

## 12, Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

### A: Inleiding

Artikel 12 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ziet op het recht om te trouwen en een gezin te stichten. De achtergrond van dit artikel ligt in het garanderen van gelijke rechten voor mannen en vrouwen binnen het huwelijk en het gezin. Oorspronkelijk keerde het artikel zich onder meer tegen de praktijk waarin (kind)meisjes werden uitgehuwelijkt.

Terwijl het Europees Hof voor de Rechten van de Mens andere rechten in het EVRM doorgaans een redelijk brede reikwijdte toekent, interpreteert het artikel 12 vanuit een conservatieve blik, waarin het recht om te trouwen alleen openstaat voor monogame verbindingen tussen man en vrouw en het recht om een gezin te stichten alleen van toepassing is op procreatie via de biologische weg. Mede daarom leidt artikel 12 EVRM een marginaal bestaan en worden de meeste rechtsvragen ten aanzien van bijvoorbeeld homohuwelijken, kunstmatige inseminatie en polygamie behandeld onder artikel 8 EVRM, waarin de bescherming van het privé- en gezinsleven is vastgelegd.<sup>1</sup>

In dit commentaar wordt allereerst aandacht besteed aan de herkomst en de oorspronkelijke doelstellingen van artikel 12 EVRM, op de structuur van de bepaling en op de onderlinge relatie tussen artikel 12 en enkele andere relevante bepalingen (C.1). Vervolgens wordt specifiek ingegaan op de betekenis die de bestanddelen van de bepaling volgens het EHRM hebben. Centraal staat allereerst het feit dat het moet gaan om ‘mannen en vrouwen van huwbare leeftijd’ (C.2). Vervolgens komt het recht om te huwen als zodanig aan bod (C.3), gevolgd door het recht om een gezin te stichten (C.4). In C.5 wordt ingegaan op de beperkingsmogelijkheden die de bepaling biedt. Afgesloten wordt met een korte conclusie (C.6).

### B: Wetstechnische informatie

Deze informatie wordt verzorgd door Sdu Uitgevers.

### C: Kernproblematiek

#### C.1 Inleiding

**Oorsprong: art. 16 UVRM**

De oorsprong van artikel 12 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is gelegen in het gelijksoortige artikel 16 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM) dat luidt: “(1) Zonder enige beperking op grond van ras, nationaliteit of godsdienst, hebben mannen en vrouwen van huwbare leeftijd [of full age] het recht om te huwen en een gezin te stichten. Zij hebben gelijke rechten wat het huwelijk betreft, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan. (2) Een huwelijk kan slechts worden gesloten met de vrije en volledige toestemming van de aanstaande echtgenoten. (3) Het gezin

---

<sup>1</sup> Dit commentaar is gedeeltelijk gebaseerd op eerdere publicaties als: B. van der Sloot, ‘Tussen feit en fictie, of over het recht om te trouwen en een gezin te stichten: een jurisprudentieanalyse van artikel 12 EVRM’, NJCM-Bulletin, 38 2013 (3), p. 361-380.

is de natuurlijke en fundamentele groepseenheid van de maatschappij en heeft recht op bescherming door de maatschappij en de Staat.”

Dit artikel is opgenomen in de UVRM op voorspraak van de subcommissie voor de status van vrouwen. Het artikel zet dan ook primair in op de gelijke behandeling van man en vrouw voor, tijdens en na het huwelijk. Zo moeten beide partners de staat van volwassenheid hebben bereikt en vrijelijk instemmen met het huwelijk wil het legitiem zijn. Het artikel verzet zich daarmee expliciet tegen de praktijk van het uithuwelijken van vrouwen en kindmeisjes.<sup>2</sup>

Daarnaast garandeert het UVRM-artikel gelijke behandeling van religieuze minderheden en immigranten, die vaak werden en worden belemmerd in hun recht te trouwen door procedurele formaliteiten opgeworpen door overheden. Tegen de achtergrond van de toen nog vers in het geheugen liggende familie- en gezinspolitiek van het naziregime, waarin raciaal gemengde huwelijken en relaties tussen mensen van gelijk geslacht waren verboden, de voortplanting van groepen in de samenleving werd tegengegaan en de creatie van een zuiver (Arisch) ras actief werd gestimuleerd, is verduidelijkt dat ook raciale minderheden recht hebben op een gelijke behandeling.<sup>3</sup>

Anders dan aanvankelijk werd voorgesteld, bezigt de uiteindelijke versie van artikel 16 UVRM niet de term ‘family deriving from marriage’, maar ontkoppelt het de twee deelrechten, waardoor het huwelijk niet hoeft te worden geconsumeerd, iets wat in veel samenlevingen onder religieuze suprematie wel werd en wordt gepredikt, en het recht een gezin te stichten ook buiten het huwelijk kan worden genoten. Dit laatste had tot uitdrukkelijk doel om bastaardkinderen gelijke bescherming te bieden. Daarnaast is er voor gekozen geen goddelijke basis voor het huwelijk op te nemen. De zinsnede ‘de natuurlijke en fundamentele groepseenheid van de maatschappij’ moet dan ook niet op religieuze wijze worden geïnterpreteerd, maar verwijst veeleer naar het klassiek liberale uitgangspunt dat de familie en het individu voorafgaan aan de staat en de samenleving. Juist omdat de staat is opgebouwd uit de verschillende familie-eenheden, kan hij nooit verregaand treden in het gezins- en familieleven omdat hij dan zijn eigen fundamenten zou ondermijnen. De opstellers benadrukten dan ook dat huwelijks- en gezinsrecht voorafgaat aan het positieve recht.

### Geschiedenis art. 12 EVRM

Als gezegd bouwt artikel 12 EVRM, net als veel andere artikelen uit het EVRM, voort op deze bepaling uit het UVRM. Voor het EVRM als geheel geldt dat aanvankelijk slechts de kern van de rechten uit het UVRM werd overgenomen om zodoende een compacte lijst met kernrechten en -vrijheden te vervaardigen.<sup>4</sup> Zo werd van artikel 16 UVRM slechts overgenomen het recht om te trouwen en een gezin te stichten, terwijl voor het discriminatieverbod werd verwezen naar de voorloper van artikel 14 EVRM en een apart artikel in het verdrag specificeerde of en hoe staten de kernrechten mochten beperken.

### Negatief, klassiek grondrecht

---

<sup>2</sup> Report of the Sub-Committee on the Status of Women to the Commission on Human Rights  
<https://www.undocs.org/pdf?symbol=en/E/HR/18>

<sup>3</sup> Commission on Human Rights Drafting Committee First Session Summary Record of the Eighth Meeting  
<https://www.undocs.org/pdf?symbol=en/E/CN.4/AC.1/SR.8>, p. 7-8

<sup>4</sup> A.H. Robertson (ed.), *Collected edition of the 'travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights, Vol. 1*, The Hague, Nijhoff, 1975, p. 194

Dat artikel 12 EVRM, net als in het UVRM het geval is, moet worden gezien als een klassiek, negatief grondrecht werd keer op keer benadrukt, bijvoorbeeld toen er verzet kwam tegen de opname van het huwelijksrecht, het recht op vrije educatie en het recht op eigendom: 'The outstanding feature of the totalitarian regimes was the ruthless and savage way in which they endeavoured to wipe out the concept of the family as the natural unit of society. If we delete paragraphs 10 and 11, I submit that we are accepting the validity of that philosophy. We are declaring that the Nazis were justified in everything they did to prevent some human beings from perpetuating their race and name'.<sup>5</sup> Dat artikel 12 EVRM moet worden gezien als een klassiek mensenrecht blijkt te meer uit het feit dat dit recht wel is opgenomen in het EVRM en sociaal-economische rechten, zoals het recht op eigendom en het recht op onderwijs, niet in de conventie zijn vervat maar naar het eerste Protocol zijn verwezen. Ondanks dat een deel van de anti-discriminatiebepalingen van artikel 16 UVRM uit artikel 12 EVRM zijn verdwenen, is ook onder het EVRM de ratio achter de bepaling het garanderen van gelijkheid.

### **Beperkingsclausule**

Later in de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM wordt als alternatief voor de opsomming van kernrechten voorgesteld om de verschillende rechten te definiëren in de eerste paragraaf van verschillende artikelen en in de tweede paragraaf van de gekwalificeerde rechten een beperkingsclausule op te nemen. Opmerkelijk is dat in dit alternatief, dat uiteindelijk heeft geprevaleerd, zowel de toenmalige als de huidige versie van artikel 12 EVRM juist in de beperkingsclausule verschilt van de verdragsrechten als het recht op privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting. Aanvankelijk luidde het artikel: '(1) Men and women of full age have the right to marry and found a family. (2) Each State party hereto shall be entitled to establish rules governing the exercise of these rights.' Later zijn deze twee leden simpelweg samengevoegd.

Artikel 12 EVRM stelt derhalve dat mannen en vrouwen het recht hebben te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die *de uitoefening* van dit recht beheersen. De staat kan procedurele voorwaarden waaronder het recht mag worden uitgeoefend vaststellen, maar mag nimmer de kern van het recht beperken. Dit moet wederom worden begrepen vanuit de verklaring dat dit recht werd gezien als voorafgaand aan het positieve recht. Aangezien de staat en de samenleving zijn opgebouwd uit verschillende familie eenheden kunnen zij nooit verregaand de familiesfeer inperken omdat zij daarmee hun eigen fundamenten zouden ondergraven.

### **Art. 9 EU-Handvest**

Volledigheidshalve wordt hier gemeld dat het recht om te huwen ook is vastgelegd in [artikel 9 van het EU-handvest \(Hv\) van de grondrechten \(BWBV0001800\)](#), zij het in een ruimere formulering. [EU-Handvest] Het luidt: 'Het recht te huwen en het recht een gezin te stichten worden gewaarborgd volgens de nationale wetten die de uitoefening van deze rechten beheersen'. Artikel 9 Hv is grotendeels gebaseerd op artikel 12 EVRM, maar refereert niet exclusief aan het huwelijk tussen man en vrouw. De formulering van dit recht is aangepast aan de tijd om ook de gevallen te bestrijken waarin de nationale wetgevingen andere vormen dan het huwelijk erkennen om een gezin te stichten. Dit artikel verbiedt noch gebiedt dat aan verbintenissen tussen personen van hetzelfde geslacht de status van het huwelijk wordt

---

<sup>5</sup> A.H. Robertson, 'Collected edition of the 'travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights, Vol. II', The Hague, Nijhoff, 1975, p. 90.

verleend. Dit recht lijkt aldus op het recht waarin het EVRM voorziet, maar het kan een ruimere reikwijdte hebben wanneer de nationale wetgeving dat bepaalt.

### Relatie tot art. 8 EVRM

Artikel 12 EVRM leidt een redelijk slapend bestaan. Daarvoor zijn twee verklaringen te geven. Enerzijds hebben het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) en de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM of Commissie) artikel 12 EVRM, zeker in de eerste jaren, zeer restrictief uitgelegd, namelijk als een artikel dat slechts bescherming biedt aan het traditionele huwelijk tussen man en vrouw en aan het stichten van een gezin via biologische weg. Anderzijds heeft artikel 8 EVRM juist een zeer grote reikwijdte gekregen, waaronder ook bescherming wordt geboden aan relaties tussen mensen van gelijk geslacht en het stichten van een gezin via niet biologische wijze, zoals kunstmatige inseminatie en adoptie.

De keuze om de reikwijdte van artikel 8 zo ruim vorm te geven is opmerkelijk, omdat artikel 8 EVRM niet bedoeld is als een bepaling die bescherming biedt aan het stichten van een gezin of het bevestigen van liefdesrelaties, maar artikel 12 EVRM. Het Hof en de Commissie hebben artikel 12 EVRM echter op een zeer (christelijk)-conservatieve wijze geïnterpreteerd en artikel 8 EVRM juist op een zeer progressieve (liberale) wijze. Deze keuze lijkt grotendeels te zijn gebaseerd op een gebrek aan kennis bij de Commissie en het Hof over de achtergrond en de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 12 EVRM. De twee-wegenbenadering biedt het Hof nu wel de mogelijkheid om theoretisch vast te houden aan een conservatieve benadering van het recht om te trouwen en een gezin te stichten, als er naar artikel 12 EVRM wordt verwezen, en tegelijkertijd allerhande moderne vormen van relationele verbintenissen en het stichten van een gezin bescherming onder artikel 8 EVRM.

### Vier elementen art. 12 EVRM

Artikel 12 EVRM bestaat grofweg uit vier delen. Ten eerste specificceert het wie er een beroep op het recht kunnen doen, namelijk ‘mannen en vrouwen van huwbare leeftijd’. Zij hebben twee onderscheiden deelrechten, namelijk het recht te huwen en het recht een gezin te stichten. Tot slot kent het artikel een beperkingsclausule, namelijk dat mannen en vrouwen van huwbare leeftijd deze rechten genieten ‘volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen’. De jurisprudentie ten aanzien van deze delen zal achtereenvolgens in de volgende vier onderdelen aan bod komen.

## C.2 Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd

### Geen bescherming partners van gelijk geslacht

Artikel 12 EVRM onderscheidt zich van andere verdragsartikelen doordat het niet spreekt van ‘eenieder’, die een bepaald recht heeft, of ‘niemand’, die onderwerp mag zijn van een bepaalde behandeling, maar van ‘mannen en vrouwen’. Alhoewel dit een gelijkheidsstreven vertegenwoordigt en benadrukt dat vrouwen dezelfde rechten genieten als mannen, heeft de Commissie hier in haar vroege jurisprudentie uit afgeleid dat artikel 12, in tegenstelling tot artikel 8 EVRM, geen relaties tussen personen van gelijk geslacht beschermt. In 1989 stond in *C. en L. M. t. VK*<sup>6</sup> bijvoorbeeld centraal een lesbisch stel woonachtig in het Verenigd

<sup>6</sup> ECieRM, C. en L.M. t. VK, appl.no. 14753/89, 09 oktober 1989. ECLI:CE:ECHR:1989:1009DEC001475389

Koninkrijk, waarvan één partner werd bedreigd met uitzetting naar Australië en de andere een kind had. Zij claimden een *de facto* gezinseenheid te vormen en deden een beroep op zowel artikel 8 als 12 EVRM. Terwijl de Commissie accepteerde dat ook een lesbische relatie wordt beschermd onder de bescherming van het privéleven onder artikel 8, viel deze relatie volgens haar niet onder de reikwijdte van artikel 12 EVRM.

Deze lijn houdt het EHRM tot op de dag van vandaag vast, ondanks het feit dat de spiegelbepaling (artikel 9 van het Handvest) niet spreekt van mannen en vrouwen. Terwijl het ten aanzien van transseksuelen in recentere jaren accepteert dat het recht om te huwen in essentie wordt ontnomen als zij niet mogen trouwen met iemand van het gelijke geslacht, is dat volgens het EHRM niet het geval bij homoseksuelen die geen geslachtsverandering hebben ondergaan.<sup>7</sup> Het EHRM overweegt onder meer dat alhoewel een aantal lidstaten homohuwelijken heeft gelegitimeerd:

*‘[...] this reflects their own vision of the role of marriage in their societies and does not, perhaps regrettably to many, flow from an interpretation of the fundamental right as laid down by the Contracting States in the Convention in 1950. The Court cannot but conclude therefore that the matter falls within the appreciation of the Contracting State as how to regulate the effects of the change of gender in the context of marriage [...].’<sup>8</sup>*

Deze lijn werd bevestigd in *Schalk en Kopf t. Oostenrijk*.<sup>9</sup> Alhoewel het Hof daar met de frase ‘perhaps regrettably to many’ liet doorschemeren dat het aarzelingen heeft bij de conservatieve interpretatie van dit recht, is deze koers vooralsnog ongewijzigd gebleven.<sup>10</sup> Deze lijn van de Commissie en het Hof lijkt op tal van punten af te wijken van het oorspronkelijke uitgangspunt van de verdragsopstellers. Uit het feit dat de tekst spreekt van ‘mannen en vrouwen’ volgt, anders dan wordt aangenomen door de Commissie en het Hof, niet dat de verdragsopstellers hebben gemeend dat het een man en een vrouw moeten zijn die samen dienen te trouwen, net zomin als deze formulering met zich brengt dat het om meerdere mannen en vrouwen zou moeten gaan aangezien de tekst de meervoudsvorm bezigt. De ratio achter het expliciet benoemen van mannen en vrouwen, in tegenstelling tot het spreken van ‘eenieder’ of ‘niemand’, lag niet in het uitsluiten van mensen van gelijk geslacht van het huwelijk, maar in het expliciteren van het feit dat vrouwen gelijke rechten hadden op dit punt als mannen.<sup>11</sup> Het beschermen van mensen van gelijk geslacht lijkt juist in lijn te liggen met het gelijkheidsstreven van de verdragsopstellers en hun verzet tegen de totalitaire politiek van onder andere het naziregime, waarvan juist ook homo’s het slachtoffer waren.

<sup>7</sup> EHRM, L. t. Litouwen, appl.no. 27527/03, 11 september 2007.

ECLI:CE:ECHR:2007:0911JUD002752703 Zie ook: EHRM, Frette t. Frankrijk, appl.no. 36515/97, 26 februari 2002. ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD003651597

<sup>8</sup> EHRM, R. en F. t. VK, appl.no. 35748/05, 28 november 2006. ECLI:CE:ECHR:2006:1128DEC003574805  
EHRM, Parry t. VK, appl.no. 42971/05, 28 november 2006.

ECLI:CE:ECHR:2006:1128DEC004297105

<sup>9</sup> EHRM, Schalk en Kopf t. Oostenrijk, appl.no. 30141/04, 24 juni 2010

ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104.

<sup>10</sup> *Oliari t. Italië* (EHRM, Oliari e.a. t. Italië, applicatie nos. 18766/11 en 36030/11, 21 juli 2015.

ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD001876611 Zie ook de concurring opinion in EHRM, Ratzénböck en Sedl t. Oostenrijk, applicatie no. 28475/12, 26 oktober 2017 ECLI:CE:ECHR:2017:1026JUD002847512. Dit terwijl er onder artikel 8 EVRM meer bescherming wordt geboden: EHRM, Orlandi e.a. t. Italië, appl. nos. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, 14 december 2017. ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD002643112

<sup>11</sup> M.K. Eriksson, ‘Article 16’, p. 246-247. In: A. Eide, *The universal declaration of human rights: a commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992.

## Transseksuelen na geslachtsverandering: aanvankelijk geen recht om te trouwen

Bij transseksuelen wordt er meer ruimte geboden. Lange tijd hebben de Commissie en het Hof een conservatieve koers gevaren ten aanzien van transseksuelen die onder hun nieuwe geslacht willen trouwen met iemand van het tegengestelde geslacht. In *Rees t. VK*<sup>12</sup> stond centraal de wens van een man, voorheen een vrouw, te trouwen met een vrouw. Deze vrijheid werd hem door de overheid ontnomen aangezien zij het in het geboorteregister geregistreerde geslacht aanhield en homoseksuele huwelijken verbood. Het Hof zag geen bezwaar in een dergelijke interpretatie:

*'49. In the Court's opinion, the right to marry guaranteed by Article 12 refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family.'*

Ook in latere zaken is er een biologisch criterium gehanteerd, gerelateerd aan de vraag of een persoon biologisch gezien alle eigenschappen heeft van het nieuwe geslacht, waaronder de mogelijkheid tot voortplanting. Een voorbeeld hiervan is *Cossey t. VK*,<sup>13</sup> een zaak die in vele opzichten lijkt op *Rees*, zij het dat het hier betrof een man die zich tot vrouw had laten ombouwen. Het Hof onderzocht of er reden was om van de *Rees*-uitspraak af te wijken en constateerde dat er nog geen consensus in de diverse nationale aanpakken ten aanzien van transseksualiteit valt te ontwaren, dat er zich geen grote medische ontwikkelingen hadden voorgedaan en dat geslachtsverandering niet leidde tot het verkrijgen van alle biologische kenmerken van het andere geslacht:

*'40. In the Rees judgment, the Court, having noted that the United Kingdom had endeavoured to meet Mr Rees' demands to the fullest extent that its system allowed - and this applies also in the case of Miss Cossey -, pointed out that the need for appropriate legal measures concerning transsexuals should be kept under review having regard particularly to scientific and societal. The Court has been informed of no significant scientific developments that have occurred in the meantime; in particular, it remains the case - as was not contested by the applicant - that gender reassignment surgery does not result in the acquisition of all the biological characteristics of the other sex. There have been certain developments since 1986 in the law of some of the member States of the Council of Europe. However, the reports accompanying the resolution adopted by the European Parliament on 12 September 1989 (OJ No C 256, 9.10.1989, p. 33) and Recommendation 1117 (1989) adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 29 September 1989 - both of which seek to encourage the harmonisation of laws and practices in this field - reveal, as the Government pointed out, the same diversity of practice as obtained at the time of the Rees judgment. Accordingly this is still, having*

<sup>12</sup> EHRM, *Rees t. VK*, appl.no. 9532/81, 17 oktober 1986. ECLI:CE:ECHR:1986:1017JUD000953281

<sup>13</sup> EHRM, *Cossey t. VK*, appl.no. 10843/84, 27 september 1990, para. 40.

ECLI:CE:ECHR:1990:0927JUD001084384 In één zaak, die in latere jurisprudentie wordt genegeerd, lijkt opmerkelijk genoeg juist een juridisch criterium te worden geaccepteerd. ECieRM, *Eriksson & Goldschmidt t. Zweden*, appl.no. 14573/89, 09 november 1989. ECLI:CE:ECHR:1989:1109DEC001457389

*regard to the existence of little common ground between the Contracting States, an area in which they enjoy a wide margin of appreciation. In particular, it cannot at present be said that a departure from the Court's earlier decision is warranted in order to ensure that the interpretation of Article 8 on the point at issue remains in line with present-day conditions.'*

Ten aanzien van de stelling van Cossey dat artikel 12 EVRM een dergelijk biologische criterium niet incorporeert, overwoog het Hof:

*'46. Although some Contracting States would now regard as valid a marriage between a person in Miss Cossey's situation and a man, the developments which have occurred to date cannot be said to evidence any general abandonment of the traditional concept of marriage. In these circumstances, the Court does not consider that it is open to it to take a new approach to the interpretation of Article 12 on the point at issue. It finds, furthermore, that attachment to the traditional concept of marriage provides sufficient reason for the continued adoption of biological criteria for determining a person's sex for the purposes of marriage, this being a matter encompassed within the power of the Contracting States to regulate by national law the exercise of the right to marry.'*

In de dissenting opinions werd verzet tegen deze lijn aangetekend, met name tegen het feit dat de meerderheid van het Hof een verband leek te leggen tussen het recht om te huwen en de mogelijkheid van partners om zich voort te planten. De rechters Palm, Foighel en Pekkanen stelden:

*'Gender reassignment surgery does not change a person's biological sex. It is impossible for Miss Cossey to bear a child. Yet, in all other respects, both psychological and physical, she is a woman and has lived as such for years. The fact that a transsexual is unable to procreate cannot, however, be decisive. There are many men and women who cannot have children but, in spite of this, they unquestionably have the right to marry. Ability to procreate is not and cannot be a prerequisite for marriage.'*

Ook rechter Martens kwam op tegen de redenering van de meerderheid:

*'4.5.1 ... It is true that Article 12, by speaking of "men and women", clearly indicates that marriage is the union of two persons of opposite sex. That does not necessarily mean, however, that "sex" in this context must be interpreted as "biological sex". Nor can it be maintained that "tradition" implies that "sex" in this context can only mean "the biological sexual constitution of an individual which is fixed at birth". That interpretation has, therefore, to be supported by further arguments, the more so as it is far from self-evident that, when seeking a definition of what is meant by "sex" in this context, one should choose one which depends on the situation obtaining when the would-be spouses were born, rather than when they want to marry, especially as the sexual condition of an individual is determined by several factors (viz. chromosomal factors; gonadal factors; genital factors; psychological factors) nearly all of which are (more or less) capable of changing.'*

*Only the chromosomal factor is not. But why should this particular factor be decisive? Why should an individual who - although having since birth the chromosomes of a male - at the moment he wants to marry no longer has testes or a penis but, on the contrary, shows all the (outward) genital and psychological factors of a female (and who is socially accepted as such), nevertheless, for the purpose of determining whether that individual should be allowed to marry a man, be deemed to be still a man himself? To attach so much weight to the chromosomal factor requires further explanation. That explanation, moreover, should be based on at least one relevant characteristic of marriage, for only then could it serve as a legal justification for the differentiation between the individual just described and an individual who is similar in all respects, save for having since birth the chromosomes of a female. The Court's judgment does not offer such an explanation. Neither does the judgment in Corbett v. Corbett, which the Court seems to have espoused.*

*Even if, for the sake of argument, one were to adopt Mr Justice Ormrod's view that "sex is clearly an essential determinant of the relationship called marriage", as well as his opinion that this is so because "the capacity for natural heterosexual intercourse" is essential for marriage, one cannot but treat both individuals referred to on the same footing as regards their fitness to marry a man: both are, as far as heterosexual intercourse is concerned, capable of performing the essential role of a woman; for that role chromosomes are completely irrelevant.*

*In other words, it is arbitrary and unreasonable in this context to ignore successful gender reassignment surgery and to retain the criterion of biological sex.*

*4.5.2 This is all the more so because Mr Justice Ormrod's arguments are clearly unacceptable. Marriage is far more than a sexual union, and the capacity for sexual intercourse is therefore not "essential" for marriage. Persons who are not or are no longer capable of procreating or having sexual intercourse may also want to and do marry. That is because marriage is far more than a union which legitimates sexual intercourse and aims at procreating: it is a legal institution which creates a fixed legal relationship between both the partners and third parties (including the authorities); it is a societal bond, in that married people (as one learned writer put it) "represent to the world that theirs is a relationship based on strong human emotions, exclusive commitment to each other and permanence"; it is, moreover, a species of togetherness in which intellectual, spiritual and emotional bonds are at least as essential as the physical one.*

*Article 12 of the Convention protects the right of all men and women (of marriageable age) to enter into that union and therefore the definition of what is meant by "men and women" in this context should take into account all these features of marriage.*

*4.6 The above considerations serve to demonstrate why I am convinced that in its Rees judgment the Court erred in holding that the right to marry guaranteed by Article 12 (only) refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex.*

*They also show why I think that for the purposes of Article 12 a transsexual, after successful gender reassignment surgery, should be deemed to belong*



*to the sex he has chosen and therefore should have the right to marry a person of the sex opposite to his chosen one.*

*Finally they explain why I think that, as far as transsexuals who have undergone successful gender reassignment surgery are concerned, the effect of the legal impediment in the United Kingdom to the marriage of persons who are not of the opposite biological sex is to reduce the right to marry - which is guaranteed to these persons also - to such an extent that the very essence of that right is impaired.'*

Ondanks dit verzet,<sup>14</sup> bevestigde het Hof ook in 1998, in *Sheffield en Horsham t. VK*,<sup>15</sup> de lijn die in *Rees* was ingezet. Interessant is dat het Hof een biologisch criterium kiest ten aanzien van de bepaling van het geslacht van een persoon en dit met name toespitst op de vraag of de reproductiecapaciteiten werkzaam zijn. Hiermee ontstond een koppeling tussen het recht om te trouwen en het recht om een gezin te stichten, terwijl deze twee deelrechten in de totstandkomingsgeschiedenis juist expliciet van elkaar werden gescheiden. Een koppeling van de twee deelrechten leek ook te volgen uit de door het Hof gebezigde zinsnede 'marriage as the basis of the family' die lijkt op de expliciet uit het artikel verwijderde frase 'family deriving from marriage'. Terwijl artikel 16 UVRM en artikel 12 EVRM waren bedoeld als bepalingen die twee deelrechten onafhankelijk van elkaar garanderen, leek het Hof een koppeling te maken. De beschermwaardigheid van het gezin leek af te hangen van de vraag of dat uit een huwelijk was ontstaan en het recht om te huwen werd afhankelijk gemaakt van de vraag of er mogelijkheden waren tot biologische reproductie.

#### **Transseksuelen na geslachtsverandering; thans wel recht om te trouwen**

Een radicale breuk met deze conservatieve koers kwam in de zaken *Goodwin t. VK* en *I. t. VK*, die simultaan werden gewezen.<sup>16</sup> Het Hof verwees in zijn uitspraak naar het biologische criterium dat in *Rees* en navolgende zaken was gehanteerd, waaruit volgt dat het recht om te huwen slechts kan worden benut als de twee partners de mogelijkheid hebben zich voort te planten en een gezin te stichten, en overwoog:

*'Reviewing the situation in 2002, the Court observes that Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. The second aspect is not however a condition of the first and the inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as per se removing their right to enjoy the first limb of this provision.'*<sup>17</sup>

Ook refereerde het Hof aan een aantal in zijn ogen belangrijke veranderingen dat zich sindsdien had voorgedaan, zoals de toegenomen sociale acceptatie van transseksuelen, de gegroeide medische mogelijkheden en de verbrede juridische inbedding van het huwelijksrecht, waarbij het verwees naar het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, waarin artikel 9 het recht om te huwen en een gezin te stichten garandeert zonder

<sup>14</sup> Zie ook: ECieRM, L.B. t. Frankrijk, appl.no. 13343/87, 13 februari 1990.

<sup>15</sup> EHRM, *Sheffield en Horsham t. VK*, appl.nos. 22985/93 en 23390/94, 30 september 1998. ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002298593

<sup>16</sup> EHRM, *Goodwin t. VK*, appl.no. 28957/95, 11 juli 2002. ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795 EHRM, *I t. VK*, appl.no. 25680/94, 11 juli 2002 ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002568094. Zie echter: uit: EHRM, *Emonet en anderen t. Zwitserland*, appl.no. 39051/03, 13 december 2007. ECLI:CE:ECHR:2007:1213JUD003905103

<sup>17</sup> *Goodwin* para 98; *I.* para 78.

daarbij te verwijzen naar ‘mannen en vrouwen’. Dit gaf het Hof voldoende grond om te breken met de eerder jurisprudentie, daar het oordeelde dat:

*[...] it is artificial to assert that post-operative transsexuals have not been deprived of the right to marry as, according to law, they remain able to marry a person of their former opposite sex.’<sup>18</sup>*

### Transseksuelen na geslachtsverandering; omzetting van het huwelijk in geregistreerd partnerschap

Het leek er derhalve even op dat een persoon die is geboren als man en een geslachtsoperatie heeft ondergaan tot vrouw mag trouwen met een man. Dat bleek echter een wat te verstrekkende interpretatie. Als een geregistreerd partnerschap openstaat, dan is dat ook voldoende. In de zaak *Hämäläinen t. Finland*<sup>19</sup> stond ter discussie het feit dat het huwelijk van een vrouw en een man die zich na het moment van trouwen een geslachtsverandering had ondergaan werd omgezet in een geregistreerd partnerschap in plaats van een huwelijk. Het Hof overwoog in relatie tot artikel 8 EVRM het volgende:

*‘While it is regrettable that the applicant faces daily situations in which the incorrect identity number creates inconvenience for her, the Court considers that the applicant has a genuine possibility of changing that state of affairs: her marriage can be converted at any time, ex lege, into a registered partnership with the consent of her spouse. If no such consent is obtained, the possibility of divorce, as in any marriage, is always open to her. In the Court’s view, it is not disproportionate to require, as a precondition to legal recognition of an acquired gender, that the applicant’s marriage be converted into a registered partnership as that is a genuine option which provides legal protection for same-sex couples that is almost identical to that of marriage. The minor differences between these two legal concepts are not capable of rendering the current Finnish system deficient from the point of view of the State’s positive obligation. In conclusion, the Court considers that the current Finnish system as a whole has not been shown to be disproportionate in its effects on the applicant and that a fair balance has been struck between the competing interests in the present case. Accordingly, there has been no violation of Article 8 of the Convention.’<sup>20</sup>*

Dit was volgens het EHRM geen schending van artikel 8 EVRM en daarmee ook niet van artikel 12 EVRM:

*‘The Court reiterates that Article 12 of the Convention is a lex specialis for the right to marry. It secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. Article 12 expressly provides for regulation of marriage by national law. It enshrines the traditional concept of marriage as being between a man and a woman. While it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to*

<sup>18</sup> Goodwin para 101; I. para 81.

<sup>19</sup> EHRM, *Hämäläinen. t. Finland*, appl.no. 37359/09, 16 juli 2014. ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD003735909

<sup>20</sup> *Hämäläinen*, para. 87-89.

*grant access to marriage to same-sex couples. The issue at stake concerns the consequences of the applicant's change of gender for the existing marriage between her and her spouse. The Grand Chamber finds, as did the Chamber, that this question has already been examined above under Article 8 of the Convention and resulted in the finding of no violation of that Article. In these circumstances, the Court considers that no separate issue arises under Article 12 of the Convention and accordingly makes no separate finding under that Article.'*<sup>21</sup>

In hun joint dissenting opinion stelden rechters Sajó, Keller en Lemmens deze keuze ter discussie:

*'[ ] the question of whether an issue arises under Article 12 becomes more difficult after a finding, such as that of the majority, that there has not been a violation of Article 8. We believe that the majority should have examined the issue of whether Article 12 guarantees not only a right to marry, but also a right to remain married unless compelling reasons justify an interference with the civil status of the spouses. We do not consider the gender reassignment undergone by one spouse to be a compelling reason justifying the dissolution of a marriage where both spouses expressly wish to continue in their pre-existing marital relationship. This argument is supported by Principle 3 of the Yogyakarta Principles and recent judgments of the Constitutional Courts of Austria, Germany and Italy, which have all three overturned decisions requiring the dissolution of pre-existing marriages as a precondition for the legal acknowledgment of acquired gender.'*

### C.3 Het recht om te huwen

#### Immigranten

De Straatsburgse organen kozen ten aanzien van het recht om te huwen tussen man en vrouw aanvankelijk voor een conservatieve lijn. Zo is er geen recht voor gehuwden om de kiezen waar zij hun huwelijksleven willen doorbrengen of een gezin willen stichten.<sup>22</sup> Er geldt slechts een recht om te kiezen waar immigranten hun huwelijksleven willen leiden en waar zij hun gezin willen stichten als er bijzondere omstandigheden in het spel zijn, waarbij er een onderscheid wordt gemaakt tussen mensen die reeds een dergelijk gezinsleven hebben opgebouwd in een Europees land en mensen die dat van plan zijn en tussen 'echte' huwelijken, die uit liefde zijn geboren, en verstandshuwelijken, die om rationele redenen tot stand zijn gekomen. In tegenstelling tot personen die een 'lawful and genuine marriage' genieten, gold voor personen voor wie de '[...] primary purpose of the marriage was to effect the husband's entry into the United Kingdom for economic purposes'<sup>23</sup> dat de staat verregaande beperkingen aan het huwelijksrecht mag opleggen.

---

<sup>21</sup> Hämäläinen, para 96-97.

<sup>22</sup> ECmHR, Babul t. VK, appl.no. 17504/90, 19 februari 1992. ECLI:CE:ECHR:1992:0219DEC001750490. ECmHR, N.A. t. VK, appl.no. 17229/90, 13 February 1992. ECLI:CE:ECHR:1992:0213DEC001722990

<sup>23</sup> ECieRM, S t. VK, appl.no. 19788/92, 06 juli 1992. ECLI:CE:ECHR:1992:0706DEC001978892

Naast het gemaakte onderscheid tussen liefdes- en verstandshuwelijken, nam de ECieRM van oudsher ook mee of er reeds sprake is van een huwelijksleven of concrete huwelijksplannen, alhoewel ook hier zeer restrictief naar wordt gekeken. In de zaak *X. t. Duitsland*<sup>24</sup> stond bijvoorbeeld centraal een Indiase man wiens verblijfsvergunning niet werd verlengd en die stelde dat dit hem verhinderde met zijn Duitse verloofde te trouwen. De Commissie overwoog echter dat de klager onvoldoende had aangetoond dat hij concrete plannen had om te trouwen en dat deze plannen reëel waren. Bovendien had hij ook buiten Duitsland kunnen trouwen.

Een kleine versoepeling lijkt te volgen uit de zaak *O'Donoghue e.a. t. VK*<sup>25</sup> waarin centraal stond een complex systeem waarin het recht om te huwen van mensen die slechts voor een beperkte tijd in het Verenigd Koninkrijk verbleven werd beperkt, tenzij er sprake was van echte liefde, en er kosten waren verbonden aan de uitoefening van dit recht, waarbij evenwel gold dat armlastigen hun geld konden terugvorderen. Het Verenigd Koninkrijk had dit systeem reeds enkele malen aangepast en versoepeld en de klagers werden slechts voor een beperkte tijd belemmerd in hun recht om te trouwen, totdat duidelijk werd dat er sprake was van een duurzame liefdesrelatie. Toch constateerde het Hof een schending, alhoewel het ook hier ging om een belemmering voor korte duur, een belemmering die ten dele bestond uit een te betalen bedrag dat later eventueel zou kunnen worden teruggevorderd:

*'It is clear from the Court's case-law and from earlier Commission decisions that a Contracting State may properly impose reasonable conditions on the right of a third-country national to marry in order to ascertain whether the proposed marriage is one of convenience and, if necessary, to prevent it. Consequently, a Contracting States will not necessarily be acting in violation of Article 12 of the Convention if they subject marriages involving foreign nationals to scrutiny in order to establish whether or not they are marriages of convenience. Such scrutiny may be exercised by requiring foreign nationals to notify the authorities of an intended marriage and, if necessary, asking them to submit information relevant to their immigration status and to the genuineness of the marriage. Moreover, a requirement that a non-national planning to marry in a Contracting State should first obtain a certificate of capacity will not necessarily violate Article 12 of the Convention. Consequently, the Court agrees with the House of Lords that the requirement under section 19 of the 2004 Act that non-EEA nationals submit an application to the Secretary of State for the Home Department for a Certificate of Approval before being permitted to marry in the United Kingdom is not inherently objectionable. However, the Court has a number of grave concerns, most of which apply to all three versions of the Certificate of Approval scheme. First, the Court observes that the decision whether or not to grant a Certificate of Approval was not, and continues not to be, based solely on the genuineness of the proposed marriage. Unlike the schemes with which the Commission was concerned in Sanders and Klip and Krüger, in the present case the first version of the scheme did not require applicants to submit any information about the strength or duration of their relationship as the scheme did not provide for or envisage any investigation into the genuineness of the proposed marriages. Rather, the IDIs suggested that the Secretary of State's decision on whether or not to grant*

---

<sup>24</sup> ECieRM, *X. t. Duitsland*, appl.no. 7175/75, 12 juli 1976 ECLI:CE:ECHR:1976:0712DEC000717575.

<sup>25</sup> EHRM, *O'Donoghue e.a. t. VK*, appl.no. 34848/07, 14 december 2010 ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD003484807.

*a Certificate would be based solely on whether the applicant was in possession of sufficient leave and whether there was any legal impediment to marriage. The second version of the scheme provided that persons with insufficient leave could be required to submit information concerning the genuineness of their relationship, while the third version of the scheme extended this requirement to applicants with no valid leave to remain. However, under all three versions of the scheme applicants with "sufficient" leave to remain qualified for Certificates of Approval without any apparent requirement that they submit information concerning the genuineness of the proposed marriages. Secondly, the Court is especially concerned that the first and second versions of the scheme imposed a blanket prohibition on the exercise of the right to marry on all persons in a specified category, regardless of whether the proposed marriage was one of convenience or not. Under the first version of the scheme, only those foreign nationals with sufficient leave to remain (that is, those who had been granted leave to enter or remain for a period totalling more than six months and who had at least three months of this leave remaining at the time of making the application) could qualify for a Certificate of Approval. Although the second version of the scheme extended eligibility to persons with insufficient leave, it continued to exclude persons who had no valid leave to enter. It was only the third version of the scheme which extended eligibility to persons like the second applicant who had no valid leave to enter. The Court recalls that it has previously, albeit in different circumstances, held that a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right fell outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin was. Likewise, in the present case, the Court considers that there is no justification whatsoever for imposing a blanket prohibition on the right of persons falling within these categories to exercise their right to marry. Even if there was evidence to suggest that persons falling within these categories were more likely to enter into marriages of convenience for immigration purposes – and the Government have submitted no such evidence to the Court in the course of these proceedings – the Court finds that a blanket prohibition, without any attempt being made to investigate the genuineness of the proposed marriages, restricted the right to marry to such an extent that the very essence of the right was impaired. The existence of the exception on compassionate grounds did not remove the impairment of the essence of the right, as this was an exceptional procedure which was entirely at the discretion of the Secretary of State. Moreover, the Secretary of State's decision whether or not to exercise this discretion appears to have been based entirely on the personal circumstances of the applicants and not on the genuineness of the proposed marriages. Thirdly, the Court agrees with the view expressed by Lord Bingham that a fee fixed at a level which a needy applicant could not afford could impair the essence of the right to marry. It recalls that it has previously found, in the context of a complaint under Article 6 § 1 of the Convention, that depending on the circumstances of a case, including the applicant's ability to pay, the level of a fee may in itself be such as to restrict the enjoyment of a Convention right. In view of the fact that many persons who are subject to immigration control will either be unable to work in the United Kingdom, such as the second applicant, or will fall into the lower income bracket, the Court also agrees that in the present case the fee of GBP 295 was sufficiently high to impair the right to marry. Moreover, the Court does*

*not consider that the system of refunding fees to needy applicants, such as the second applicant, which was introduced in July 2010, constitutes an effective means of removing any impairment as the requirement to pay a fee, even if there is a possibility that it could be later refunded, may act as a powerful disincentive to marriage. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that from May 2006, when the applicants formed the intention to marry, until they were issued with a Certificate of Approval on 8 July 2008, the very essence of the first and second applicants' right to marry was impaired. From May 2006 to 19 June 2007, the essence of the right was impaired because the second applicant was not eligible to be issued with a Certificate of Approval under the second version of the scheme. From 19 June 2007 to 8 July 2008 the essence of the right was impaired by level of the fee charged. There has accordingly been a violation of Article 12 of the Convention.<sup>26</sup>*

### Economische consequenties van het huwelijk

Naast het verkrijgen van een verblijfsvergunning kan het huwelijk ook andere juridische en economische consequenties met zich brengen, zoals met betrekking tot erfenissen, belastingen en bijstand. Dit kan leiden tot een onderscheid tussen (kinderen van) gehuwden en ongehuwden. Toch blijkt uit de oudere jurisprudentie dat zo'n onderscheid geen schending van artikel 12, eventueel in combinatie met artikel 14 EVRM, oplevert. Voorbeelden hiervan zijn *Kleine Staarman t. Nederland*<sup>27</sup> waarin een vrouw haar WAO verloor omdat ze trouwde, en *Lindsay t. VK*<sup>28</sup> en *Hubaux t. België*,<sup>29</sup> waarin de hoogte van de inkomstenbelasting verschilde voor gehuwden en ongehuwden. In de klassieke zaak *Marckx t. België*<sup>30</sup> stond centraal de zaak van een niet gehuwde vrouw die een kind baarde; alhoewel zij het kind kon adopteren of op een andere wijze had kunnen legaliseren, bleef er een onderscheid bestaan tussen dit kind en kinderen geboren binnen een huwelijk, onder andere in erfenisaangelegenheden. Het Hof zag hierin echter geen schending van artikel 12 EVRM en oordeelde simpelweg dat de regeling klaagster niet hinderde in haar recht te trouwen. Dit oordeel bracht met zich dat, om bepaalde juridische en economische voordelen te benutten, partners gehouden zijn te trouwen.

Omdat er sindsdien geen jurisprudentie is geweest die deze lijn versoepelt moet ervan worden uitgegaan dat deze restrictieve uitleg nog steeds staat, alhoewel het EHRM onder artikel 8 en 14 EVRM inmiddels een andere koers lijkt te varen. Het valt te bezien of het EHRM, als een nieuwe zaak zou voorkomen, anno 2019 zou kiezen voor een bestendiging van de eerder gekozen koers ten aanzien van artikel 12 EVRM, of aansluiting zou zoeken bij de jurisprudentie ten aanzien van andere bepalingen uit het EVRM.

### Beperkingen aan het sluiten van een huwelijk

Volgens de oude Commissierechtspraak waren de staten verder bevoegd vrij verregaande beperkingen op te leggen aan het sluiten van een huwelijk, niet alleen inzake bigamie<sup>31</sup> en de

<sup>26</sup> O'Donoghue, para 87-92.

<sup>27</sup> ECieRM, *Kleine Staarman t. Nederland*, appl.no. 10503/83, 16 mei 1985 ECLI:CE:ECHR:1985:0516DEC001050383.

<sup>28</sup> ECieRM, *Lindsay t. VK*, appl.no. 11089/84, 11 november 1986 ECLI:CE:ECHR:1986:1111DEC001108984.

<sup>29</sup> ECieRM, *Hubaux t. België*, appl.no. 11088/84, 09 mei 1988 ECLI:CE:ECHR:1988:0509DEC001108884.

<sup>30</sup> EHRM, *Marckx t. België*, appl.no. 6833/74, 13 juni 1979 ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374.

<sup>31</sup> ECieRM, *X t. VK*, appl.no. 3898/68, 22 juli 1970 ECLI:CE:ECHR:1970:0722DEC000389868.

huwbare leeftijd waarop een huwelijk rechtsgeldig mag worden gesloten,<sup>32</sup> maar ook ten aanzien van de vorm waarin het huwelijk dient te worden beklonken, daarmee legitimerend de beperking van bepaalde culturele of religieuze uitingsvormen van het huwelijk<sup>33</sup> en ten aanzien van immigranten, onder andere door te eisen dat zij afreizen naar hun geboorteland om daar een kopie van een geboorteakte te bemachtigen.<sup>34</sup>

In *B. en L. t. VK*<sup>35</sup> was het recht van schoonvader en -dochter om te trouwen ontzegd gezien het gevaar van dwang en beïnvloeding door de schoonouder. De Britse overheid stelde onder andere dat het verbod voor een schoonouder en -kind om met elkaar te trouwen in een specifieke zaak kon worden opgeheven door het parlement, na een bestudering van het individuele geval. Het Hof constateerde in casu een schending, niet alleen omdat zij er onvoldoende van was overtuigd dat een dergelijke individuele afweging zorgvuldig was geschied, maar ook omdat:

*'40. ... in any event a cumbersome and expensive vetting process of this kind would not appear to offer a practically accessible or effective mechanism for individuals to vindicate their rights. It would also view with reservation a system that would require a person of full age in possession of his or her mental faculties to submit to a potentially intrusive investigation to ascertain whether it is suitable for them to marry.'*

Ook ten aanzien van het verbod als zodanig plaatst het Hof derhalve vraagtekens.<sup>36</sup>

Personen met beperkte wilsbekwaamheid mogen worden beperkt in hun recht om te huwen. In de zaak *Delecolle*<sup>37</sup> wilde een rijke man trouwen, maar hij werd op verzoek van zijn geadopteerde dochter onder curatele geplaatst. De curator gaf geen toestemming voor het huwelijk, omdat hij de financiële gevolgen daarvan niet zou kunnen overzien. De man vocht deze beslissing aan, maar werd door de Franse rechters in het ongelijk gesteld. Ook het EHRM constateerde geen schending van artikel 12 EVRM.

*'64. [] Les autorités disposaient dès lors d'une marge d'appréciation, afin d'être en mesure de le protéger effectivement au regard des circonstances, et ainsi anticiper les conséquences susceptibles d'être préjudiciables à ses intérêts. Quant à l'article 460, alinéa 1, du code civil, la Cour constate qu'il préserve en réalité le droit de se marier, comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel. Il est vrai que certaines limitations sont prévues. La Cour note toutefois que ces dernières sont encadrées, avec l'existence de recours permettant de soumettre les restrictions au droit de se marier à un contrôle juridictionnel, dans le cadre d'un débat contradictoire. Tel fut le cas pour le requérant en l'espèce, puisqu'il a exercé les recours prévus en droit interne et qu'il a pu présenter contradictoirement ses arguments pour contester la décision litigieuse. En outre, ainsi que l'a fait valoir le Conseil*

<sup>32</sup> ECieRM, Khan t. VK, appl.no. 11579/85, 07 juli 1986 ECLI:CE:ECHR:1986:0707DEC001157985.

<sup>33</sup> ECieRM, X t. Duitsland, appl.no. 6167/73, 18 december 1974 ECLI:CE:ECHR:1974:1218DEC000616773.

<sup>34</sup> ECieRM, Senine Vadbolshi en Demonet t. Frankrijk, appl.no. 22404/93, 12 oktober 1994 ECLI:CE:ECHR:1994:1012DEC002240493.

<sup>35</sup> EHRM, B. en L. t. VK, appl.no. 36536/02, 13 september 2005 ECLI:CE:ECHR:2005:0913JUD003653602.

<sup>36</sup> Zie onder artikel 8 EVRM ook de zaak over de strafbaarstelling van incest: EHRM, Stubing t. Duitsland, appl.no. 43547/08, 12 April 2012 ECLI:CE:ECHR:2012:0412JUD004354708.

<sup>37</sup> EHRM, Delecolle t. Frankrijk, appl.no. 37646/13, 25 oktober 2018 ECLI:CE:ECHR:2018:1025JUD003764613.

*Constitutionnel, le régime de curatelle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée et favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci.'*

Kamerpresident Nussberger is kritisch in haar *dissenting opinion*. Zij meent dat het verbod in casu wel een absoluut en geen relatief verbod inhield voor de man: hij mocht simpelweg niet trouwen en er was geen concreet vooruitzicht dat het verbod in de nabije toekomst zou worden opgeheven. Alhoewel het curatorschap in theorie weer zou kunnen komen te vervallen, was er weinig reden om te geloven dat naarmate Delecolle ouder werd hij weer geschikt werd geacht om zelf beslissingen te nemen ten aanzien van handelingen met financiële consequenties. Interessant is dat Nussberger opmerkt dat als de man niet zo rijk zou zijn geweest, er waarschijnlijk niemand was die bezwaar had gemaakt tegen het huwelijk. Vervolgens merkt Nussberger expliciet op dat de belangen van Delecolle moeten worden onderscheiden van die van de erfgenamen.

*'Il faut bien distinguer les intérêts propres du requérant et les intérêts de ses héritiers potentiels. L'intérêt du requérant n'est pas nécessairement de conserver son patrimoine pour ses futurs héritiers, mais bien plutôt de continuer à vivre sa vie jusqu'à sa mort sans soucis financiers et d'une manière librement choisie.'*

Aangezien de curator Delecolle kon behoeden voor onverstandige uitgaven, of hij nu getrouwd was of niet, concludeerde Nussberger dat artikel 12 EVRM was geschonden:

*'À mon avis, dans la présente affaire, le droit au mariage a été indûment réduit à une décision purement financière et il a été, en conséquence, restreint d'une façon disproportionnée qui touchait à sa substance même. Les autorités ont complètement négligé les aspects sociaux et personnels du mariage. Or c'étaient ceux qui comptaient pour le requérant.'*

### **Geen recht op echtscheiding, wel op snelle echtscheidingsprocedure**

Tot slot volgt uit vroege jurisprudentie, zoals *X. t. Zwitserland*,<sup>38</sup> dat het recht om te trouwen niet het recht om te scheiden omvat. In *Johnson e.a. t. VK*<sup>39</sup> redeneerde het Hof dat uit de in de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM gemaakte keuze voor een lijst met kernrechten, waardoor artikel 16 UVRM maar ten dele werd overgenomen, volgde dat het de bedoeling van de EVRM-opstellers was om het recht tot huwelijksontbinding, dat wel in het UVRM is vervat, niet onder artikel 12 EVRM te beschermen.

In de uit 1987 daterende zaak *F. t. Zwitserland*<sup>40</sup> werd deze lijn op een opmerkelijke wijze aangevuld. In deze zaak stond centraal een man die was vreemdgegaan en waarvan het huwelijk werd ontbonden. Hij wilde vervolgens hertrouwen, maar het Zwitserse recht stelde de rechter in staat een termijn te bepalen waarbinnen niet mocht worden hertrouwd; in casu werd een *annus luctus* van drie jaar opgeworpen. Het Hof oordeelde dat alhoewel artikel 12 geen recht om te scheiden en te hertrouwen omvat, dat indien:

<sup>38</sup> ECieRM, X t. Zwitserland, appl.no. 9057/80, 05 oktober 1981 CLI:CE:ECHR:1981:1005DEC000905780.

<sup>39</sup> EHRM, Johnson e.a. t. Ierland, appl.no. 9697/82, 18 december 1986 ECLI:CE:ECHR:1986:1218JUD000969782.

<sup>40</sup> EHRM, F t. Zwitserland, appl.no. 11329/85, 18 december 1987 ECLI:CE:ECHR:1987:1218JUD001132985.



*[...] national legislation allows divorce, which is not a requirement of the Convention, Article 12 secures for divorced persons the right to remarry without unreasonable restrictions.'*

*F. t. Zwitserland* lijkt in latere zaken echter niet te zijn bevestigd, zoals in *De Francesco t. Italië* en *De Luca t. Italië*<sup>41</sup> waarin de mogelijkheid tot hertrouwen zes jaar werd belemmerd door een bezwaarprocedure. De Commissie constateerde in deze zaken geen schending van artikel 6 EVRM en overwoog dat er derhalve ook geen sprake kon zijn van een schending van artikel 12 EVRM. In *Sanders t. Frankrijk*<sup>42</sup> wees de Commissie erop dat de vertraging door procedurele vereisten tot stand was gekomen en niet door een rechterlijk of wettelijk verbod, zodat dat zij niet tot een schending van artikel 12 EVRM kon oordelen. Ten slotte liep de klager in *K.M. t. VK*<sup>43</sup> vertraging op doordat de uitspraak van een lagere rechter waarin zijn eerdere huwelijk werd ontbonden, werd vernietigd; hoewel hij zodoende ook aanzienlijke vertraging ten aanzien van het sluiten van zijn tweede huwelijk opliep, oordeelde de Commissie dat artikel 12 niet was geschonden.

In *V.K. t. Kroatië*<sup>44</sup> werd juist weer aansluiting gezorgd bij de uitspraak in *F. t. Zwitserland*. Die zaak had betrekking op een man die wilde hertrouwen, maar dit slechts na zes jaar kon doen door een langdurige rechtsgang. Terwijl hier geen sprake was van een rechterlijk of wettelijk verbod, overwoog het Hof dat deze periode, in samenhang met de omstandigheden van het geval, zowel leidde tot een schending van artikel 6 als van 12 EVRM.

*'The Court reiterates that Article 12 of the Convention secures the fundamental right of a man and a woman to marry and to found a family. The exercise of this right gives rise to personal, social and legal consequences. It is "subject to the national laws of the Contracting States", but "the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired". The Court also reiterates that although a right to divorce cannot be derived from Article 12 of the Convention, if national legislation allows divorce, it secures for divorced persons the right to remarry without unreasonable restrictions. In this respect the Court has considered that a failure of the domestic authorities to conduct divorce proceedings within a reasonable time could, in certain circumstances, raise an issue under Article 12 of the Convention. [ ] Against the above background, the Court bears in mind the Government's and the domestic courts' acceptance of the protracted length of the divorce proceedings and the fact that it has also found a violation of the applicant's right to a hearing within a reasonable time under Article 6 § 1 of the Convention. It notes, in addition, that the applicant substantiated his arguments concerning his intention to remarry. Accordingly, the Court attaches importance to the failure of the domestic authorities to conduct the divorce proceedings efficiently and to take into account the specific circumstances of those proceedings, such as the*

---

<sup>41</sup> ECieRM, *De Francesco t. Italië*, appl.no. 13741/88, 12 maart 1990.

ECLI:CE:ECHR:1990:0312DEC001374188. ECieRM, *De Luca t. Italië*, appl.no. 13823/88, 12 maart 1990  
ECLI:CE:ECHR:1990:0312DEC001382388.

<sup>42</sup> ECieRM, *Sanders t. Frankrijk*, appl.no. 31401/96, 16 oktober 1996  
ECLI:CE:ECHR:1996:1016DEC003140196.

<sup>43</sup> ECieRM, *K.M. t. VK*, appl.no. 30309/96, 09 april 1997 ECLI:CE:ECHR:1997:0409DEC003030996.

<sup>44</sup> EHRM, *V.K. t. Kroatië*, appl.no. 38380/08, 27 november 2012  
ECLI:CE:ECHR:2012:1127JUD003838008.

*agreement of the parties to divorce, a possibility of rendering a partial decision and the urgent nature of these proceedings under domestic law. Consequently, in these particular circumstances the applicant was left in a state of prolonged uncertainty which amounted to an unreasonable restriction of his right to marry. Therefore the Court considers that there has been a violation of Article 12 of the Convention.*<sup>45</sup>

In de zaak *Piotrowski t. Polen*<sup>46</sup> kwam het EHRM tot het oordeel dat de uitspraak van een nationaal hof, luidende dat een man die een nieuwe vriendin had niet mocht scheiden van zijn vrouw (die dat niet wilde), geen schending opleverde van het EVRM:

*'the Court has not ruled out that the unreasonable length of judicial divorce proceedings could raise an issue under Article 12. The Court did not rule out that a similar conclusion could be reached in cases where, despite an irretrievable breakdown of marital life, domestic law regarded the lack of consent of an innocent party as an insurmountable obstacle to granting a divorce to a guilty party. However, that type of situation did not obtain in the present case, which concerns neither a complaint about the excessive length of divorce proceedings nor legal impediments on the possibility to remarry after divorce. The circumstances of the case differ also from those examined in the context of the case of Johnston and Others, as it concerns neither a blanket restriction nor a blanket prohibition imposed by the domestic law. The applicant's argument is not based on an absolute impossibility to obtain a divorce under family law in Poland but on a dismissal of his divorce action by the domestic courts. ... In so far as the applicant complained in his application that the refusal to divorce had made it impossible to him to remarry, it is noted that no submissions were made either in the divorce proceedings or before the Court to show the existence of a stable and long-lasting relationship with another woman. The applicant merely referred to his relationship with her as viable. Nor did he refer before the Court to any concrete marriage plans frustrated by the refusal to obtain the divorce. On the contrary, in his observations he stated that he was not willing to marry again. It has not been shown that failure to obtain a divorce and the legal fiction of his continuing marriage prevented him from enjoying his personal life to the full.'*<sup>47</sup>

Tot een soortgelijk oordeel kwam het Hof in *Babiarz t. Polen*.<sup>48</sup>

### Rechten van gevangenen

In *Jaremowicz t. Polen* en *Frasik t. Polen*<sup>49</sup> ging het om personen die de gevangenis niet mochten verlaten om te trouwen. In de laatste zaak wilde een verdachte met zijn vermeende slachtoffer trouwen, wat werd verboden, onder andere om beïnvloeding van de getuige te voorkomen. Ondanks het feit dat er in deze zaak een individuele afweging had

<sup>45</sup> V.K. para 98-99 & 105-107.

<sup>46</sup> EHRM, *Piotrowski t. Polen*, appl.no. 8923/12, 22 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1122DEC000892312.

<sup>47</sup> *Piotrowski*, para. 47-48 & 51-52.

<sup>48</sup> EHRM, *Babiarz t. Polen*, appl.no. 1955/10, 10 januari 2017. ECLI:CE:ECHR:2017:0110JUD000195510

<sup>49</sup> EHRM, *Frasik t. Polen*, appl.no. 22933/02, 05 januari 2010. ECLI:CE:ECHR:2010:0105JUD002293302  
EHRM, *Jaremowicz t. Polen*, appl.no. 24023/03, 05 januari 2010 ECLI:CE:ECHR:2010:0105JUD002402303.

plaatsgevonden door een nationale rechter en het feit dat het ging om een tijdelijke beperking van het huwelijksrecht, namelijk voor een duur van nog geen anderhalf jaar, constateerde het Hof in dit geval een schending:

*'97. The Government seem to be suggesting that the fact that the applicant had the possibility of marrying I.K. in the future, which in his case meant a period of more than one year, could alleviate the consequences of the District Court's refusal. However, a delay imposed, before getting married, on persons of full age and otherwise fulfilling the conditions for marriage under national law, be it as a civil sanction or the practical consequence of such a refusal as in the instant case, cannot be considered justified under Article 12 of the Convention [...]'.*

In *Chernetskiy t. Oekraïne*<sup>50</sup> constateerde het Hof ook een schending van artikel 12 EVRM. Het betreft een zaak waarin een man tot vele jaren gevangenisstraf was veroordeeld. Terwijl hij in de gevangenis zat, vroeg zijn vrouw een scheiding aan. Na een tijd wilde de man trouwen met een nieuwe vrouw. Dat kon op zich, maar hij moest daartoe wel scheidingspapieren kunnen overleggen, die hij bij de burgerlijke stand moest ophalen. Hij vroeg verlof om naar de burgerlijke stand te gaan, maar mocht daarvoor de gevangenis niet uit. Pas een aantal jaar later werd er een oplossing gecreëerd. Het feit dat de man in kwestie gedurende een aantal jaar niet kon trouwen met zijn geliefde betekende onder meer dat hij minder tijd tijdens bezoeken met haar had en dat er altijd een gevangenisbewaarder aanwezig was. Het Hof stelde hier een schending van artikel 12 EVRM vast. Het benadrukte dat er geen plicht is onder artikel 12 EVRM om scheiding toe te staan, maar hier was een gevangene onnodig belemmerd is in de uitoefening van zijn recht:

*'As to the present case, the applicant, a prisoner, could not marry his new female partner between February 2005 and October 2008 because the authorities could not finalise the registration of the applicant's divorce and provide him with the divorce certificate in prison. As noted above, during that period of time the authorities acknowledged the applicant's issue, but did not provide him with any remedy. The Court further notes that the resulting restriction on the applicant's right to remarry was considerable in its duration as it continued for more than three years and seven months. The restriction was further aggravated by the fact that the applicant's right to private meetings with other persons was strictly limited in prison. In particular, under Article 110 of the Code of Enforcement of Sentences the applicant could request short meetings with his new partner which would last no longer than four hours and would be held in the presence of a prison officer. A long private meeting was not possible until the marriage was registered. Given the circumstances of the case, the Court concludes that the restriction at issue was unjustified and impaired the very essence of the applicant's right to marry and found a family with his new female partner. There has therefore been a violation of Article 12 of the Convention with respect to the period between February 2005 and October 2008.'*<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> EHRM, *Chernetskiy t. Oekraïne*, appl.no. 44316/07, 08 november 2016  
ECLI:CE:ECHR:2016:1208JUD004431607.

<sup>51</sup> *Chernetskiy*, para 31-34.

## C.4 Het recht een gezin te stichten

### Gevangenen en gezinsvorming

Het recht om een gezin te stichten wordt beperkt geïnterpreteerd door de ECieRM en het Hof. Zo is onder meer bepaald dat het recht om een gezin te stichten noodzakelijk wordt beperkt bij gevangenen als uitvloeisel van hun gevangenisstraf, dat artikel 12 EVRM niet met zich brengt dat ‘... a person must at all times be given the actual possibility to procreate his descendants’,<sup>52</sup> en dat ook hier geldt dat als de beperking op de consumptie van het huwelijk geoorloofd is onder artikel 8 lid 2 EVRM, bijvoorbeeld om de orde in de gevangenis te handhaven, er geen sprake kan zijn van een schending van artikel 12 EVRM. In de zaak van *ELH en PBH t. VK*,<sup>53</sup> waarin centraal stond het recht om een gezin te stichten van gevangenen waarbij zij niet fysiek het huwelijk konden consumeren, maar hun wel de mogelijkheid werd geboden om dit via kunstmatige inseminatie te doen, oordeelde de ECieRM dat klagers hier niet tegen op konden komen als zij IVF vanwege religieuze overtuiging wilden weigeren en op een natuurlijke wijze een gezin wensten te stichten.

In de zaak *Dickson t. VK*<sup>54</sup> stond centraal een stel dat kinderen wenste te krijgen, maar waarvan de man gevangen zat en zou vrijkomen op het moment dat de vrouw 51 jaar oud zou zijn. Hierbij kwam de Grote Kamer van het Hof tot het oordeel dat in de nationale procedure onvoldoende was gekeken naar de individuele omstandigheden van het geval en de disproportionele consequenties van een dergelijk verbod voor de personen in kwestie en constateert zij een schending van artikel 8 EVRM. Maar het stelde ook dat een apart onderzoek van de zaak onder artikel 12 EVRM derhalve niet nodig was. De conservatieve jurisprudentie ten aanzien van artikel 12 EVRM blijft derhalve vooralsnog gehandhaafd.

### Gezinsvorming door adoptie

Naast kunstmatige inseminatie is ook adoptie van kinderen een mogelijkheid om via niet-biologische wijze een gezin te stichten. In *X. t. België en Nederland*<sup>55</sup> oordeelde de Commissie echter dat ook dit niet onder artikel 12 EVRM wordt beschermd. In 1977, in *X en Y. T. VK*,<sup>56</sup> leek zij een soepelere houding aan te nemen:

*‘... the Commission considers that the adoption of a child and its integration into a family with a couple might, at least in some circumstances, be said to constitute the foundation of a family by that couple. It is quite conceivable that a "family" might be "founded" in such a way. Nevertheless, whilst it is implicit in Article 12 that it guarantees a right to procreate children, it does not as such guarantee a right to adopt or otherwise integrate into a family a child which is not the natural child of the couple concerned. The Commission considers that it is left to national law to determine whether, or subject to what conditions, the exercise of the right in such a way should be permitted.’*

<sup>52</sup> ECieRM, X t. VK, appl.no. 6564/74, 21 mei 1975 ECLI:CE:ECHR:1975:0521DEC000656474.

<sup>53</sup> ECieRM, E.L.H. en P.B.H. t. VK, appl.no. 32094/96 en 32568/96, 22 oktober 1997 CLI:CE:ECHR:1997:1022DEC003209496.

<sup>54</sup> EHRM, Dickson t. VK, appl.no. 44362/04, 04 december 2007. CLI:CE:ECHR:2007:1204JUD004436204

<sup>55</sup> ECieRM, X t. België en Nederland, appl.no. 6482/74, 10 juli 1975 ECLI:CE:ECHR:1975:0710DEC000648274

<sup>56</sup> ECieRM, X. en Y. t. VK, appl.no. 7229/75, 15 december 1977 ECLI:CE:ECHR:1977:1215DEC000722975.

Nog een stap verder ging de Commissie in 1981, in *X. t. Nederland*:<sup>57</sup>

*'The Commission is of the opinion that the concept of family life in a great number of Member States legitimates the view that the founding of a family, within the meaning of Article 12, does not only envisage natural children, but also adoptive children. As provided by the Article, the exercise of such a right is governed by the national laws.'*

Alhoewel in geen van beide zaken een schending van artikel 12 EVRM volgt, leek hier een wat liberalere lijn te worden ingezet. Toch werd deze lijn in latere zaken juist expliciet ontkracht. In 1997, in *Di Lazzaro t. Italië*,<sup>58</sup> overwoog de Commissie bijvoorbeeld:

*'The Commission also recalls that Article 12 of the Convention, which recognises the right of man and woman at the age of consent to found a family, implies the existence of a couple and cannot be construed as including the right of an unmarried person to adopt [...]. Moreover, Article 12 of the Convention does not guarantee a right to adopt or otherwise integrate into a family a child which is not the natural child.'*

Bovendien moet worden gesteld dat de Commissie ook ten aanzien van dit deelrecht een expliciete koppeling maakt met het andere deelrecht: het huwelijksrecht. Zo stelt de Commissie in de hierboven aangehaalde zaak van *X. t. België en Nederland*.<sup>59</sup>

*'In the first place, this provision does not guarantee the right to have children born out of wedlock. Article 12, in fact, foresees the right to marry and to found a family as one simple right.'*

## Rechtsverwerking

Tot slot leek de Commissie, net zoals ten aanzien van het huwelijksrecht, ook met betrekking tot het recht een gezin te stichten te neigen naar een vorm van rechtsverwerking. In de eerder aangehaalde zaak *X. t. VK* uit 1975,<sup>60</sup> waarin centraal stond de vraag of een gevangene ook een beroep kan doen op het recht zichzelf voort te planten, wilde de Commissie expliciet niet ingaan op het vraagstuk van rechtsverwerking:

*'It is true that Art. 12 of the Convention secures to everyone of marriageable age the right to found a family. But even assuming that this provision were applicable to a person who is already married and has children, the Commission could not, in the circumstances of the present case, reach the conclusion that a violation of Art. 12 has taken place.'*

<sup>57</sup> ECieRM, V. t. Nederland, appl.no. 8896/80, 10 maart 1981 ECLI:CE:ECHR:1981:0310DEC000889680.

<sup>58</sup> ECieRM, Di Lazzaro t. Italië, appl.no. 31924/96, 10 juli 1997 ECLI:CE:ECHR:1997:0710DEC003192496.

<sup>59</sup> ECieRM, X t. België en Nederland, appl.no. 6482/74, 10 juli 1975 ECLI:CE:ECHR:1975:0710DEC000648274

<sup>60</sup> ECieRM, X t. VK, appl.no. 6564/74, 21 mei 1975 ECLI:CE:ECHR:1975:0521DEC000656474.

In *X. en Y. t. Zwitserland*,<sup>61</sup> waarin centraal stond een man en een vrouw die beiden in de gevangenis vertoeven en die hun huwelijk willen blijven consumeren, oordeelde de Commissie dat een beperking geoorloofd is onder artikel 8 EVRM omwille van de orde in de gevangenis. Bij de behandeling van de klacht onder artikel 12 EVRM overwoog ze:

*‘The applicants are married and have thus already founded a family. They consequently enjoy the right to respect of their family life as guaranteed by Article 8 of the Convention. An interference with family life which is justified under Article 8 (2) cannot at the same time constitute a violation of Article 12.’*

Uit het feit dat de Commissie in deze zaak weigerde het recht om een gezin te stichten in behandeling te nemen, zou kunnen worden afgeleid dat mensen die eenmaal een gezin hebben gesticht, volgens de Commissie geen beroep meer konden doen op artikel 12 EVRM.

## C.5 De beperking van het recht

### Beperkingsclausule art. 12 EVRM

Artikel 12 EVRM stelt dat de twee deelrechten gelden volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen. Zoals hierboven reeds werd beschreven valt hieruit af te leiden dat de mogelijkheid voor staten om artikel 12 te limiteren beperkt is; in tegenstelling tot veel andere verdragsrechten kan de staat slechts de uitoefening van het recht reguleren. Dit werd aanvankelijk ook bevestigd in *X t. VK*<sup>62</sup> waarin de Commissie overwoog dat:

*‘[...] the right to found a family is an absolute right in the sense that no restrictions similar to those in para. (2) of Art. 8 of the Convention are expressly provided for [...]’.*

Deze lijn wordt bevestigd in de eerder besproken zaken *O’Donoghue e.a. t. VK* (2010), *Jaremowicz t. Polen* (2010) en *Frasik t. Polen* (2010):

*‘This conclusion is reinforced by the wording of Article 12. In contrast to Article 8 of the Convention, which sets forth the right to respect for private and family life, and with which the right “to marry and to found a family” has a close affinity, Article 12 does not include any permissible grounds for an interference by the State that can be imposed under paragraph 2 of Article 8 “in accordance with the law” and as being “necessary in a democratic society”, for such purposes as, for instance, “the protection of health or morals” or “the protection of the rights and freedoms of others”.’<sup>63</sup>*

In een van de recent gewezen zaken ten aanzien van artikel 12 EVRM, *Delecolle*, koos het EHRM echter juist een tegengestelde positie.<sup>64</sup> Daarin oordeelde het dat er meer beperkingen

<sup>61</sup> ECieRM, *X. en Y. t. Zwitserland*, appl.no. 8166/78, 03 oktober 1978 ECLI:CE:ECHR:1978:1003DEC000816678.

<sup>62</sup> ECieRM, *X t. VK*, appl.no. 6564/74, 21 mei 1975 ECLI:CE:ECHR:1975:0521DEC000656474.

<sup>63</sup> *Frasik*, para 90. *Jaremowicz*, para 50. Zie ook *O’Donoghue e.a.*, para 84.

<sup>64</sup> EHRM, *Delecolle t. Frankrijk*, appl.no. 37646/13, 25 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1025JUD003764613.

zin toegestaan ten aanzien van artikel 12 EVRM dan ten aanzien van artikel 8 EVRM. Ten aanzien van de beperkingsclausule van artikel 12 EVRM overwoog het EHRM dat deze zeer restrictief moet worden uitgelegd:

*'57. Par ailleurs, contrairement à l'article 8, qui énonce le droit au respect de la vie privée et familiale, et avec lequel le droit « de se marier et de fonder une famille » a des liens étroits, l'article 12 ne prévoit aucun motif admissible d'ingérence par l'État comme ceux qui peuvent être invoqués sous l'angle du paragraphe 2 de l'article 8 pour autant que l'ingérence soit « prévue par la loi » et qu'elle soit « nécessaire dans une société démocratique » pour parvenir au but légitime recherché, tel que par exemple « la protection de la santé ou de la morale » ou « la protection des droits et libertés d'autrui ». Partant, lorsqu'elle examine une affaire sous l'angle de l'article 12, la Cour n'applique pas les critères de « nécessité » ou de « besoin social impérieux » utilisés dans le cadre de l'article 8, mais elle doit déterminer si, compte tenu de la marge d'appréciation de l'État, l'ingérence litigieuse était arbitraire ou disproportionnée'.*

Kamerpresident Nussberger koos in haar dissenting opinion juist voor andere interpretatie. Zij wees daarbij op de discrepantie in de benadering van het Hof tussen artikel 8 EVRM en artikel 12 EVRM. Terwijl het EHRM ten aanzien van artikel 12 EVRM volgens haar een christelijk-conservatieve koers volgt, kiest het ten aanzien van artikel 8 EVRM voor een liberaal-progressieve interpretatie. Het gevolg daarvan is volgens haar dat tal van niet traditionele huwelijks- en samenlevingsvormen en wijzen van het krijgen van kinderen, zoals homohuwelijken, adoptie en kunstmatige inseminatie, wel onder artikel 8 en niet onder artikel 12 worden beschermd. Terwijl artikel 8 EVRM een zeer ruime reikwijdte is toegekend door het Hof, houdt het EHRM ten aanzien van artikel 12 EVRM juist vast aan een zeer beperkte reikwijdte, waarvan het gevolg is dat artikel 12 EVRM vrijwel volledig is overschaduwde door artikel 8 EVRM. Daarbij komt dat de beperkingsclausule met betrekking tot artikel 8 EVRM strikter is, en dus minder beperkingen toelaat, dan ten aanzien van artikel 12 EVRM. Nussberger was zeer kritisch op dit punt. Ze wees op de ongelijkheid die dit meebrengt, onder meer tussen heteroseksuele en homoseksuele koppels die een beroep willen doen op hun recht om te trouwen.

*'Tandis que, dans des centaines d'arrêts, la Cour a élargi les garanties de l'article 8 pour les développer en une sorte de « protection parapluie », elle a traité l'interprétation de l'article 12 comme un parent pauvre. Mais si le droit de se marier n'était pas régi par une disposition distincte, il pourrait aussi bien tomber dans le champ de l'article 8, la jurisprudence sur les droits des couples homosexuels en étant la preuve. Ainsi, dans son arrêt Schalk et Kopf, la Cour interprète la notion de « se marier » contenue dans l'article 12 au regard du contexte historique et elle ne l'applique qu'au mariage hétérosexuel, tout en analysant sous l'angle de l'article 8 le refus opposé par les autorités à la demande de mariage d'un couple homosexuel. Une telle jurisprudence, qui applique une mesure de contrôle différente aux couples homosexuels et aux couples hétérosexuels, ne mène-t-elle pas à un niveau de protection différent ? À mon avis, cela contredit la méthode d'interprétation systémique d'après laquelle la Convention « doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions ». De plus,*

*une telle interprétation n'est pas compatible avec la prémisse de la jurisprudence de la Cour selon laquelle les couples homosexuels et les couples hétérosexuels sont tout autant capables de s'engager dans des relations stables et se trouvent dans une situation comparable pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation. Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que, en ce qui concerne les restrictions du droit de se marier, on ne peut pas se contenter de vérifier de manière superficielle si l'ingérence est entachée d'arbitraire et de laisser au gouvernement défendeur une ample marge d'appréciation. Au contraire, il faut analyser, comme on le fait sous l'angle de l'article 8, si dans le cas concret l'interdiction de se marier était « nécessaire dans une société démocratique » et « répondait à un besoin social impérieux ».*

### Verhouding art. 8 EVRM

Dit roept de vraag op wat de verhouding is tussen artikel 12 EVRM, dat het recht om een gezin te stichten beschermt, en artikel 8, dat het gezinsleven beschermt. De positie dat artikel 12 ziet op het stichten van het gezin en artikel 8 op het reeds gestichte gezin is inderdaad een aantal keer door de Commissie ingenomen.<sup>65</sup> In andere zaken heeft de Commissie deze lijn echter niet zo scherp getrokken en is een zaak simpelweg onder beide artikelen behandeld. Doorgaans, zoals ook reeds uit de vorige subparagrafen bleek, wordt de zaak tegenwoordig eerst onder artikel 8 EVRM behandeld en gesteld dat als er geen schending van dat artikel is geconstateerd of als een inbreuk geoorloofd is onder de beperkingsclausule van het tweede lid, er ook geen sprake kan zijn van een schending van artikel 12 EVRM.

### Margin of appreciation

In hun jurisprudentie gaan de Commissie en het Hof er doorgaans vanuit dat gezien het feit dat het fenomeen van trouwen en het stichten van een gezin sterk cultureel is bepaald en de invulling van deze rechten van land tot land verschilt, de beoordelingsruimte van een staat om artikel 12 EVRM te beperken groot is. Zo overweegt het Hof in *F. t. Zwitserland*:<sup>66</sup>

*'In this connection, it recalls its case-law according to which the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions .... However, the fact that, at the end of a gradual evolution, a country finds itself in an isolated position as regards one aspect of its legislation does not necessarily imply that that aspect offends the Convention, particularly in a field - matrimony - which is so closely bound up with the cultural and historical traditions of each society and its deep-rooted ideas about the family unit.'*

Alhoewel aanvankelijk gold dat gezien de culturele bepaaldheid van de in artikel 12 EVRM vervatte rechten er een wijde beoordelingsruimte voor staten gold, verwijst het Hof in zijn jurisprudentie na 2000 steeds vaker naar breed gedragen opvattingen van tolerantie en naar liberale ontwikkelingen op dit punt in Europese landen. Zo refereerde de Britse overheid in de zaken *Christine Goodwin t. VK* (2002) en *I. t. VK* (2002) aan de eerder door de Commissie en

<sup>65</sup> ECieRM, De Lucca t. Italië, 12 maart 1990, appl.no. 13823/88. ECieRM, De Francesco t. Italië, 12 maart 1990, appl.no. 13741/88. ECieRM, Bertocci Cianchi t. Italië, 10 Oktober 1991, appl.no. 14420/88. ECieRM, U. en G.F. t. Duitsland, 15 mei 1986, appl.no. 11588/85.

<sup>66</sup> EHRM, F t. Zwitserland, appl.no. 11329/85, 18 december 1987 ECLI:CE:ECHR:1987:1218JUD001132985.



het Hof gekozen lijn ten aanzien van de statelijke interpretatievrijheid op het gebied van onder andere het huwelijksrecht van transseksuelen, maar ging het Hof daar niet langer in mee:

*'[T]hough there is widespread acceptance of the marriage of transsexuals, fewer countries permit the marriage of transsexuals in their assigned gender than recognise the change of gender itself. The Court is not persuaded however that this supports an argument for leaving the matter entirely to the Contracting States as being within their margin of appreciation. This would be tantamount to finding that the range of options open to a Contracting State included an effective bar on any exercise of the right to marry. The margin of appreciation cannot extend so far. While it is for the Contracting State to determine inter alia the conditions under which a person claiming legal recognition as a transsexual establishes that gender re-assignment has been properly effected or under which past marriages cease to be valid and the formalities applicable to future marriages (including, for example, the information to be furnished to intended spouses), the Court finds no justification for barring the transsexual from enjoying the right to marry under any circumstances.'*<sup>67</sup>

Ook benadrukte het Hof dat het EVRM is gebaseerd op uitgangspunten als tolerantie en inclusiviteit en dat daarom een meerderheidsstandpunt niet licht een zo'n persoonlijke keuze als om te trouwen of een gezin te stichten kan beperken. Zo overwoog het in *Frasik* dat er geen plaats is:

*'... under the Convention system, where tolerance and broadmindedness are the acknowledged hallmarks of democratic society, for any automatic interference with prisoners' rights, including their right to establish a marital relationship with the person of their choice...'*<sup>68</sup>

Het vervolgde:

*'The choice of a partner and the decision to marry him or her, whether at liberty or in detention, is a strictly private and personal matter and there is no universal or commonly accepted pattern for such a choice or decision. Under Article 12 the authorities' role is to ensure that the right to marry is exercised "in accordance with the national laws", which must themselves be compatible with the Convention, as stated above; but they are not allowed to interfere with a detainee's decision to establish a marital relationship with a person of his choice, especially on the grounds that the relationship is not acceptable to them or may offend public opinion ...'*<sup>69</sup>

## C.6 Concluderend

De Straatsburgse instanties hebben artikel 12 EVRM op een conservatieve manier geïnterpreteerd, waardoor de bepaling slechts bescherming biedt aan het recht om te huwen tussen twee mensen met een ander geslacht en aan het recht om een gezin te stichten via

---

<sup>67</sup> Goodwin para 103; I. para 83.

<sup>68</sup> *Frasik*, para 93.

<sup>69</sup> *Frasik*, para 95.

biologische wijze. De meeste rechtsvragen omtrent trouwen en een gezin stichten gaan echter om zaken als het homohuwelijk, kunstmatige inseminatie en adoptie. Deze vragen behandelt het EHRM doorgaans onder artikel 8 EVRM, dat in tegenstelling tot artikel 12 een zeer brede reikwijdte is toegekend. Nu is het al zo dat artikel 12 EVRM in belang vrijwel volledig wordt overschaduwed door artikel 8 EVRM; als het EHRM vasthoudt aan zijn huidige koers dan zal deze bepaling over 5 tot 10 jaar een vrijwel slapend bestaan leiden.

#### D: Jurisprudentie uitgebreid

- EHRM, Delecalle t. Frankrijk, appl.no. 37646/13, 25 oktober 2018: Wilsonbekwame man mocht worden beperkt in zijn recht om te trouwen omdat hij de consequenties niet kon overzien.
- EHRM, Piotrowski t. Polen, appl.no. 8923/12, 22 november 2016: man die een nieuwe vriendin had mocht niet scheiden van zijn vrouw (die dat niet wilde); dit betekende echter geen schending van artikel 12 EVRM.
- EHRM, Chernetskiy t. Oekraïne, appl.no. 44316/07, 08 november 2016: man mag geruime tijd de gevangenis niet uit om scheidingspapieren op te halen, zodat hij weer kan hertrouwen. Dat betekent volgens het EHRM een schending van artikel 12 EVRM.
- EHRM, Hämäläinen t. Finland, appl.no. 37359/09, 16 juli 2014: het omzetten van het huwelijk naar een geregistreerd partnerschap na geslachtsoperatie van één van de partners is geen schending van artikel 12 EVRM.
- EHRM, V.K. t. Kroatië, appl.no. 38380/08, 27 november 2012: Een situatie waarin een man wilde hertrouwen, maar dit slechts na zes jaar kon doen door een langdurige rechtsgang, leidt tot een schending van zowel artikel 6 als van 12 EVRM.
- EHRM, Schalk en Kopf t. Oostenrijk, appl.no. 30141/04, 24 juni 2010: artikel 12 EVRM omvat niet het recht om te huwen voor mensen van gelijk geslacht.
- EHRM, Jaremowicz t. Polen, appl.no. 24023/03, 05 januari 2010 & EHRM, Frasik t. Polen, appl.no. 22933/02, 05 januari 2010: Tijdelijke beperking van gevangene om te trouwen levert een schending van artikel 12 EVRM op.
- EHRM, Goodwin t. VK, appl.no. 28957/95, 11 juli 2002 & EHRM, I t. VK, appl.no. 25680/94, 11 juli 2002: verbod op trouwen van transeksueel met iemand van hetzelfde geslacht, gemeten naar het geslacht van de persoon voor de geslachtsoperatie, is een schending van artikel 12 EVRM.
- ECieRM, F. t. Zwitserland, appl.no. 11329/85, 18 december 1987: De door Zwitserland ingestelde *annus luctus*, waardoor gescheiden man pas drie jaar later kan hertrouwen, is een onredelijke beperking op het recht om te trouwen.

#### E: Jurisprudentie nieuw

#### F: Literatuurverwijzing

- K. Boele-Woelki and A. Fuchs (eds.), *Legal recognition of same-sex relationships in Europe: national, cross-border and European perspectives*, Cambridge: Intersentia, 2nd edn, 2012.
- D. Burrows, *Stack v Dowden: co-ownership of property by unmarried parties*, Bristol: Jordans/Family Law, 1st edn, 2007.
- S. Cowan, ‘Gender is no substitute for Sex’: A comparative Human Rights analysis of the legal regulation of sexual identity’, *Feminist Legal Studies* 2005/13, 67.

- S.M. Cretney, *Same sex relationships: from 'odious crime' to 'gay marriage'*, Oxford: Oxford University Press, 1st edn, 2006.
- P. Van Dijk, Chapter 16: The right to marry and found a family (Article 12). In P. van Dijk, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Intersentia, 4th edn, 2006.
- J. Finch et al., *Wills, inheritance, and families*, Oxford: Clarendon Press cop., 1st edn, 1996.
- M. Harper et al., *Civil partnership: the new law*, Bristol: Family Law, 1st edn, 2005.
- L.R. Helfer, 'Finding a consensus on Equality: the homosexual age of consent and the European Convention on Human Rights', *New York University Law Review*, 1990/65, 1044.
- A. Heyvaert & H. Willekens, *Beginselen van het Gezins- en Familierecht na het Marckxarrest: De theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldende recht*, Antwerpen: Kluwer, 1st edn, 1981.
- C.R. Howell, 'The right to respect for family life in the European Court of Human Rights', *University Louisville Journal for Family Law*, 1996/34, 693.
- P. Johnson, 'Heteronormativity and the European Court of Human Rights', *Law Critique* 2012/23, 1.
- U. Kilkelly, 'The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child', *Human Rights Quarterly*, 2001/23, 2.
- J. Kingston, 'Sex and Sexuality under the European Convention on Human Rights'. In L. Heffernan, *Human rights: A European Perspective*, Dublin: The Round Hall Press, 1st edn, 1994.
- C.B. Rabinowitz, 'Proposals for Progress: sodomy laws and the European Convention on Human Rights', *Brooklyn Journal for International Law*, 1996/21, 425.
- A.H. Robertson, '*Collected edition of the 'travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights, Vol. 1*', The Hague: Nijhoff, 1975.
- A.H. Robertson, '*Collected edition of the 'travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights, Vol. 2*', The Hague: Nijhoff, 1975.
- M Salzberg, 'The Marckx Case. The Impact on European Jurisprudence of the European Court of Human Rights' 1979 Marckx Decision Declaring Belgian Illegitimacy Statutes Violative of the European Convention on Human Rights', *Denver Journal International Law & Policy*, 1983/13, 283.
- B. van der Sloot, 'Tussen feit en fictie, of over het recht om te trouwen en een gezin te stichten: een jurisprudentieanalyse van artikel 12 EVRM', *NJCM-Bulletin*, 2013/38, 3.
- B. van der Sloot, 'Between fact and fiction: an analysis of the case law on article 12 ECHR', *Child and Family Law*, 2014/4.
- H. Stalford, 'Concepts of Family Under EU Law – Lessons From the ECHR', *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002/16, 410.
- K.L. Walker, 'Evolving Human Rights Norms Around Sexuality', *ILSA Journal International & Comparative Law*, 1999/6, 343.
- J.A. Wallbank, S. Choudhry & J. Herring (eds.), *Rights, gender, and family law*, Oxon: Routledge, 1st edn, 2010.
- M. Waterworth, G. Bedworth & P.S.A. Rosedale, *Rosedale: Probate and the administration of estates: a practical guide*, London: Legalease Publishing, 3rd edn, 2005.

## G: Aandachtspunten