

# Het huwelijk – een omstreden instituut<sup>1</sup>

**Niet-openstelling van het huwelijk voor homoseksuelen en lesbiennes continueert een ernstige vorm van discriminatie. Geen van de argumenten die in het politiek debat zijn aangedragen tegen openstelling is overtuigend. Een wetgever die ernst maakt met de bestrijding van discriminatie in de samenleving, dient ook kritisch naar zichzelf te kijken. Het is hoog tijd dat het huwelijk wordt opengesteld.**

W elke mogelijkheden moeten worden gecreëerd voor homoseksuele en lesbische paren om hun relatie juridisch vorm te geven? De discussie hierover is onder het paarse kabinet in een stroomversnelling gekomen. Het kabinet kwam met een voorstel voor een twee-lokettensysteem: het geregistreerd partnerschap naast het huwelijk. De Tweede Kamer sprak zich echter vorig jaar met een grote meerderheid uit voor openstelling van het huwelijk voor gelijkgeslachtelijke paren.<sup>2</sup>

Na de principiële uitspraak van de Kamer gaat de discussie vooral over de vraag welke concrete rechtsgevolgen – vooral ten aanzien van kinderen – men aan homoseksuele en lesbische relaties wil verbinden. Moeten twee vrouwen die samen een kind opvoeden, dezelfde rechten en plichten krijgen ten aanzien van dit kind als een gehuwd hetero-paar? Hoe zit het met erfrechtelijke gevolgen, gezagsverhoudingen, alimentatie, met internationale erkenning? Dergelijke vragen zijn van groot belang.<sup>3</sup> Ze mogen echter niet het zicht wegnemen op een andere, ook op zichzelf belangrijke vraag, namelijk: kiezen we voor openstelling van het huwelijk of voor een twee-lokettensysteem?

Beide vragen, de praktische naar het concrete pakket rechtsgevolgen en de principiële van de betiteling 'huwelijk', staan relatief los van elkaar. Ook als men aan gelijkgeslachtelijke relaties (vrijwel) dezelfde rechtsgevolgen wil verbinden als aan het huidige huwelijk, is immers nog een twee-lokettensysteem denkbaar, waarbij het huwelijk gereserveerd blijft voor man-vrouw relaties. En omgekeerd: wanneer men voor gelijkgeslachtelijke relaties een minder uitgebreid pakket rechtsgevolgen wil, kan men toch kiezen voor openstelling van het huwelijk, om vervolgens voor huwelijken tussen seksegenoten bepaalde uitzonderingen te maken. Als bijvoorbeeld adoptie door homoparen op bezwaren stuit van sommige landen, kan men in de adoptieregelingen adoptie door gelijkgeslachtelijke paren uitsluiten voor kinderen uit die landen.

De principiële en praktische vragen moeten dus onderscheiden worden. Sommige auteurs hebben de neiging om de principiële vraag af te doen als een relatief onbelangrijk etiketje.<sup>4</sup> Dit lijkt mij een misvatting. Het huwelijk heeft in onze samenleving een grote emotionele en symbolische betekenis. Of mensen toegelaten worden tot zo'n instituut is, ook los van de concrete rechtsgevolgen, voor hen van groot belang.

In dit artikel zal ik de praktische kwesties verder terzijde laten en op de principiële vraag ingaan. Mijn stelling is dat het uitsluiten van homoseksuele en lesbische paren van het huwelijk een ernstige vorm van discriminatie is.<sup>5</sup> Een wetgever die het gelijkheidsbeginsel werkelijk serieus neemt, kan daarom niet anders dan het huwelijk openstellen.

## Een centraal instituut

In onze samenleving is het huwelijk een belangrijk instituut. Het speelt een rol bij tal van praktische zaken, van het kopen van een huis tot het ouderlijk gezag, van erfrecht tot faillissement. Naast deze praktische kant heeft het huwelijk ook een niet te onderschatten symbolische en emotionele betekenis. De trouwdag is voor velen een hoogtepunt in hun leven en wordt jaren later opnieuw met feesten herdacht. In brede kring wordt aan het huwelijk een grote waarde toegekend.

Het huwelijk is overigens niet oncontroversieel. Vooral vanuit feministische hoek en de radicale homobeweging zijn bezwaren tegen het huwelijk geuit.<sup>6</sup> Het huwelijk zou rolpatronen en het denken in termen van exclusieve tweerelaties instandhouden. Voor sommigen is het huwelijk dan ook een symbool van onderdrukking van vrouwen, van homoseksuelen en alleenstaanden, van iedereen die niet volgens traditionele rolpatronen leeft.

Het recht lijkt op het eerste gezicht neutraal. Het beschouwt het huwelijk immers alleen in zijn burgerlijke betrekkingen.<sup>7</sup> Het eist geen verliefdheid of een seksuele band.<sup>8</sup> Het huwelijk lijkt daarom niet meer dan een juridisch model met een aantal rechtsgevolgen.

Dit is echter een te simpel beeld. Het recht biedt niet slechts

*Het huwelijksrecht biedt aan samenlevende paren een instituut, dat niet alleen een concreet pakket rechtsgevolgen met zich meebrengt, maar ook een door het recht bevestigde positieve waarde heeft.*

een instrumentarium waaruit burgers (al dan niet naar believen) kunnen putten. Het recht belichaamt ook bepaalde waarden en houdt deze aan de rechtsgenoten voor als oriëntatiekader; het heeft symboolwerking.<sup>9</sup> Zo drukt de Grondwet met zijn grondrechtencatalogus uit dat Nederland een democratische rechtsstaat is en een samenleving met sociaal gevoel en aandacht voor het milieu.

De mate waarin wetten symboolwerking hebben, verschilt. De Grondwet heeft een grote symboolwerking, bij de verkeerswetgeving is deze kleiner. In het algemeen zal de symboolwerking groot zijn in gebieden waar het recht aansluit op (of conflicteert met) sterk gevoelde morele overtuigingen, en klein in gebieden waar slechts een zakelijke ordening van het maatschappelijk leven voorop staat.

Het huwelijksrecht is een voorbeeld van wetgeving met sterke symboolwerking. Het huwelijk is een belangrijk juridisch instituut dat op tal van terreinen doorwerkt. Die centrale juridische positie is een uitdrukking van de grote waarde die de samenleving aan het huwelijk hecht. De voordelen die het recht aan het huwelijk verbindt, geven aan dat het een positief gewaardeerd instituut is. Daarmee bevestigt het recht de rol die deze specifieke samenlevingsvorm in het maatschappelijk leven heeft. Het huwelijksrecht is dus niet neutraal, integendeel. Het huwelijksrecht biedt aan samenlevende paren een instituut, dat niet alleen een concreet pakket rechtsgevolgen met zich meebrengt, maar ook een door het recht bevestigde positieve waarde heeft.

### Discriminatie?

Dit instituut huwelijk is alleen toegankelijk voor paren van ongelijk geslacht. Homoseksuele en lesbische paren hebben geen mogelijkheid om hun relatie de juridische vorm te geven van een huwelijk. Er is dus sprake van een ongelijke behandeling, maar op zich is dat nog geen discriminatie. Om van discriminatie te kunnen spreken is meer nodig: het onderscheid moet ongerechtvaardigd zijn. Bovendien is niet iedere vorm van discriminatie even ernstig. Het is zinvol om twee vormen te onderscheiden:<sup>10</sup>

1. *zwakke discriminatie* is simpelweg het maken van ongerechtvaardigd onderscheid;
2. *sterke discriminatie* is het maken van ongerechtvaardigd onderscheid, waarbij blijkens die behandeling bepaalde aspecten van het mens-zijn van de ander als onvolwaardig worden beschouwd.<sup>11</sup>

Wanneer een belastinginspecteur op willekeurige gronden besluit om twee belastingontduikers verschillende boetes op te leggen, is er sprake van zwakke discriminatie. Wanneer echter de inspecteur op grond van een zwarte huidskleur of

homoseksuele voorkeur een zwaardere boete oplegt, dan is dit 'kwetsend' en 'krenkend'<sup>12</sup> voor zwarten of homoseksuelen, en daarom een voorbeeld van sterke discriminatie.

Bij de beoordeling van zwakke discriminatie ligt doorgaans het accent op de concrete voordelen die aan bepaalde personen worden ontzegd: een huis, een baan, een gelijk loon. Bij sterke discriminatie gaat het (daarnaast) om iets anders, iets fundamenteelers: daarbij wordt de gelijkwaardigheid van een mens ontkend en is zijn of haar menselijke waardigheid in het geding.

Of de uitsluiting van homoseksuelen en lesbiennes bij het huwelijk discriminatie vormt, hangt primair af van de vraag of het onderscheid gerechtvaardigd is – daarover hieronder meer. Maar laten we eens voor een ogenblik aannemen dat het inderdaad ongerechtvaardigd is, zou het dan sterke of zwakke discriminatie zijn? Worden daarmee bepaalde aspecten van het mens-zijn van homoseksuelen en lesbiennes als ongelijkwaardig worden beschouwd? Wordt door de wetgever een waarde-oordeel uitgesproken over gelijkgeschlachtelijke relaties wanneer hij deze uitsluit van het huwelijk?

Onvoldoende houvast biedt hier een verwijzing naar de subjectieve intenties van diegenen die het huwelijk niet willen openstellen,<sup>13</sup> of naar de subjectieve ervaringen van zich gediscrimineerd voelende homoparen. Voor de vereiste objectivering is een oordeel nodig over de rechtvaardigingsgronden die aangevoerd (kunnen) worden.

Stel nu nogmaals, for the sake of argument, dat er geen redelijke rechtvaardigingsgronden zijn. In dat geval moet worden aangenomen dat het niet-openstellen gebaseerd is op een negatief waarde-oordeel over homoseksuele en lesbische relaties. De juridische regeling van het huwelijk vindt zijn wortels in een tijd dat homoseksualiteit als verwerpelijk werd gezien. Historisch gezien is het feit dat het huwelijk niet openstaat voor gelijkgeschlachtelijke paren mede te begrijpen als een weerspiegeling van dat waarde-oordeel; erkenning van 'tegennatuurlijke' relaties als gelijkwaardig paste zeker niet in het negentiende-eeuwse denken. Bovendien blijken ook nu nog vooroordelen en afkeurende opvattingen breed verspreid. In een dergelijke situatie kan redelijkerwijze worden aangenomen dat, wanneer de wetgever een onderscheid handhaaft waarvoor geen redelijke rechtvaardiging bestaat, dit onderscheid nog steeds gebaseerd is op negatieve waarde-oordelen over homo-relaties. Met andere woorden: door het huwelijk niet open te stellen, spreekt de wetgever een waarde-oordeel uit, ook als er daarnaast een min of meer gelijkwaardig tweede loket wordt geopend. Hij

*Door het huwelijk niet open te stellen, spreekt de wetgever een waarde-oordeel uit, ook als er daarnaast een min of meer gelijkwaardig tweede loket wordt geopend. Hij geeft daarmee aan dat homoseksuele en lesbische relaties tweede-rangsrelaties zijn.*

geeft daarmee aan dat homoseksuele en lesbische relaties tweede-rangsrelaties zijn.<sup>14</sup>

De tussentijdse conclusie is duidelijk. Als er geen goede rechtvaardigingsgronden zijn om het huwelijk niet open te stellen, is dit een vorm van sterke discriminatie.<sup>15</sup> In tweeërlei opzicht discrimineert de overheid daarmee homoseksuele en lesbische paren. Ten eerste ontzegt zij hen een gewaardeerd goed, namelijk de symbolische en emotionele betekenis die aan het huwelijk wordt toegekend. Ten tweede geeft zij daarmee een negatief oordeel over gelijkgeslachtelijke relaties.<sup>16</sup> Dit laatste oordeel heeft zelfs nog een breder bereik, omdat het ook die homoseksuelen en lesbiennes raakt die zelf niet willen trouwen: ook hun relaties worden hiermee tot minderwaardig bestempeld.

Voor homoseksuelen en lesbiennes staat er dus veel op het spel. Een van de meest essentiële aspecten van hun mens-zijn, hun relationele verbondenheid met een ander mens, lijkt door de overheid, hùn overheid, als minderwaardig te worden bestempeld. Dit ligt alleen anders indien de wetgever alsnog goede gronden voor het onderscheid aanvoert.

### Rechtvaardigingsgronden

Daarom wordt het nu tijd om naar die argumenten te gaan kijken. Een probleem is overigens dat die tot nu toe weinig expliciet geformuleerd zijn. De meeste argumenten tegen openstelling zijn uitermate vaag of zelfs niet meer dan een beroep op traditie en niet-beargumenteerde evidenties.<sup>17</sup> In het parlementaire debat zijn vier argumenten tegen openstelling te vinden:

- a. het maatschappelijk draagvlak is onvoldoende;
- b. internationaal geeft het problemen;

1. Mijn dank gaat uit naar S. Verdonk en L. Verkuil voor hun waardevolle suggesties bij eerdere versies van dit artikel. Dit artikel werd mede mogelijk gemaakt door een PIONIER-subsidie van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek NWO.

2. Motie van de leden M.M. van der Burg (PvdA) en B. Dittrich (D66), TK II 1995/96, 22 700, nr 18. Aangenomen met 81 stemmen voor en 60 tegen.

3. Op grond van de in de vorige noot vermelde motie is een commissie onder leiding van prof. mr S.C.J.J. Kortmann bezig om de voor- en nadelen te inventariseren; de commissie dient voor 1 aug. a.s. te rapporteren.

4. L. Schutte – Heide-Jørgensen, 'Recht op Homohuwelijk?', *Ars Aequi* 46(1997)2, p. 92 heeft het bijvoorbeeld over een 'etikettenvraag waar wij niets mee opschieten'.

5. Voor alle duidelijkheid: het gaat mij hier alleen om een rechtsfilosofische en rechtspolitieke analyse, niet om een positiefrechtelijke. Of er ook sprake is van discriminatie in de zin van internationale verdragen of de Grondwet, laat ik in het midden; het zou voor de rechtspolitieke discussie hoogstens een extra argument opleveren, maar inhoudelijk niets toevoegen aan mijn betoog.

6. Zie bijv. D. Verlegh, H. van Maarseveen en S. Korthuis (1984), 'Het huwelijk de rechtsorde uit', *NJB* 1984, p. 857-861, en de daar genoemde literatuur.

7. Art. 1:30 BW.

8. Hoewel er toch ook grenzen zijn aan de puur zakelijke benadering van het huwelijk, bijv. in art. 156 BW of in de Wet voorkoming Schijnhuwelijken (wet van 2 juli 1994 tot wijziging van de titels 4 en 5 van Boek 1 van het BW en van de Wet gemeentelijke basisadministratie).

9. Op deze symboolwerking van het recht ben ik uitgebreider ingegaan in 'Symboolwerking van embryo-wetgeving', *NJB* (1995), p. 1236-1241. Zie ook W.J. Witteveen, P. van Seters en G. van Roermund (red.) (1991), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink.

10. Dit onderscheid is verder uitgewerkt in mijn dissertatie, *Het democratisch perspectief. Een verkenning van de normatieve grondslagen der democratie*, (1991), Arnhem: Gouda Quint, i.h.b. p. 188 e.v. en 201 e.v. De eerste volzin van art. 1 Grondwet kan gezien worden als een verbod op zwakke discriminatie en de tweede volzin als een verbod op sterke discriminatie.

11. De formulering van de toevoeging bij sterke discriminatie is ontleend aan de toelichting op art. 1 van de Grondwet door minister De Gaay Fortman. Zie E.M.H. Hirsch Ballin, (1988), 'Staatsrecht en bestuursrecht, art. 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer: Van Loghum Slaterus; M.C. Burkens (1982), 'Gelijke behandeling', in: A.K. Koekoek e.a. (red.), *Grondrechten. Commem-*

*Wibren van der Burg is als hoofdonderzoeker grondslagen van het recht verbonden aan het Schoordijk Instituut van de Katholieke Universiteit Brabant.*



- c. de systematiek van het familierecht wordt aangetast;
- d. het strijdt met het wezen van het huwelijk als een verbintenis tussen man en vrouw, waaruit kinderen kunnen voortkomen.

Daarnaast komt in de literatuur en de publieke discussie (maar niet in de recente parlementaire debatten) regelmatig een vijfde argument te vinden:

- e. een homoseksuele relatie is minder geschikt voor de opvoeding van kinderen.

Elk van de argumenten zal ik hieronder bespreken. Alleen op het laatste argument ga ik niet uitgebreid in. Empirische studies bieden geen steun aan de stelling dat kinderen minder goed af zouden zijn binnen een homoseksuele of lesbische relatie.<sup>18</sup> Zelfs als dit empirisch anders zou liggen, is het

*taar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen: Ars Aequi, p. 49-65.

12. Ook deze beide termen werden door De Gaay Fortman gebruikt in zijn toelichting. Zie Hirsch Ballin 1988: 139.

13. Al is het alleen maar omdat deze onderling van mening verschillen. Ik vermoed bijvoorbeeld dat de meeste tegenstanders binnen de VVD en een substantieel deel van het CDA de gelijkwaardigheid van gelijkgeslachtelijke en heteroseksuele relaties aanvaarden. Voor een ander deel van het CDA en voor de orthodox-christelijke partijen geldt daarentegen dat hun visie wel degelijk samenhangt met de voor homoseksuelen/lesbiennes kwetsende opvatting dat het huwelijk tussen man en vrouw een grotere waarde heeft dan andere relatievormen en daarom een bijzondere plaats in onze samenleving en in het recht verdient.

14. Vgl. ook de klassieke uitspraak *Brown v. Board of Education* (1954). Het Amerikaanse Supreme Court stelde hierin dat scheiding tussen rassen in het onderwijs op zich al een 'feeling of inferiority' genereert, ook afgezien van eventuele tastbare, materiële verschillen.

15. In het licht van het voorgaande kan nu ook de rechtspolitieke discussie beter geduid worden. De discussie rond de vraag voor welke rechtsgevolgen gelijkgeslachtelijke relaties gelijk moeten worden gesteld aan het huwelijk, staat in het teken van bestrijding van zwakke discriminatie; bij de discussie rond het 'etiket' huwelijk gaat het om bestrijding van sterke

bovendien slechts een argument tegen het toekennen van bepaalde concrete rechtsgevolgen zoals adoptierecht; het is geen argument tegen openstelling op zich.

#### *ad a. Het draagvlak*

Volgens staatssecretaris Schmitz bestaat er in de Nederlandse samenleving onvoldoende draagvlak voor openstelling.<sup>19</sup> Op het eerste gezicht is dit een goed argument: in een democratie moeten ingrijpende besluiten breed gedragen worden.<sup>20</sup> Maar een democratie moet tevens respect voor minderheden waarborgen. Als het gaat om wezenlijk onrecht, mag het gebrek aan draagvlak (behoudens uitzonderingsgevallen) geen reden zijn om dat onrecht te laten voortbestaan. Wanneer de meerderheid van de bevolking racistisch of anti-semitisch zou zijn, kan dit nooit discriminatie van buitenlanders of joden rechtvaardigen. Nu er bovendien geen sprake is van een grote meerderheid met heftige overtuigingen, is gebrek aan draagvlak geen goed argument om homoseksuele en lesbische paren uit te sluiten van een waardevol geacht instituut.

#### *ad b. Het buitenland.*

Het buitenlandargument heeft drie aspecten. Ten eerste verwijst het naar de internationaal-privaatrechtelijke gevolgen van openstelling. Vormt een in Nederland gesloten huwelijk tussen twee mannen een beletsel voor een van hen om elders met een vrouw te trouwen? Zo nee, wat zijn de juridische gevolgen van zo'n dubbel huwelijk? Dergelijke praktische problemen vereisen een zorgvuldige bestudering. Maar het lijkt me dat hoe ingewikkeld ze ook zijn, er technische oplossingen te vinden moeten zijn, desnoods door enkele specifieke bepalingen voor gelijkgeslachtelijke huwelijken op te nemen.

Dit geldt ook voor het tweede aspect: interlandelijke adoptie. Sommige andere landen hebben waarschijnlijk bezwaar tegen adoptie door homoparen.<sup>21</sup> Maar daarvoor kan men eventueel uitzonderingen maken in de adoptieregelingen. Het is daartoe niet nodig om homoseksuele en lesbische paren uit te sluiten van het huwelijk.

Het derde aspect is van geheel andere aard. Volgens sommigen wordt Nederland de risée van de internationale gemeenschap.<sup>22</sup> Na de drugs en de euthanasie nu ook het homo-huwelijk? Allereerst dient dit argument te worden gerelativeerd. In alle Scandinavische landen hebben homoseksuele en lesbische relaties een maatschappelijke en juridische status die vrijwel gelijk is aan het huwelijk; men zal daar echt niet geschokt opkijken als een ander land ook deze laatste stap van gelijkstelling zet. In verschillende andere landen is er een vergelijkbare ontwikkeling op gang gekomen. In Hawaï zijn er rechterlijke uitspraken die erop neer komen dat het uitsluiten van gelijkgeslachtelijke paren van het huwelijk een ontoelaatbare vorm van discriminatie is (er zijn nu pogingen gaande om via een Grondwetswijziging te voorkomen dat deze rechterlijke uitspraken ook tot wijziging van het familierecht zullen leiden). Zo'n extreem buitenbeentje zal Nederland dus niet zijn. Maar los daarvan is er een principieel argument. Gebrek aan internationale steun mag nooit een argument zijn voor onrecht, voor discriminatie. Het kan daarom geen zelfstandig argument zijn tegen openstelling van het huwelijk.

#### *ad c. Het familierechtelijk systeem.*

Een derde argument is dat openstelling de systematiek van het familierecht doorbreekt.<sup>23</sup> Bij de herziening van het familierecht is als uitgangspunt gekozen dat de juridische af-

stamming zoveel mogelijk moet aansluiten bij de natuurlijke werkelijkheid. Een kind wordt geboren uit de gemeenschap van een man en een vrouw; dus een kind kan juridisch niet afstammen van twee vrouwen of twee mannen. Openstelling van het huwelijk zou dit mogelijk maken.

Dit is een belangrijk argument; een wetswijziging moet in het systeem van de wet passen. Maar die beoogde aansluiting ontbreekt nu ook al gedeeltelijk, en de vraag is of openstelling van het huwelijk daarbij veel verschil zou maken. Ouderschap na donorinseminatie en na adoptie sluiten ook niet aan bij de natuurlijke werkelijkheid en worden wel juridisch erkend. Liggen deze twee vormen van ouderschap zoveel dichter bij de natuurlijke werkelijkheid dan lesbisch co-ouderschap?

Wat vaak over het hoofd wordt gezien, is dat er twee relevante modellen van natuurlijkheid zijn die in verschillende richtingen wijzen. Allereerst een genetisch model. Lesbisch ouderschap staat genetisch op één lijn met donorinseminatie binnen een heteroseksuele relatie (in beide gevallen is alleen de moeder genetisch ouder) en ligt dicht bij de natuurlijke afstamming dan adoptie, waar totaal geen genetische verwantschap bestaat tussen kind en ouders. Als men wil aansluiten bij de genetische werkelijkheid ligt erkenning van lesbisch co-ouderschap meer voor de hand dan erkenning van adoptie; nu het laatste juridisch kan, is er geen grond om openstelling af te wijzen.

Een tweede model sluit aan bij de verwekking. Een kind ontstaat uit de versmelting van een mannelijke zaadcel en een vrouwelijke eicel. Dit model zou er voor pleiten dat de zaaddonor juridisch vader wordt; ook in dit opzicht sluit ons familierecht nu niet aan bij de biologische werkelijkheid. Alleen in een afgezwakte variant kan men het daarom als argument gebruiken tegen openstelling van het huwelijk. Men dient dan te stellen dat het belangrijkste kenmerk van biologisch ouderschap is dat de ene ouder van het geslacht is dat zaadcellen produceert en de andere ouder van het geslacht dat eicellen levert; of deze beide personen dat in concreto ook gedaan hebben, zou dan van minder belang zijn. Dit lijkt mij een nogal reductionistische visie op ouderschap; niettemin kan alleen zo'n 'natuurlijk' model een argument leveren tegen openstelling.

Welk natuurlijk model te kiezen? Moet het familierecht aansluiten bij de genetische werkelijkheid, of bij de verwekking? Biologisch gezien zijn beide modellen evenzeer verdedigbaar. De biologie levert geen doorslaggevend, objectief criterium voor of tegen openstelling van het huwelijk. Daar staat tegenover de sociale werkelijkheid, bijvoorbeeld dat het kind wordt opgevoed door twee vrouwen. Het lijkt me primair in het belang van dat kind dat de juridische werkelijkheid aansluit bij de sociale werkelijkheid en dat deze beide vrouwen ook juridisch als ouders worden erkend. Ik zie niet in waarom tegenover dit zeer concrete belang van het kind een dubieus biologisch model de doorslag zou geven.

#### *ad d. Het wezen van het huwelijk.*

Het laatste argument wordt zelden expliciet naar voren gebracht. Het komt vooral voor in orthodox-protestantse en rooms-katholieke kring, waar het huwelijk als scheppingsordening of als sacrament wordt beschouwd.<sup>24</sup> Toch lijkt het mij vaak het eigenlijke argument waarom tegenstanders zich verzetten tegen openstelling van het huwelijk. Het zou afbreuk doen aan het instituut van het huwelijk, als band tussen man en vrouw, gericht op het krijgen van kinderen. Naast deze traditionele visie staat in het debat een moder-



ner visie op het huwelijk, als een verbintenis tussen twee mensen waarbinnen kinderen kunnen worden opgevoed.<sup>25</sup> Deze tweede visie is ruimer. Het lijkt aannemelijk dat beide visies op het huwelijk een substantiële aanhang onder de bevolking hebben. Welke dient de wetgever nu als uitgangspunt te kiezen? De principiële vraag is hier op welke gronden een wetgever tot een specifieke wezensbepaling mag komen.

Een eerste verschilpunt tussen beide opvattingen is dat de relatie wel of niet gericht moet zijn op het verwekken van kinderen. Voor de wetgever is de keuze simpel: of de partners kinderen kunnen of willen verwekken, is voor het huidige burgerlijk huwelijk niet van belang. We erkennen ook thans huwelijken tussen mensen, die op grond van hun leeftijd, hun fysieke omstandigheden (onvruchtbaarheid) of een bewuste keuze geen kinderen kunnen of willen krijgen.

Een tweede verschilpunt is de vraag of het huwelijk wel of niet wezenlijk een verbond is tussen man en vrouw. Voor een bevestigend antwoord zie ik drie argumenten. Het eerste is een direkt beroep op levensbeschouwelijke visies. Een dergelijke argumentatie is echter niet aanvaardbaar, gegeven de principiële scheiding tussen kerk en staat. Het tweede argument is historisch en rechtsvergelijkend: overal in de geschiedenis en overal in de wereld wordt het huwelijk gezien als een band tussen man en vrouw.<sup>26</sup> Dit argument miskent de verscheidenheid in huwelijksopvattingen. Polygamie is immers in grote delen van de wereld van oudsher geaccepteerd (China, de islamitische landen en de Mormonen) en is dat soms nog. Ook homoseksuele en lesbische relaties hebben in veel culturen erkenning en bevestiging gehad, zij het op beperktere schaal dan polygamie. Het derde argument is een beroep op de natuur.<sup>27</sup> Ook hiervoor geldt dat er een grotere verscheidenheid is dan wel gedacht wordt: ook in de

natuur komen homoseksuele relaties en relaties tussen meer dan twee individuen voor.

Belangrijkste bezwaar tegen de beide laatstgenoemde argumenten is dat een wezensdefinitie niet kan worden afgeleid uit historische, sociologische of biologische gegevens. Ook van andere vroeger wezenlijk geachte kenmerken van het huwelijk, zoals onverbrekelijkheid van de huwelijksband en ondergeschiktheid van de vrouw aan de man, is inmiddels afstand genomen, omdat daarvoor naar modernere inzichten geen goede gronden waren. Voor een wezensdefinitie is een inhoudelijke argumentatie vereist, in dit geval waarom een verbond tussen man en vrouw wezenlijk anders is dan een verbond tussen twee mannen of twee vrouwen. Afgezien van het levensbeschouwelijke argument is die argumentatie niet gegeven. Nu er derhalve geen voor een levensbeschouwelijk neutrale wetgever aanvaardbare gronden zijn om voor deze specifieke wezensbepaling te kiezen, moet zij worden afgewezen. Zij kan dus geen grond vormen om trouwlustige gelijkgeslachtelijke paren de toegang tot het huwelijk te ontzeggen.

## Conclusie

Hiermee zijn alle argumenten besproken die in het politiek-juridisch debat zijn aangedragen tegen openstelling van het huwelijk. Geen ervan kan overtuigend worden geacht. Daar staat tegenover dat niet-openstelling een ernstige vorm van discriminatie van homoseksuelen en lesbiennes continueert. Een wetgever die ernst maakt met de bestrijding van discriminatie in de samenleving, dient ook kritisch naar zichzelf te kijken. Het wordt hoog tijd dat het huwelijk wordt opengesteld. □

→  
discriminatie.

16. Prof. van Mourik geeft impliciet toe dat geregistreerd partnerschap van minder waarde is, wanneer hij zich verzet tegen toegang van heteroseksuele koppels tot deze registratie met als argument: dan 'creëer je als het ware twee soorten huwelijk: een eerste klas en een tweede.' (*Volkskrant* 18 april 1996)

17. Illustratief is A.J.M. Nuijtinck (1996), 'Het hete hangijzer van het homohuwelijk', *FJR* juni 1996, p. 125: 'Het huwelijk is van oudsher een duurzame levensverbintenis tussen een man en een vrouw.(...) Wij moeten nu niet ineens een homoseksuele tweerelatie een 'huwelijk' gaan noemen. Zo'n relatie is geen huwelijk en kan dat ook niet zijn. Terecht is in dit verband van 'begripsvervuiling' gesproken. Water is geen wijn, een man is geen vrouw, een raam is geen deur, voetbal is geen handbal, oud is niet jong, en zo kan ik nog wel even doorgaan. Heteroseksuelen en homoseksuelen zijn wel gelijkwaardig, maar niet gelijk.'

Nuijtinck geeft afgezien van het beroep op traditie geen enkel argument waarom een homoseksuele relatie geen huwelijk kan zijn. Blijkbaar is het voor hem evident – maar voor velen in onze samenleving is het dat nu juist niet, dus hij zal deze evidentie toch met gronden moeten staven.

18. Zie F. Tasken en S. Golombok (1991), 'Children raised by lesbian mothers: the empirical evidence', *Family Law* May 1991, p. 184-187; C.H.C.J. van Nijnatten (1995), 'Sexual Orientation of Parents and Dutch Family Law', *Medicine and Law* 14, p. 359-368.

19. TK II, 22 700, nr 16, p. 40-41.

20. Opiniepeilingen geven overigens aan dat er wel een redelijk draagvlak is. In een onderzoek van de Nederlandse Gezinsraad bijvoorbeeld antwoordde 69 % van de ondervraagden bevestigend op de vraag: 'Zouden paren van gelijk geslacht ook voor de wet moeten kunnen trouwen?'

21. Vgl. bijvoorbeeld de brief van staatssecretaris Schmitz dd. 4 maart 1997 waarin de standpunten van adoptielanden worden geïnventariseerd t.a.v. adoptie door één ouder of homorelaties (TK II, 22 700, nr 22).

22. A.J.M. Nuytinck (1996), 'Het hete hangijzer van het homohuwelijk', *FJR* juni 1996, nr 6, p. 125: 'Wij maken ons volslagen belachelijk in het buitenland.'

23. Vgl. de notitie Leefvormen (TK II, 22 700, nr 5), p. 9-10: 'De aansluiting van het afstammingsrecht bij de natuurlijke afstamming hangt samen met het natuurlijk gegeven dat een kind uit de gemeenschap van een man en een vrouw wordt geboren.'

24. Vgl. kardinaal Simonis: 'De leer van de

rooms-katholieke kerk stelt de noodzaak van een blijvende samenhang tussen huwelijk, seksualiteit en vruchtbaarheid. 'God is de Stichter van het huwelijk'. Vanuit dat uitgangspunt moet de kerk de homoseksuele geslachtsdaad en het gebruik van voorbehoedmiddelen afwijzen'. *Volkskrant* 17 juni 1996.

In de politiek-juridische discussie zijn het de kleinere christelijke partijen (en tot op zekere hoogte ook het CDA) die dit argument naar voren brengen. Verder bijvoorbeeld prof. Van Mourik, in de *Volkskrant* van 14 april 1996, maar ook tijdens een symposium georganiseerd door ELSA (The European Law Students' Association) in Tilburg op 14 febr. 1997. Dit forum vormde de aanleiding voor het schrijven van dit stuk, omdat daarbij opnieuw bleek hoe dun en betwistbaar de argumentatie tegen openstelling eigenlijk is.

25. Deze visie werd bijvoorbeeld tijdens het bovengenoemde ELSA-forum verdedigd door D66 kamerlid Dittrich.

26. TK II, 22 700, nr 6 vraag 15.

27. Baron G. van Boetzelaer van de Katholieke Politieke Partij: 'Het gedram in de parse fracties om het zogenaamde homohuwelijk toont niet alleen aan hoe ver men van de christelijke wortels is verwijderd geraakt, maar ook hoezeer men van de natuur, van de schepping zelf is vervreemd'. *Volkskrant* 17 juni 1996.