief gezinsleven. Dat leidt er onder meer toe dat de verbinding tussen afstamming en gezag wordt los gelaten. In deze fase gaat het in het bijzonder om de juridische gelijkstelling van getrouwde en ongetrouwde paren, een ontwikkeling die dan synchroon loopt met het emancipatieproces van homoseksuele paren, welke in de tweede fase centraal komt te staan (zie hieronder in subparagraaf 3). Deze eerste fase mondt uit in een compleet vernieuwd familierecht, dat van kracht werd in 1998, waarvan drie elementen die daarin zijn gecodificeerd in dit kader van belang zijn, te weten het gezamenlijk gezag van een ouder met een ander dan een ouder (subparagraaf 2.1), de mogelijkheid van eenpersoonsadoptie (subparagraaf 2.2) en het geregistreerd partnerschap (subparagraaf 2.3).

2.1 Ouderlijk gezag

Ten aanzien van de belangrijke wijziging van de regeling van het ouderlijk gezag kwam voorafgaande aan de algehele herziening van het familierecht in 1998 al in 1995 een vorm van gelijkstelling van getrouwde en ongetrouwde paren tot stand. De wettelijke regeling met betrekking tot de nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen (1995),¹⁸ verbreedde de mogelijkheden voor gezamenlijk gezag aanzienlijk. Gezamenlijk gezag werd

¹⁸ Wet van 6 december 1995 (*Stb.* 1995, 592).

niet alleen tijdens, maar nu ook na én buiten het huwelijk mogelijk. Met deze wettelijke regeling werd datgene gecodificeerd hetgeen reeds tien jaar praktijk was op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad, die zich in zijn uitspraken baseerde op artikel 8 van het EVRM.¹⁹ Met deze beslissingen van de Hoge Raad werden de eerste stappen gezet in een proces waarbij de dominante positie van het huwelijk als enige wettelijke vorm van samenleving werd losgelaten. De term 'lentebeschikkingen' waarmee deze beslissingen wel zijn aangeduid, lijkt goed te passen bij de richting die toen ingeslagen werd. Deze beschikkingen werden niet alleen in de lente genomen, maar luidden ook een nieuw begin in op het terrein van het familierecht. De exclusieve verbinding tussen huwelijk en gezag werd eerst in de jurisprudentie en in 1995 ook in de wetgeving verbroken, een ontwikkeling die zal blijken met name voor paren van gelijk geslacht verstrekkende gevolgen te hebben.

De regeling van gezamenlijk ouderlijk gezag is met de herziening van het familierecht in 1998 aangepast en verder verbreed. De nieuwe regeling introduceerde de figuur van het gezamenlijk gezag, waarbij het gezamenlijk gezag kon worden uitgeoefend door een ouder, samen met een andere persoon dan de andere ouder van het kind.²⁰ Op basis van deze regeling, verwoord in art. 1:253t BW, kan een ouder het gezag over zijn of haar kinderen uitoefenen, samen met zijn of haar partner. De achterliggende gedachte is dat effectief familie- en gezinsleven juridisch zoveel mogelijk beschermd dient te worden:

'Uitgangspunt (...) is dat in het belang van het kind effectief familie- en gezinsleven, ook als dat niet het traditionele gezin betreft, adequate juridische bescherming verdient, wanneer de personen die het betreft in een bestendige relatie een kind verzorgen en opvoeden.'²¹

Personen die in aanmerking komen voor de bescherming die deze regeling biedt, zijn diegenen die niet de ouder zijn van het kind, maar wel in een 'nauwe persoonlijke betrekking' tot het kind staan. Deze juridische constructie is niet alleen bedoeld voor situaties, waarin een ouder een nieuwe relatie aangaat met een partner van het andere geslacht, maar ook voor situaties waarin het kind opgroeit onder de verantwoordelijkheid van twee personen van hetzelfde geslacht. Ook in deze gevallen is het mogelijk een gezagsrelatie te vestigen tussen het kind en de partner van de ouder. De nieuwe regeling betekende een belangrijke stap in de richting van gelijke behandeling van zowel getrouwde en ongetrouwde paren, als van hetero- en homoseksuele paren.

¹⁹ HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 519 en HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585-589. Zie ook: J.H. de Graaf, 'De modernisering van het ouderlijk gezag', *Advocatenblad* 2003, p. 792-794.

²⁰ *Kamerstukken II* 1993/94-1996/97, 23 714.

²¹ *Kamerstukken II* 1994/95, 22 700, nr. 5, p. 3.

2.2 Adoptie

Naast de regeling betreffende het gezamenlijk gezag had ook de herziene adoptiewetgeving een belangrijk emancipatoir effect, zowel op de positie van getrouwde en ongetrouwde heteroseksuele paren als op de positie van homoseksuele paren. Deze wijziging maakte eveneens onderdeel uit van de herziening van het familierecht in 1998. Een belangrijk verschil met de oude regeling is, dat het volgens de herziene regeling ook mogelijk is voor een alleenstaande ouder om een kind te adopteren. Met andere woorden: ook eenpersoonsadoptie wordt mogelijk. Hoewel in het nadien opnieuw gewijzigde eerste lid van artikel 1:227 BW werd bepaald dat de adoptiefouders van verschillend geslacht dienen te zijn, wordt in de Memorie van Toelichting bij het desbetreffende wetsontwerp uitdrukkelijk gesteld dat de aard van de leefsituatie van de aspirant adoptief ouder geen aparte toetsingsmaatstaf mag zijn.²² Het feit dat de aanstaande adoptieouder samenleeft met een persoon van hetzelfde geslacht, zou hier dus geen rol mogen spelen.

In een later stadium van het emancipatieproces dat meer gericht is op gelijke rechten voor homoseksuele paren, is deze regeling, zoals hierna in de volgende fasen aan de orde zal komen, verder uitgebreid en biedt dan de mogelijkheid voor *paren* van gelijk geslacht om een kind te adopteren, zij het dat deze regeling (nog) niet van toepassing is op adoptie van kinderen uit het buitenland.²³

Bij de bespreking van de voorstellen terzake in de derde fase zal blijken dat de stelling dat de leefsituatie van de adoptiefouder geen rol mag spelen bij een plaatsing van een kind, zal leiden tot het voorstel dat adoptie door paren van gelijk geslacht ook mogelijk zou moeten zijn bij buitenlandse adoptiekinderen.

2.3 Geregistreerd partnerschap

Een derde belangrijke stap in de ontwikkeling van de erkenning van homoseksuele paren vormde de wettelijke regeling die het voor homoseksuele paren mogelijk maakte om 'publiekelijk tot uitdrukking te brengen dat zij voor elkaar een duurzame verantwoordelijkheid op zich willen nemen.'²⁴ Deze regeling trad gelijktijdig in werking met de regeling betreffende het gezamenlijk gezag op 1 januari 1998.²⁵

Op de totstandkoming van deze wet heeft de Ministeriële 'Notitie inzake leefvormen in het familierecht' uit 1995 belangrijke invloed gehad.²⁶ In de

²² *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 3, p. 13.

²³ Wet van 1 april 2001 (*Stb.* 2001, 10).

²⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 761, nr. 3, p. 5.

²⁵ *Stb.* 1997, 324.

²⁶ *Kamerstukken II* 1994/95, 22 700, nr. 5.

notitie wordt een aantal gebieden in het familierecht uitgebreid geanalyseerd. Op basis van het centraal gestelde uitgangspunt van de bescherming van het 'effectieve gezinsleven', wordt in de notitie geconstateerd dat een aanzienlijk deel van de Nederlandse bevolking niet langer binnen een huwelijk samenleeft. Het huidige familierecht met zijn nadruk op het huwelijk moet beter gaan aansluiten bij de werkelijke situatie in de maatschappij. Het voorstel voor partnerregistratie, dat in een eerdere versie uitsluitend van toepassing was op personen die niet kunnen trouwen (homo- en lesbische paren dus), wordt nu tevens opengesteld voor paren die wel een huwelijk kunnen sluiten maar de juridische vorm van samenleven verkiezen boven een huwelijk. Volgens de uiteindelijke regeling betreffende het geregistreerd partnerschap heeft een geregistreerde partner, op een enkele uitzondering na, dezelfde rechten als een gehuwde partner op het terrein van het huwelijksvermogensrecht, het alimentatierecht en het erfrecht. Artikel 1:80b BW bepaalt dat de titels zes, zeven en acht van Boek 1 BW op een geregistreerd partnerschap van overeenkomstige toepassing zijn. Dat betekent dat er tussen geregistreerde partners, evenals tussen gehuwden, een wettelijke gemeenschap van goederen ontstaat, tenzij zij hiervan, evenals gehuwden dat kunnen doen, bij 'partnerschaps'-voorwaarden afwijken. Tijdens de behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer werd hierover getwijfeld: was er geen behoefte aan een minder verstrekkende regeling dan het huwelijk? Zou het niet beter zijn om het systeem van gescheiden vermogens te volgen in het geval van een geregistreerd partnerschap?²⁷

Partnerregistratie heeft alleen betrekking op de wettelijke regeling tussen de partners onderling. Zij geeft geen regels met betrekking tot de juridische relatie met de kinderen van de partner. Paren kunnen wél zoals hiervoor al is aangegeven – en dat geldt zowel voor paren van verschillend, als voor die van hetzelfde geslacht – gezamenlijk gezag krijgen. Het gebrek aan een regeling die de relatie tussen kind en partner van de moeder vastlegt, speelt de hoofdrol in de tweede en in de laatste fase van het emancipatieproces van homoseksuele paren.

3 De tweede fase

In de tweede fase in het emancipatieproces van paren van gelijk geslacht worden maatregelen genomen, die specifiek zijn gericht op de gelijkberechtiging van homoseksuele paren. Dan wordt ook voor het eerst het argument van het recht op gelijke behandeling van paren van gelijk geslacht gehanteerd. Bij de in deze fase bepleite en naderhand getroffen maatregelen valt een benadering te constateren, waarin het klassieke huwelijk als ordenend instituut weer een belangrijke plaats krijgt. Dat betekent dat teruggekomen wordt op het uitgangspunt van de gelijkstelling van niet-huwelijkse samenlevingsvormen aan het huwelijk, zoals

²⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 23 761, nr. 6, p. 18.

dat in de 'Notitie leefvormen in het familierecht' uit 1995 centraal werd gesteld. De verbinding tussen afstamming en gezag wordt in deze fase in feite hersteld.

Aan de basis van de ontwikkelingen in de tweede fase van dit emancipatieproces staan de aanbevelingen van de Commissie-Kortmann.²⁸ Deze Commissie is op 25 juni 1996 ingesteld naar aanleiding van twee moties van de Tweede Kamer van april 1996, waarin werd aangedrongen op een meer omvattende regelgeving met betrekking tot de gelijke behandeling van homo- en heteroseksuele paren.²⁹

De Tweede Kamer uitte daarin haar wens om het wettelijk huwelijksverbod voor mensen van gelijk geslacht op te heffen, alsmede in het kennelijk belang van het kind, de mogelijkheid te bieden voor paren van gelijk geslacht om een kind te adopteren. De Commissie publiceerde haar aanbevelingen in oktober 1997.

De Commissie was met betrekking tot de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht in meerderheid (vijf tegen drie) dezelfde mening toegedaan als de Tweede Kamer. De Commissie wilde in een regeling terzake echter geen ouderschapsrechten aan deze paren toekennen. Dat zou volgens de Commissie een te grote afstand teweeg brengen tussen de werkelijkheid (er is geen sprake van afstamming) en het recht (er is een wettelijke familieband). De Commissie stelde voor om een nieuwe variant van het huwelijk te introduceren, waaraan dezelfde rechten als aan het geregistreerd partnerschap zijn verbonden, maar die wel de naam 'huwelijk' heeft. De regeling van het geregistreerd partnerschap zou hiermee overbodig worden en kunnen komen te vervallen.

Deze aanbevelingen van de Commissie-Kortmann hebben verstrekkende gevolgen gehad, aangezien zij na een aanvankelijk negatieve reactie van de dan zittende regering onder een nieuwe regering alle in wettelijke bepalingen zijn getransformeerd. Naar aanleiding van deze aanbevelingen zijn de hierna volgende drie wettelijke regelingen ingevoerd (zie subparagrafen 3.1, 3.2 en 3.3).

De Commissie deed verder de aanbeveling om – in het belang van het kind dat wordt geboren en/of opgevoed binnen een relatie van personen van gelijk geslacht – tegemoet te komen aan het gerechtvaardigde verlangen om het kind wettelijke bescherming toe te kennen. Op basis hiervan zou het gezamenlijk ouderlijk gezag van rechtswege moeten intreden en voor deze gevallen zou ook de mogelijkheid tot adoptie moeten worden geïntroduceerd, zij het met de grootste voorzichtigheid.

²⁸ Rapport van de Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht onder voorzitterschap van Kortmann (Rapport van de Commissie-Kortmann), 's-Gravenhage oktober 1997.

²⁹ Kamerstukken II 1996/97, 22 700, nrs. 14 en 18.

3.1 Wet openstelling huwelijk

Het rapport van de Commissie-Kortmann heeft in de eerste plaats geleid tot de Wet Openstelling Huwelijk, die op 1 april 2001 in werking is getreden.³⁰ De overwegingen die aan de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht ten grondslag liggen, zijn evenals de argumenten tegen een dergelijke regeling terug te vinden in het rapport van de Commissie-Kortmann.³¹ De regering verwijst voor de rechtvaardiging van de openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht naar artikel 1 van de Grondwet, het non-discriminatiebeginsel. Gesteld wordt in de Memorie van Toelichting:

'De eis dat de huwelijkspartners van verschillend geslacht zijn, wordt gezien als een vorm van onderscheid naar geslacht en homoseksuele gerichtheid, waarvoor geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat.'³²

De vraag kan worden gesteld waarom het na de invoering van het geregistreerd partnerschap op 1 januari 1998, noodzakelijk werd geacht om tot invoering van deze vorm van huwelijk over te gaan. De toegevoegde waarde van het homohuwelijk lijkt gering, daar deze regeling slechts op zeer ondergeschikte punten afwijkt van het geregistreerd partnerschap.

Evenmin als bij het geregistreerd partnerschap is er in deze wet een regeling opgenomen die voorziet in het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en de partner van de ouder. Indien de mogelijkheid tot het geregistreerd partnerschap dit homohuwelijk niet overbodig zou maken, kan men zich afvragen of omgekeerd de regeling van het homohuwelijk niet zou moeten leiden tot intrekking van de mogelijkheid een geregistreerd partnerschap – hetero dan wel homo – aan te gaan. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel wordt duidelijk dat de regering in tegenstelling tot de Commissie-Kortmann de conclusie dat het geregistreerd partnerschap overbodig zou zijn, niet wil trekken.³³ Volgens de regering is er behoefte aan een op het huwelijk gelijkend instituut, dat vrij is van de aan het huwelijk verbonden symboliek en zijn het met name paren van verschillend geslacht die gebruik blijken te maken van deze regeling.³⁴ Boele-Woelki vermeldt over 2001 een percentage van 88% van de

³⁰ *Stb.* 2001, 9.

³¹ Rapport van de Commissie-Kortmann, p. 35. Zie voor een overzicht van de standpunten voor en tegen de openstelling van het huwelijk ook: Asser/De Boer 2006, p. 121 en 122. Tegen de openstelling wordt ingebracht dat het hier niet gaat om gelijke gevallen. Uit objectieve biologische verschillen vloeit voort dat uit een huwelijk van paren van gelijk geslacht geen kinderen geboren kunnen worden en het homohuwelijk dus niet met een heterohuwelijk, waaraan per definitie afstammingsrechtelijke gevolgen worden verbonden, op één lijn kan worden gesteld.

³² *Kamerstukken II* 1998/99, 26 672, nr. 3, p. 2.

³³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 672, nr. 3.

³⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 672, nr. 3, p. 6.

geregistreerde partnerschappen, die door personen van verschillend geslacht zouden zijn aangegaan. Zij wijst er echter op dat waarschijnlijk de meeste van deze paren hun huwelijk hebben laten omzetten in een geregistreerd partnerschap om zo tot een flitsscheiding te kunnen komen.³⁵

3.2 Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht

De tweede wettelijke regeling, die in werking trad als vervolg op de voorstellen van de Commissie-Kortmann, was de Wet betreffende adoptie door personen van hetzelfde geslacht. Deze werd eveneens van kracht op 1 april 2001.³⁶ Adoptie werd wenselijk geacht, omdat er aan een huwelijk tussen paren van gelijk geslacht geen afstammingsrechtelijke betrekkingen zijn verbonden ten aanzien van de kinderen van deze paren. Adoptie door paren van gelijk geslacht vormt daarom een noodzakelijke aanvulling op de Wet Openstelling Huwelijk. Adoptie zou hier de aangewezen rechtsfiguur zijn omdat als gevolg van het door de adoptie ontstaan van afstammingsrechtelijke betrekkingen het kind tevens lid wordt van de familie van de co-ouder. Dit is niet het geval bij ouderlijk gezag. Een ander verschil met ouderlijk gezag is dat een afstammingsrechtelijke betrekking blijvende gevolgen heeft en gezag niet.

Het centrale adoptiecriteria, namelijk het belang van het kind, wordt voor deze specifieke situaties aangevuld met een nieuw criterium. Hiertoe wordt aan artikel 1:227 BW een lid 3 toegevoegd dat inhoudt dat:

‘redelijkerwijs te voorzien is dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft.’

De vraag is echter hoe dit beoordeeld dient te worden. De formulering refereert aan situaties waarin het kind wordt geboren binnen de relatie van twee vrouwen. In situaties waarin de donor een vriend of bekende is van de vrouw en op basis van art. 8 EVRM het recht op *family life* claimt, zal hieraan niet zonder meer voorbij gegaan kunnen worden. Een indicatie van deze strekking is in de jurisprudentie duidelijk te herkennen. Zo werd in een uitspraak van de Hoge Raad van 21 april 2006 beslist dat het hof terecht had geoordeeld:

‘dat deze beide omstandigheden tezamen – biologisch vaderschap en *family life* van de man met de dochter – meebrengen dat de man ouder is in de zin

³⁵ K. Boele-Woelki, ‘Registered partnership and same-sex marriage in the Netherlands’, in: K. Boele-Woelki & A. Fuchs (eds.), *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 51.

³⁶ *Stb.* 2001, 10.

van art. 1:227 lid 3 BW en hij derhalve het door art. 798 Rv. vereiste rechtstreekse belang heeft bij zijn verzet tegen adoptie.³⁷

In een recente uitspraak van de Hoge Raad is zelfs uitgemaakt dat de bescherming van een potentiële relatie onder de werking van art. 8 EVRM valt. In deze zaak werd op basis van de contacten die de (bekende) donor met de moeder had, tot het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking – het vereiste dat uit art. 8 EVRM voortvloeit – geconcludeerd.³⁸

3.3 Wet gezamenlijk gezag over kinderen binnen het geregistreerd partnerschap

Een derde voorstel dat een direct gevolg is van het rapport van de Commissie-Kortmann heeft geresulteerd in de wet van 4 oktober 2001, waarbij van rechtswege gezamenlijk gezag wordt verkregen over kinderen die binnen een geregistreerd partnerschap worden geboren.³⁹ Op basis van artikel 1:253sa BW verkrijgen een ouder en zijn of haar partner – van verschillend of gelijk geslacht – van rechtswege het gezamenlijk gezag over een kind dat ten tijde van het geregistreerde partnerschap wordt geboren. Voor partners, die beiden ouder zijn en die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, geldt artikel 1:253aa BW. Verondersteld wordt dat hiermee het belang van het kind wordt gediend. Vermeden zou moeten worden dat het kind in een gezagsvacuüm valt.⁴⁰ Of dit een argumentatie is vanuit het perspectief van het belang van het kind, valt mijns inziens te betwijfelen.

4 De derde fase

In de laatste fase van het proces van gelijkberechtiging zet de tendens zich voort om de verbinding tussen afstamming en juridisch ouderschap los te laten. De voorstellen die thans, zomer 2008, voorliggen zijn ingegeven door de wens om tot een zo volledig mogelijke gelijkstelling te komen tussen paren van gelijk en van verschillend geslacht.⁴¹ Ook paren van gelijk geslacht zouden kinderen uit het buitenland moeten kunnen adopteren en de vrouwelijke partner van de

³⁷ HR 21 april 2007, *NJ* 2006, 584 m.nt. JdB.

³⁸ HR 30 november 2007, *LJN* BB9094. Zie ook de bespreking van A.J.M. Nuytinck, ‘Het omgangsrecht van de spermadonor’, *Ars Aequi* 2008, p. 132 e.v.

³⁹ *Stb.* 2001, 468.

⁴⁰ Op dit moment (zomer 2008) ligt een wetsvoorstel voor waarin de tekst van art. 1:253aa en 1:253sa wordt verduidelijkt: de ouder en de geregistreerde partner moeten een en dezelfde persoon zijn. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 353, nr. 3.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551. De voorgestelde wijzigingen zijn een gevolg van de discussie, die tussen de Minister van Justitie en de Tweede Kamer werd gevoerd naar aanleiding van het Wetsvoorstel Conflictenrecht Adoptie (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 457).

moeder zou op een juridisch minder gecompliceerde manier dan nu het geval is, juridisch ouder moeten kunnen worden van het kind van haar vriendin, de moeder van het kind. Voor beide situaties wordt een wijziging van de adoptiewetgeving voorgesteld. Maar de voorstellen gaan verder, weliswaar niet van regeringswege maar wel in het rapport 'Lesbisch ouderschap' van de van regeringswege ingestelde Commissie-Kalsbeek.⁴² Deze Commissie stelt onder meer voor om ter verkrijging van juridisch ouderschap van de duo-moeder aan te sluiten bij het klassieke instrument van de erkenning.⁴³ Het betekent dat wordt voorgesteld om ter verkrijging van juridisch ouderschap niet langer aan te sluiten bij het adoptierecht, maar bij het afstammingsrecht. Het leidend beginsel van het afstammingsrecht, namelijk de aansluiting bij de natuurlijke afstamming, wordt hiermee verlaten. De drie voorstellen, die onder de drie hiernavolgende kopjes worden besproken, liggen alle nog ter behandeling voor. De twee wetsvoorstellen zijn thans, zomer 2008, in behandeling bij de Eerste Kamer.

4.1 Voorstel tot wijziging van de Wet opneming buitenlandse kinderen

Voor wat betreft de adoptie van een uit het buitenland afkomstig kind door paren van gelijk geslacht, wordt voorgesteld om artikel 1 van de Wet opneming buitenlandse kinderen (Wobka) te wijzigen. Met een beroep op de wenselijk geachte gelijkstelling besluit de Minister hiertoe, ondanks de negatieve uitslag van een terzake verricht onderzoek inzake medewerking van het buitenland. Bij 25 landen – waarvan 14 landen reageerden – werd navraag gedaan naar de bereidwilligheid om mee te werken aan interlandelijke adoptie door homoparen. De algemene reactie was negatief.⁴⁴ Het openstellen van de mogelijkheid van adoptie door paren van gelijk geslacht zou echter anderzijds in het algemeen de samenwerking ook niet negatief beïnvloeden.⁴⁵

Van doorslaggevende betekenis voor het standpunt van de Minister, lijkt echter de bijdrage aan het debat van De Pater-Van der Meer te zijn geweest. Zij brengt naar voren dat 'de huidige rechtsongelijkheid geen aantoonbare functie meer heeft'. Adoptie door homoparen is feitelijk immers al mogelijk door middel van een eenpersoonsadoptie, gevolgd door een stiefouderadoptie, de zogenoemde U-bochtconstructie.⁴⁶ Deze constructie vindt zijn oorzaak in de mogelijkheid van eenpersoonsadoptie, die zoals eerder werd besproken, uitdrukkelijk werd losgekoppeld van de leefsituatie van de adoptant.

⁴² Rapport Lesbisch Ouderschap, 31 oktober 2007.

⁴³ In het Nederlandse recht is erkenning geen waarheidshandeling, maar een rechtshandeling.

⁴⁴ Kamerstukken II 2004/05, 28 457, nr. 20, p. 8.

⁴⁵ Kamerstukken II 2004/05, 28 457, nr. 20, p. 8.

⁴⁶ Kamerstukken II 2004/05, 28 457 en 26 672, nr. 22, p. 4.

4.2 Voorstel tot vereenvoudiging van de adoptieprocedure

Voor het vestigen van juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder stelt de minister voor om de adoptieprocedure te vereenvoudigen.

Hiermee wordt 'voor de duo-moeder een gelijkwaardige situatie gecreëerd als de erkenning', aldus de Minister.⁴⁷ Van een erkenning door de duo-moeder is de Minister geen voorstander. In situaties als deze is altijd een derde betrokken en deze mag naar zijn mening niet zonder rechterlijke toets buiten spel gezet worden.⁴⁸

De voorgestelde wijzigingen betreffen in de eerste plaats de verkorting van de verzorgingstermijn bij een eenouderadoptie van drie naar één jaar (art. 1:228, eerste lid, onder f, BW). Deze termijn wordt daarmee even lang als bij een tweepersoonsadoptie. In de tweede plaats wordt voorgesteld de termijn van samenwoning van drie jaar in art. 1:227, tweede lid, tweede zin, BW te schrappen. Adoptie door de vrouwelijke partner van de moeder kan zo reeds ten tijde van de geboorte plaatsvinden.⁴⁹

Zowel in de voorbereidende fase van het wetsvoorstel als bij de behandeling in de Tweede Kamer wordt op het voorstel tot vereenvoudiging van de adoptieprocedure fundamentele kritiek geuit. In de voorbereidende fase blijkt dit onder meer uit het zeer kritische advies van de Raad van State. De Raad zegt geen voorstander te zijn van het oprekken van de figuur van de adoptie. Adoptie is een kindbeschermingsmaatregel en is niet bedoeld om ouderschap te creëren ten behoeve van de lesbische duo-moeder. De Raad is hier voorstander van een aan de erkenning gelijkwaardige rechtsfiguur.⁵⁰ Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer blijkt deze fundamentele kritiek uit de aanneming van de motie-Pechtold c.s., die tot versterking moet leiden van de rechtspositie van de duo-moeder.⁵¹ In de motie wordt voorgesteld om de duo-moeder van rechtswege het ouderschap toe te kennen en in het geval er geen sprake is van een huwelijk de mogelijkheid van erkenning te openen.

Hoe gevoelig in deze discussie het gelijkheidsbeginsel ligt, blijkt uit de argumentatie voor de afwijzing van de figuur van erkenning door de duo-moeder. Gesteld wordt dat de in de motie voorgestelde wijze van verkrijgen van ouderschap niet de enige manier is om recht te doen aan het gelijkheidsbeginsel. Ook in het wetsvoorstel, zoals het thans voorligt, wordt aan dit beginsel inhoud gegeven, zo wordt door de Minister gesteld. De vraag of hier wel sprake is van

⁴⁷ Kamerstukken II 2004/05, 28 457 en 26 672, nr. 22, p. 8.

⁴⁸ Dat werd toegelicht in een brief in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel inzake de openstelling van het huwelijk en de adoptie door personen van hetzelfde geslacht (Kamerstukken II 1999/00, 26 672 en 26 673).

⁴⁹ Kamerstukken II 2004/05, 28 457 en 26 672, nr. 23, p. 2.

⁵⁰ Advies RvS, 25 september 2006, p. 4.

⁵¹ Kamerstukken II 2006/07 VI, 30 800, nr. 60.

strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel wordt niet aan de orde gesteld. En dat zou gezien de feitelijke ongelijkheid tussen paren van gelijk en verschillend geslacht wel voor de hand hebben gelegen. In een evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en Wet geregistreerd partnerschap wordt de vraag of bij een afwijkende regeling voor lesbische paren wel sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel vooralsnog ontkennend beantwoord. Door de betrokkenheid van een derde ontstaat niet zonder meer een gelijke situatie als bij een paar van verschillend geslacht, zo wordt hier gesteld.⁵²

4.3 Voorstellen van de Commissie-Kalsbeek

De Minister wil (dus) geen uitvoering geven aan de motie en besluit tot instelling van de Commissie Kalsbeek, die als deelopdracht meekreeg:

‘...te bezien op welke andere wijze dan door adoptie – zoals uitgangspunt in het wetsvoorstel adoptie door homoparen (30551) – 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 de betrokken personen, ook dat van het kind, alsmede de tijd en de kosten van de procedure daarbij in aanmerking nemend.’⁵³

Bij de uitwerking van deze vraagstelling hanteert de Commissie twee uitgangspunten: het belang van het kind en het gelijkheidsbeginsel. Als zwaarwegend belang van het kind beschouwt de Commissie het gebaat zijn bij een stabiele opvoedings- en verzorgingsrelatie. Wat dat aangaat zal dit belang dan ook vaak samenvallen met de belangen van de verzorgers en opvoeders van het kind, aldus de Commissie. De Commissie kiest hiermee voor het sociaal ouderschap en verlaat de benadering die uitgaat van biologisch ouderschap. Tegen die achtergrond zou verwacht hebben mogen worden dat op het recht van het kind om te weten wie zijn biologische ouder is, uitvoerig zou zijn ingegaan. Dat is helaas niet het geval. De Commissie stelt weliswaar de vraag aan de orde naar de relatie tussen de mogelijkheid van een erkenning door de meemoeder en het recht op afstammingsgegevens, maar doet dit slechts beperkt. In beginsel hebben kinderen dit recht, aldus de Commissie. De Commissie verwijst hier naar de Wet donorgegevens bij kunstmatige donorinseminatie, die kinderen vanaf 16 jaar de mogelijkheid biedt de identiteit van de donor te achterhalen. Met het oog hierop verplicht de wet instellingen of behandelaars om de donorgegevens te registreren. Dat betekent dus dat alleen kinderen, van wie de moeder in een

⁵² K. Boele-Woelki e.a., *Huwelijk of Geregistreerd Partnerschap? Een evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap*, Utrecht: Universiteit Utrecht, Molengraaff Instituut Rechtsgeleerdheid/WODC 2006, p. 226.

⁵³ Rapport Lesbisch Ouderschap, 31 oktober 2007, p. 13-14.

instelling is geïnsemineerd, recht hebben op afstammingsgegevens. Met een beroep op het gelijkheidsbeginsel oordeelt de Commissie het niet gerechtvaardigd om alleen voor lesbische paren een verplichting te introduceren om de identiteit van de biologische vader te laten vastleggen. Deze verplichting geldt immers ook niet voor heteroseksuele paren. Op de vraag of dan niet voor alle juridische ouders, die niet tevens biologisch ouder zijn van het kind, een verplichting zou moeten gaan gelden, wil de Commissie niet ingaan, omdat dit de reikwijdte van de opdracht te buiten gaat.⁵⁴ Een verwijzing naar het Valkenhorst-arrest, dat juist ziet op situaties als deze, wordt hier node gemist.⁵⁵ In dit arrest werden de belangen van de moeder en die van het kind tegen elkaar afgewogen, waarbij werd beslist dat het recht van het kind om te weten door wie het is verwekt, prevaleerde boven het recht van de moeder om dit tegenover haar kind verborgen te houden.

Evenals destijds bij de Commissie-Kortmann, komt ook deze Commissie tot aanbevelingen, die geheel in lijn liggen met de inhoud van de motie van Pechtold c.s. De Commissie komt tot het advies dat het in ieder geval mogelijk moet zijn dat de vrouwelijke partner van de moeder het kind erkent. Bij gehuwde lesbische paren zou zelfs aan twee mogelijkheden gedacht kunnen worden: aan een erkenning of ouderschap van rechtswege, zij het dat deze laatste mogelijkheid een rechtspolitieke keuze is, die niet door de Commissie kan worden gemaakt maar door de wetgever moet worden gemaakt.⁵⁶ Mocht deze keuze op politiek niveau evenwel worden gemaakt,⁵⁷ dan is de Commissie van mening dat in ieder geval moet worden geregistreerd wie de barendende moeder is en wie de verzorgende.

De Commissie vindt het niet wenselijk aan te sluiten bij systemen zoals bijvoorbeeld het Zweedse waarin een bijzondere vorm van erkenning is geïntroduceerd. De introductie van een nieuwe rechtsfiguur, die afwijkt van een erkenning ‘heeft het risico dat lesbische paren die regeling zullen ervaren als een tweederangs optie’. De Commissie verwijst in dit verband naar de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, naast de reeds bestaande mogelijkheid van het geregistreerde partnerschap:

⁵⁴ Rapport Lesbisch Ouderschap, 31 oktober 2007, p. 29-30.

⁵⁵ HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608.

⁵⁶ Rapport Lesbisch Ouderschap, 31 oktober 2007, p. 9.

⁵⁷ In de fase van afronding van deze bijdrage heeft de Minister van Justitie bij brief van 12 augustus 2008 (kenmerk 5555239/08/6) de Tweede Kamer meegedeeld dat het kabinet besloten heeft om de adviezen van de Commissie-Kalsbeek in hoofdlijnen uit te voeren. Gezien de tijd die gemoeid is met het opstellen van een nieuw voorstel acht de minister het wenselijk dat de behandeling van het wetsvoorstel dat voorziet in de versoepeling van de adoptieprocedure (*Kamerstukken II* 2005/06-2006/07, 30 551) verder zal worden voortgezet en dat zelfs met voortvarendheid.

'Het werd door sommigen als krenkend ervaren dat het huwelijk niet werd opengesteld voor homoseksuele paren op het moment dat het geregistreerd partnerschap werd ingevoerd.'⁵⁸

Wortmann is van mening dat de Commissie hier een kans heeft gemist. Gesteld wordt:

'Zij had ook de kans om voorstellen te doen waarin met alle belangen, voorop die van het kind, rekening wordt gehouden. Dat zijn, naast die van het kind, de belangen van de moeder, de vrouw die het kind wil erkennen en de biologische vader.'

De Commissie had lering kunnen trekken uit buitenlandse regelingen met betrekking tot erkenning door de duo-moeder. Evenals de Raad van State is Wortmann van mening dat een op de erkenning lijkende rechtsfiguur hier de voorkeur zou verdienen boven het verruimen van de adoptievoorwaarden. In deze figuur zou de donor een plaats kunnen krijgen, waarmee ook recht gedaan zou kunnen worden aan het recht van het kind om informatie te verkrijgen over zijn afstamming. Wortmann verwijst naar landen als Zweden en Canada, waar een dergelijk systeem al functioneert.⁵⁹ In paragraaf V zullen de ontwikkelingen binnen een aantal buitenlandse rechtssystemen beknopt worden weergegeven.

IV Het recht van het kind uit het zicht: emancipatie van paren van gelijk geslacht contra het recht op (gegevens over de) afstamming?

In de eerste fase is te zien dat door de juridische gelijkstelling van getrouwde en ongetrouwde paren – zowel hetero- als homoparen – de verbinding tussen afstamming en gezag wordt verbroken. Het huwelijk als ordenend instrument verdwijnt onder invloed hiervan naar de achtergrond.⁶⁰ Het wordt dan ook mogelijk nieuwere gezinsvormen dan de traditionele man-vrouw relaties juridisch te erkennen.

In de tweede fase van dit proces valt een benadering te constateren, waarin het huwelijk als ordenend instrument terugkeert. In deze fase wordt de verbinding tussen afstamming en gezag in feite hersteld. Om dat in het geval van homoseksuele paren te bereiken, waar immers als zodanig geen sprake kan zijn van afstamming, wordt de verbinding losgelaten tussen biologische afstamming

⁵⁸ Rapport Lesbisch Ouderschap, 31 oktober 2007, p. 38.

⁵⁹ S.F.M. Wortmann, 'Ontwikkelingen in het familierecht', *WPNR* 2008-6753, p. 355-356.

⁶⁰ Zie voor een algemene beschouwing over het huwelijk en het onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen veranderde karakter daarvan: Asser/De Boer 2006, nrs. 103-110.

en juridisch ouderschap. Dit wordt gerealiseerd door middel van een wijziging van het adoptierecht. Er wordt in deze fase uitdrukkelijk niet voor gekozen om het afstammingsrecht te wijzigen. Het uitgangspunt dat ouderschap dient aan te sluiten bij de natuurlijke afstamming dient niet te worden verlaten, zo luidt het standpunt, zowel van de Commissie-Kortmann als van de wetgever.

Gesteld kan echter wel worden dat met de uitvoering van de aanbevelingen van de Commissie-Kortmann een proces in werking werd gezet, waarbij het gelijkheidsbeginsel duidelijk de boventoon is gaan voeren boven de rechten van het kind. Hiermee is de kiem gelegd voor de ontwikkelingen, die hebben geleid tot de voorstellen, zoals die thans voorliggen.

De voorstellen gedaan in de laatste fase van dit proces, zijn in de kern het logische vervolg op de door de Commissie-Kortmann in gang gezette veranderingen. Met het beroep op het gelijkheidsbeginsel als rechtvaardiging voor het verbreken van de verbinding tussen afstamming en juridisch ouderschap is een mechanisme in gang gezet, dat zijn eigen dynamiek blijkt te hebben gehad. Voorgesteld wordt nu om ook het uitgangspunt van aansluiting bij de natuurlijke afstamming te verlaten en voor de vestiging van het ouderschap van de duo-moeder aan te sluiten bij het afstammingsrecht.

Gesteld lijkt te kunnen worden dat er sprake is (geweest) van vrijwel 'gescheiden circuits'. In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de wetgeving met betrekking tot de gelijkstelling van paren van gelijk geslacht in de onderscheiden fasen, zijn nauwelijks verwijzingen te vinden naar het kinderrechtendiscours. Dat blijkt met name bij de behandeling van het Wetsvoorstel met betrekking tot adoptie door paren van gelijk geslacht. Van een verwijzing naar het Wetsvoorstel donorgegevens bij kunstmatige inseminatie, dat vrijwel gelijktijdig in de Tweede Kamer werd behandeld en waar het recht op afstammingsgegevens een steeds pregnantere rol ging spelen, is vrijwel geen sprake.⁶¹

Freeman doet eenzelfde constatering:

*'Given the attention we now give to the paramountcy of a child's welfare and to the importance of the wishes and feelings of the children in so many matters, though ironically not in adoption, it is of concern that the interests of children should count for so little where decisions about artificial reproduction are being taken. The role of responsible parenthood, so little explored elsewhere, is deftly ignored.'*⁶²

⁶¹ *Kamerstukken II* 1997/04, 23 207.

⁶² M.D.A. Freeman, 'The new birth right? Identity and the child of the reproduction revolution', *The International Journal of Children's Rights* 1996, p. 282.

Aansluitend bij dit citaat van Freeman, kan worden gesteld dat de betekenis van ouderlijke verantwoordelijkheid bij de realisering van kinderrechten moeilijk kan worden overschat.

Freeman spreekt in dit kader over het recht op verantwoordelijke ouders. Dit begrip is door Bridgeman verder uitgewerkt en nader gecontextualiseerd met betrekking tot jonge kinderen en gezondheidszorg. Zij stelt:

*'The concept of responsibility can be understood as providing nothing more than the "moral correlative" of rights, that is, that the possession of a right by one person imposes responsibilities upon others to respect or enable fulfillment of that right.'*⁶³

Dit zowel door Freeman als Bridgeman gehanteerde begrip van ouderlijke verantwoordelijkheid sluit deels ook aan bij de kritiek van met name feministische wetenschappers op de nadruk op de rol van het recht bij maatschappelijke veranderingsprocessen. Door het juridisch taalgebruik te aanvaarden, wordt automatisch ook de sociale, voornamelijk op de man gerichte, structuur aanvaard, zo luidt hun kritiek.⁶⁴ Met betrekking tot de strijd van homoseksuele paren voor gelijke rechten wordt dit punt door Platero aan de orde gesteld. Door aan te sluiten bij het huwelijk als regelend instrument, aanvaardt men ook de veronderstellingen die daaraan ten grondslag liggen en de vraag is of deze niet kritisch bezien dienen te worden

*'especially in the Spanish context, where so much emphasis is put on the family as a source of reciprocal care and economic support that underlines not only the welfare system but the whole organisation of the State.'*⁶⁵

Met andere woorden: voldoet het formele juridische systeem hier wel; gaat het hier niet mede om vragen die het juridisch kader overstijgen?

Eenzelfde vraag kan in het onderhavige debat aan de orde worden gesteld. Zou ook in dit debat een morele zorgplicht – *an ethics of care* – niet de voorkeur verdienen boven een juridische zorgplicht – *an ethics of rights*? In de literatuur is in het kader van kunstmatige inseminatie bij lesbische vrouwen het begrip *procreational responsibility* ontwikkeld. Zou dit begrip geen brug kunnen slaan tussen de morele zorgplicht van de ouders en de rechten van het kind?⁶⁶ Dit door Vonk uitgewerkte begrip wordt in de volgende paragraaf nader toegelicht.

⁶³ J. Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, New York: Cambridge 2007, p. 25.

⁶⁴ L. Hilary & J. Roche, 'Feminism and Children's Rights: The politics of voice', in: D. Fottrell, *Revisiting Children's Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 51-72, aldaar p. 60.

⁶⁵ Platero 2007, p. 337 (zie noot 3).

⁶⁶ M. Vonk, *Children and their parents*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 252.

V Een blik over de grens

In een aantal buitenlandse rechtstelsels zijn ontwikkelingen gaande, die aansluiten bij de ontwikkelingen van dit moment in Nederland. Bieden deze stelsels nog aanknopingspunten voor een bezinning op de in Nederland gedane voorstellen?

Een aantal landen heeft evenals Nederland maatregelen genomen om tot een gelijkberechtiging van hetero- en homoseksuele paren te komen.⁶⁷ Landen die evenals Nederland het huwelijk hebben opengesteld voor paren van gelijk geslacht zijn België en Spanje. België heeft in 2003 het huwelijk open gesteld voor paren van gelijk geslacht. Na Nederland is België hiermee het tweede land dat paren van gelijk geslacht het recht toekent om te huwen. Hieraan zijn evenwel, evenals in Nederland, geen afstammingsrechtelijke gevolgen verbonden. Ook in België is hiertoe het adoptierecht gewijzigd.⁶⁸

Sinds in Spanje de socialistische partij het roer heeft overgenomen van de conservatieve *Partido Popular*, heeft dit land op dit punt een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt.⁶⁹ Op 2 juli 2005 werd daar de wet tot openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht van kracht. Op 2 maart 2006 hadden al meer dan 1000 huwelijken van paren van hetzelfde geslacht plaatsgevonden. Evenals in België en Nederland zijn hieraan geen afstammingsrechtelijke gevolgen verbonden. Wel is ook hier gezamenlijke adoptie door paren van hetzelfde geslacht mogelijk.⁷⁰

Sinds maart 2007 bestaat in Spanje echter voor de duo-moeder ook een op de erkenning gelijkende rechtsfiguur. Artikel 7 lid 3 van de Wet over technieken van kunstmatige voortplanting bepaalt dat de echtgenote van de moeder ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand een verklaring kan afleggen dat zij instemt met de vaststelling van de afstammingsrelatie tussen haar en het kind.⁷¹ Op deze wijze komt de echtgenote van de moeder vanaf de geboorte in familierechtelijke betrekking tot het kind te staan.⁷²

Zweden kent geen homohuwelijk, maar kent sinds 1 juli 2005 de mogelijkheid dat de duo-moeder, die met de moeder samenwoont of met haar een (vorm van) geregistreerd partnerschap heeft, door middel van een vorm van erkenning

⁶⁷ Boele-Woelki e.a. 2006 (zie noot 52).

⁶⁸ Boele-Woelki e.a. 2006, p. 94 (zie noot 52). Verwezen wordt hier naar Wet van 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door paren van hetzelfde geslacht mogelijk te maken.

⁶⁹ M. Martin Casals, 'Same-sex partnerships in the legislation of Spanish autonomous communities', in: K. Boele-Woelki & A. Fuchs (eds.), *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 55-67.

⁷⁰ Boele-Woelki e.a. 2006, p. 120 (zie noot 52).

⁷¹ Art. 7 Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida; zie ook: N.M. de Boer, 'Gelijkgeslachtelijk huwelijk in Spanje', *FJR* 2008, p. 315-321.

⁷² Rapport Lesbisch Ouderschap, 31 oktober 2007, p. 38.

juridisch ouder van het kind wordt. De wijze waarop in de Zweedse regeling aan deze figuur invulling is gegeven, biedt voor een Nederlandse regeling de meeste aanknopingspunten. Want hoe is deze figuur in dat systeem geregeld?

De Zweedse Ouderschapswet bepaalt dat de duo-moeder, die heeft ingestemd met de conceptie, als ouder van het kind wordt aangemerkt. Aan het bereiken van deze status als ouder zijn echter voorwaarden verbonden. De toestemming tot behandeling moet schriftelijk zijn gegeven en de behandeling moet in een daartoe aangewezen ziekenhuis hebben plaatsgevonden.⁷³ Een lesbisch paar valt dus alleen onder deze regeling, als de identiteit van de donor valt te achterhalen.⁷⁴ De erkenning door de duo-moeder dient verder goedgekeurd te worden door een daartoe bevoegde instantie en door de moeder, die het kind heeft gebaard.⁷⁵ Heeft de duo-moeder toestemming tot behandeling gegeven, dan moet zij instemmen met de totstandkoming van de familierechtelijke betrekking.

Kort na de invoering van deze regeling is door de Zweedse regering een onderzoek gelast naar de mogelijkheden om de nog bestaande verschillen tussen heteroseksuele en homoseksuele paren geheel weg te nemen.⁷⁶ Dit onderzoek is in 2007 afgerond. Voorgesteld wordt om ook voor de vrouwelijke partner van de moeder ouderschap van rechtswege te introduceren. Daarnaast zou de mogelijkheid van erkenning moeten worden uitgebreid. Deze zou ook mogelijk moeten zijn, als de behandeling niet in een ziekenhuis heeft plaatsgevonden.

Veel aandacht gaat in deze voorstellen eveneens uit naar een versterking van het recht van het kind op informatie over zijn biologische achtergrond. Daartoe worden verschillende maatregelen voorgesteld. Dat betreft in de eerste plaats het geven van algemene voorlichting, zoals het verstrekken van algemene informatie of het organiseren van cursussen voor degenen, die in instellingen voor kunstmatige inseminatie werkzaam zijn. Voorgesteld wordt verder om in het familierecht een bepaling op te nemen dat het kind recht heeft op de informatie over zijn achtergrond en dat de ouders de verantwoordelijkheid hebben om het kind hierover in te lichten.⁷⁷ Voor zover valt na te gaan, heeft de regering nog geen standpunt ingenomen over het onderzoek.

⁷³ K.J. Saarloos, 'Duo-moederschap: op de grens van afstamming en adoptie', *FJR* 2007, p. 142-148.

⁷⁴ Rapport Lesbisch Ouderschap, 31 oktober 2007, p. 37.

⁷⁵ M. Jäntera-Järeborg, 'Lesbian couples are entitled to assisted fertilization and to equal rights to parentage', *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 2006, p. 1329-1330. Zie p. 1330: Ondanks de kritiek dat er onvoldoende onderzoek was gedaan naar de effecten van de regeling op kinderen, werd het voorstel aangenomen omdat in het kader van de onderhavige regeling vrouwen geen gebruik maken van 'private insemination', waarbij de identiteit van de donor vaak niet valt te achterhalen. Dit wordt in het belang van het kind niet wenselijk geacht.

⁷⁶ Jäntera-Järeborg 2006, p. 1330 (zie noot 75).

⁷⁷ *Föräldraskap vid assisterad befruktning*, Stockholm 2007, p. 13.

De vorm van erkenning onder voorwaarden, zoals die in het Zweedse recht wordt gehanteerd, sluit deels aan bij het voorstel dat Vonk doet in haar in 2007 verschenen proefschrift.⁷⁸ Zij ontwikkelt hiertoe het concept *procreational responsibility*. Dit concept heeft tweërlei gevolg. Het speelt zowel vóór de conceptie van het kind een rol als daarna.

Vóór de conceptie betreft dit begrip 'the personal integrity of the child to be conceived'. Dit leidt ertoe dat ouders er rekening mee moeten houden dat het kind op een zeker moment wil beschikken over zijn/haar genetische/biologische achtergrond. Hieronder valt ook dat wordt nagedacht over de rol die de bekende donor in het leven van het kind mogelijk gaat spelen.

Na de geboorte strekt deze verantwoordelijkheid er enerzijds toe om degenen, die verantwoordelijk zijn voor de conceptie van het kind – of dat nu de biologische ouder is of degene die gebruik heeft gemaakt van kunstmatige voortplanting – ook de verantwoordelijkheid op te dragen voor het kind gedurende zijn/haar leven. Anderzijds betekent dit dat ook het ouderschap moet kunnen worden gevestigd van de niet biologische ouder.⁷⁹ Vonk bepleit hier het opstellen van een beginselverklaring, waarin de intenties van partijen duidelijk worden vastgelegd. Dit heeft als belangrijk nevengevolg dat partijen gedwongen worden zich te bezinnen op de gevolgen van de door hen beoogde arrangementen.⁸⁰

VI Conclusie

Welke aanknopingspunten zijn er nu in de voorgaande verhandeling te vinden om tot een betere afweging te komen tussen het gelijkheidsbeginsel met betrekking tot homoseksuele paren en de rechten van het kind, die als derde bij deze relatie is betrokken? Dat het debat zich eenzijdig heeft ontwikkeld ten gunste van paren van gelijk geslacht, toont de bespreking van de ontwikkelingen naar mijn mening duidelijk aan.

In de tweede fase van het gelijkberechtigingsproces van paren van gelijk geslacht wordt de voor het kind zo fundamentele verbinding tussen afstamming en ouderschap verbroken. In deze fase geschiedt dat (nog) op basis van een wijziging van het adoptierecht. In de fase daarna wordt met een beroep op het gelijkheidsbeginsel voorgesteld om deze verbinding los te laten door het afstammingsrecht te wijzigen. Hiermee wordt de afstand tot het algemene uitgangspunt van aansluiting bij de natuurlijke afstamming verder vergroot.

⁷⁸ Vonk 2007 (zie noot 66).

⁷⁹ Vonk 2007, p. 270 (zie noot 66).

⁸⁰ M. Vonk, 'The role of formalised and non-formalised intentions in legal parent-child relationships in Dutch law', *Utrecht Law Review* 2008, p. 133.

Aan de basis van een herstel van het evenwicht tussen beide uitgangspunten kan het voor het familierecht zo relevante begrip *an ethics of care* en het daarmee nauw verbonden begrip ouderlijke verantwoordelijkheid staan. Meer dan op welk terrein van het familierecht dan ook lijken deze begrippen in het afstammingsrecht een belangrijke functie te kunnen vervullen. Dit benadrukt dat de intentionele ouders reeds een zorgplicht hebben ten opzichte van het kind in spe. Omdat het kind dan (nog) geen rechten kan doen gelden, is het afhankelijk van de wijze waarop de intentionele ouders hun morele zorgplicht hanteren. Al in deze fase komt het begrip *procreational responsibility* naar voren. In termen van kinderrechten gesproken, betekent dit dat kinderen reeds voor de geboorte recht hebben op verantwoordelijke ouders. Deze verantwoordelijkheid heeft niet alleen betekenis vóór de geboorte, maar ook daarna.

Vóór de geboorte houdt deze verantwoordelijkheid in dat de intentionele ouders de morele plicht hebben stil te staan bij de vraag of deze vorm van conceptie in de gegeven omstandigheden het meest geëigend is. Het recht van het kind om voor zover mogelijk zijn biologische ouders niet alleen te kennen maar ook door hen te worden verzorgd en opgevoed, zoals artikel 7 van het IVRK bepaalt, zou bij de overwegingen van de ouders tot gebruik van kunstmatige voortplanting in ieder geval moeten worden betrokken. Deze verantwoordelijkheid kan ook een belangrijke doorwerking hebben na de geboorte. Ouders zijn op basis hiervan verplicht het kind adequaat te voorzien van de gegevens omtrent zijn biologische afstamming.

Pas na de geboorte wordt *an ethics of care* duidelijk vervangen door *an ethics of rights*. Het recht op afstammingsgegevens dient door het recht te worden gewaarborgd en dat dient niet alleen te gelden voor kinderen die recht hebben op deze gegevens op basis van de Wet donorgegevens maar voor alle kinderen, die met behulp van kunstmatige inseminatie zijn verwekt. De positie van het kind als derde in afstammingsarrangementen verdient uitdrukkelijk bescherming.

Om dat recht op kennis over de biologische afstamming gestalte te geven, dient dit recht echter wel expliciet als voorwaarde te worden gesteld bij de juridische constructies die het juridisch ouderschap van de duo-moeder mogelijk moeten maken. Het begrip *procreational responsibility* kan hier een belangrijke basis bieden. Ook het Zweedse systeem kan hier als voorbeeld dienen. In dit systeem wordt aan de erkenning van de duo-moeder een aantal voorwaarden verbonden. Erkenning kan alleen dan plaatsvinden, indien de identiteit van de donor valt te achterhalen.

Wordt aan deze voorwaarde voldaan en het recht van het kind op kennis omtrent zijn afstamming uitdrukkelijk erkend, dan is op een fundamenteel onderdeel het evenwicht tussen het gelijkheidsbeginsel en de rechten van het kind hersteld.