

TUSSEN FEIT EN FICTIE, OF OVER HET RECHT OM TE TROUWEN EN EEN GEZIN TE STICHTEN: EEN JURISPRUDENTIEANALYSE VAN ARTIKEL 12 EVRM

Bas van der Sloot*

Samenvatting | Dit artikel geeft een kort overzicht van de totstandkoming van en de jurisprudentie die tot nu toe is geweest met betrekking tot artikel 12 EVRM, waarin het recht om te huwen en een gezin te stichten is vervat. Dit recht is in het verdrag opgenomen als klassiek afweerrecht, dat de burger bescherming biedt tegen overheidsinmenging in zijn privésfeer, en als gelijkheidsartikel, dat een gelijke behandeling garandeert aan migranten, vrouwen, religieuze en andere minderheden. Het Hof benadert artikel 12 echter vanuit een conservatief-christelijke invalshoek en biedt slechts bescherming aan de huwelijksverbintenis tussen man en vrouw en aan de creatie van het traditionele gezin via biologische wijze. Het keurt zeer verregaande statelijke beperkingen op de rechten van minderheden goed, ontzegt homoseksuelen het recht om te trouwen en biedt geen bescherming aan mensen die willen scheiden of een gezin willen stichten via een niet-biologische weg, zoals kunstmatige inseminatie of adoptie. In de laatste jaren lijkt er echter een versoepeling plaats te hebben in de benadering van het Hof en lijkt het op een aantal punten op zijn eerdere rechtspraak terug te komen. Zal deze herbevestiging van de oorspronkelijke uitgangspunten van de verdragsopstellers met betrekking tot artikel 12 EVRM zich voortzetten?

Trefwoorden | het recht om te trouwen, het recht om een gezin te stichten, homohuwelijk, transseksuelen, gevangenen, immigranten, adoptie, kunstmatige inseminatie, margin of appreciation.

Kluwer Navigator | NTM-NJCM Bull. 2013/28

1 Introductie

Het recht om te huwen en een gezin te stichten is momenteel wereldwijd onderwerp van debat. Nieuw Zeeland en Frankrijk hebben onlangs het recht om te huwen opgesteld voor personen van gelijk geslacht, wat in Frankrijk heeft geleid tot massale protesten, verhitte debatten en oplaaiend geweld tegen homoseksuelen; in de Doema is recentelijk een wet aangenomen die homoseksuele propaganda moet tegengaan, voornamelijk in relatie tot minderjarigen; en in de Verenigde Staten wordt met spanning gewacht op het oordeel van het Supreme Court omtrent de legitimiteit van de *Defense of Marriage Act*. Het openstellen van het recht om te huwen wordt niet alleen bestreden vanwege religieuze en conservatieve motieven, in verband met de heilige verbintenis tussen man en vrouw of de bescherming van het traditionele gezin als hoeksteen van de samenleving, het wordt ook omwille van opvoedkundige redenen bekritiseerd. Eén van de meest gehoorde argumenten tegen het openstellen van het huwelijk is dat partners van gelijk

■ Mr. drs. B. van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht, UvA. Hij dankt Laura de Vito en Esther Janssen voor hun commentaar en opmerkingen.

geslacht dan ook het recht zal moeten worden toegekend een gezin te stichten, bijvoorbeeld door middel van adoptie, terwijl het wenselijk zou zijn voor een kind om zowel met een vader als een moederfiguur op te groeien. Voorstanders van liberalisering wijzen dergelijke opvattingen echter resoluut van de hand en benadrukken de wenselijkheid van gelijkheid tussen homoseksuele en heteroseksuele stellen.

Ook met betrekking tot artikel 12 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), dat simpelweg stelt, 'Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen', is de vraag of dit recht dient te worden benaderd vanuit een christelijk-conservatieve invalshoek, zodat het de traditionele familie en het liefdeshuwelijk beschermt, of dat het op een meer liberale wijze dient te worden geïnterpreteerd, zodat het recht om te huwen bovenal ziet op een juridisch construct waarin personen afspreken hoe zij hun privéleven wensen vorm te geven. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de vroegere Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM) worstelen al decennia met deze vraag.

Wat deze interpretatiekwestie compliceert is dat er ten aanzien van huwelijks- en gezinsvorming tal van al dan niet juridische facetten een rol spelen. Het huwelijk kan worden gezien als de religieuze manifestatie van de goddelijke verbinding tussen man en vrouw, maar het heeft ook aardse consequenties in termen van belastingen en erfenissen. Het huwelijk kan de ceremoniële uiting van diepgevoelde liefde zijn, het kan ook een verstandshuwelijk omwille van het verkrijgen van een verblijfsvergunning betreffen. Het huwelijk kan worden gesloten tussen man en vrouw, die op biologische wijze kinderen op de wereld zetten, het kan ook gaan om twee personen van gelijk geslacht die een gezin wensen te stichten via adoptie.

De interpretatie van artikel 12 EVRM balanceert dan ook tussen een feitelijke en een fictieve, een biologische en een juridische, een historische en een evolutieve interpretatie. Een persoon kan biologisch gezien iemands kind zijn, maar juridisch niet en vice versa; iemand kan biologisch gezien een vrouw zijn, maar juridisch niet en vice versa; een persoon kan in de echt verbonden zijn met de één, maar het leven feitelijk delen met de ander; een man kan juridisch gezien een gezin hebben, maar feitelijk gezien van hen zijn gescheiden. Dit maakt dat de interpretatie van artikel 12 niet alleen afhankelijk is van veel daaraan verbonden facetten, maar dat zij ook afhangt van de gekozen interpretatie(methoden) en uitgangspunten.

In de loop der tijd heeft er een verschuiving plaatsgehad ten aanzien van deze interpretatiemethoden en uitgangspunten met betrekking tot de duiding van artikel 12 EVRM. Oorspronkelijk werd het artikel geïncorporeerd in het EVRM als klassiek afweerrecht en gelijkheidsartikel. In de eerste jurisprudentie van de ECieRM en het EHRM wordt dit recht daarentegen voornamelijk geïnterpreteerd als een christelijk-conservatieve doctrine, waarin slechts het traditionele huwelijk en het op biologische wijze tot stand gekomen gezin een plaats hebben. Echter, zo vanaf de eeuwwisseling lijkt een progressievere interpretatie van artikel 12 EVRM aan terrein te winnen.

Deze drie interpretaties van het recht om te trouwen en een gezin te stichten zullen in dit artikel in de drie hiernavolgende paragrafen uiteen worden gezet. Hieruit blijkt primair dat er in de vroege jurisprudentie wordt afgeweken van de oorspronkelijke lijn van de verdragsopstellers en secundair dat de latere jurisprudentie juist gedeeltelijk lijkt terug te keren naar deze lijn. Daarbij moeten twee zaken in ogenschouw worden genomen. Ten eerste vormt de latere jurisprudentie niet op alle punten een radicale breuk met de vroegere. Echter, wegens de beperkte omvang van dit artikel komen slechts die zaken aan bod waaruit deze breuk wel valt af te leiden.

Ten tweede analyseert dit stuk slechts de zaken die zijn geweest ten aanzien van artikel 12 EVRM. De bescherming van het familieleven onder artikel 8 EVRM en het belang van het huwelijk of andere samenlevingsvormen in relatie tot bijvoorbeeld de bescherming van eigendom zullen als zodanig buiten beschouwing blijven.¹ Er zal in dit stuk slechts naar artikel 8 worden verwezen in zoverre de zaken die worden besproken zowel artikel 8 als artikel 12 EVRM betreffen en in zoverre de overwegingen van de Commissie en het Hof ten aanzien van artikel 12 voortbouwen op die met betrekking tot artikel 8 EVRM.

2 De totstandkomingsgeschiedenis

De oorsprong van artikel 12 EVRM is gelegen in het gelijksoortige artikel 16 UVRM dat luidt:

‘(1) Zonder enige beperking op grond van ras, nationaliteit of godsdienst, hebben mannen en vrouwen van huwbare leeftijd 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 is de natuurlijke en fundamentele groepseenheid van de maatschappij en heeft recht op bescherming door de maatschappij en de Staat.’

Dit artikel is opgenomen 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.²

Daarnaast garandeert het 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.³ 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 en actief werden vervolgd, de voortplanting van groepen in de samenleving werd tegengegaan en de creatie van een zuiver (Arisch) ras planmatig werd gestimuleerd, is verduidelijkt dat ook raciale minderheden recht hebben op een gelijke behandeling.⁴

Anders dan aanvankelijk werd voorgesteld, bezigt het definitieve artikel 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.⁵ 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

1 Zie bijv. recentelijk: EHRM 12 april 2012, appl.no. 43547/08 (Stubing/Duitsland).

2 E/HR/18, p. 4.

3 E/CN.4/AC.1/SR.8, p. 7-8.

4 A/C.3/SR.124 en A/C.3/SR.125.

5 Zie o.a. E/CN.4/32.

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 benadrukken dan ook dat het recht om te trouwen en een gezin te stichten voorafgaat aan het positieve recht.⁶

Artikel 12 EVRM vormde reeds vanaf het begin onderdeel van de beraadslaging en bouwde, net als veel andere artikelen uit het EVRM, voort op die uit het UVRM. Daarbij werd aanvankelijk slechts de kern van de rechten uit het UVRM overgenomen om zodoende een compacte lijst met kernrechten en -vrijheden te vervaardigen.⁷ Zo werd van artikel 16 UVRM slechts overgenomen het recht om te trouwen en een gezin te stichten,⁸ 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.

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 recht om te trouwen, 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.'⁹

Dat artikel 12 EVRM moet worden gezien als een klassiek mensenrecht blijkt te meer uit het feit dat dit recht wel is opgenomen en sociaal-economische rechten, als het recht op eigendom en het recht op onderwijs, niet in de conventie zijn vervat maar naar het eerste Protocol zijn verwezen.

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 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.¹⁰ 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

6 E/CN.4/SR.37, p. 11/12.

7 A.H. Robertson, 'Collected edition of the "travaux préparatoires" of the European Convention on Human Rights, Vol. 1', Den Haag: Nijhoff 1975, p. 194.

8 Robertson 1975 (*supra* noot 7), p. 218.

9 A.H. Robertson, 'Collected edition of the "travaux préparatoires" of the European Convention on Human Rights, Vol. 2', Den Haag: Nijhoff 1975, p. 90.

10 Robertson 1975 (*supra* noot 9), p. 292.

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.¹¹

3 De jurisprudentie tot 2000

Artikel 12 EVRM bestaat grofweg uit vier delen. Ten eerste specificereert 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 subparagrafen aan bod komen voor wat betreft de zaken tot 2000. Tot dan toe kiezen het Hof en de vroegere Commissie een koers die als conservatief-christelijk kan worden bestempeld en waarin zowel het huwelijk als het gezin op een traditionele wijze worden benaderd. Bovendien is het Hof zeer terughoudend in het constateren van een schending van artikel 12. Er is slechts één zaak waarin een schending wordt aangenomen, namelijk in *F. t. Zwitserland*, en zelfs deze zaak lijkt van beperkt belang te zijn geweest.

3.1 Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd

Artikel 12 EVRM onderscheidt zich van andere verdragsartikelen in dat 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, leidt de Commissie hier in haar vroege jurisprudentie uit af dat artikel 12, in tegenstelling tot artikel 8 EVRM, geen relaties tussen personen van gelijk geslacht beschermt. In *C. en L. M. t. VK* (1989) staat bijvoorbeeld centraal een lesbisch stel woonachtig in het Verenigd Koninkrijk, waarvan één partner wordt bedreigd met uitzetting naar Australië en de andere een kind heeft. Zij claimen een *de facto* gezinseenheid te vormen en doen een beroep op zowel artikel 8 als 12 EVRM. Terwijl de Commissie accepteert dat ook een lesbische relatie wordt beschermd onder de bescherming van het privéleven onder artikel 8, valt deze relatie volgens haar niet onder de reikwijdte van artikel 12 EVRM.¹²

Eenzelfde lijn trekken de Commissie en het Hof ten aanzien van transseksuelen die onder hun nieuwe geslacht willen trouwen met iemand van het tegengestelde geslacht. In *Rees t. VK* (1986) staat centraal de wens van een man, voorheen een vrouw, te trouwen met een vrouw. Deze vrijheid wordt hem door de overheid ontnomen aangezien zij het in het geboorteregister geregistreerde geslacht aanhoudt en homoseksuele huwelijken verbiedt. Het Hof ziet geen bezwaar in een dergelijke interpretatie en wijst erop dat artikel 12 EVRM '(...) refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the

11 Robertson 1975 (*supra* noot 9), p. 100.

12 ECieRM 09 oktober 1989, appl.no. 14753/89 (C. & L.M./VK).

wording of the Article which makes it clear that Article 12 is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family.¹³

Ook in latere zaken wordt 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* (1990), een zaak die in vele opzichten lijkt op *Rees*, zij het dat het hier betrof een man die zich tot vrouw had laten transformeren. Het Hof onderzoekt of er reden is om van de *Rees*-uitspraak af te wijken en stelt dat er nog geen consensus in de diverse nationale aanpakken ten aanzien van transseksualiteit valt te ontwaren, dat er zich geen grote medische ontwikkelingen hebben voorgedaan en dat '(...) it remains the case (...) that gender reassignment surgery does not result in the acquisition of all the biological characteristics of the other sex.' Ten aanzien van de stelling van *Cossey* dat artikel 12 EVRM een dergelijk biologische criterium niet incorporeert, overweegt het Hof:

'(...) 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.'¹⁴

In de dissenting opinions wordt verzet tegen deze lijn aangetekend, met name tegen het feit dat er een koppeling lijkt te worden gemaakt tussen het recht om te huwen en de mogelijkheid van partners om zich voort te planten. De rechters Palm, Foighel en Pekkanen stellen: '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 komt op tegen de redenering van de meerderheid '(...) 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 (...).'¹⁵ Ondanks dit verzet, bevestigt het Hof ook in *Sheffield en Horsham t. VK* (1998) de lijn die in *Rees* is ingezet.¹⁶

De gekozen 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 meebrengt dat het om

13 EHRM 17 oktober 1986, appl.no. 9532/81 (*Rees/VK*), r.o. 49. Waar bij adoptie de juridische ouders worden bijgeschreven in het geboorteregister, naast of in plaats van de biologische ouders, wordt een dergelijke wijziging ten aanzien van het nieuwe geslacht door de overheid als geschiedvervalsing gekwalificeerd.

14 EHRM 27 september 1990, appl.no. 10843/84 (*Cossey/VK*), r.o. 40 en 46. In één zaak, die in latere jurisprudentie wordt genegeerd, lijkt opmerkelijk genoeg juist een juridisch criterium te worden geaccepteerd. ECieRM 09 november 1989, appl.no. 14573/89 (*Eriksson & Goldschmidt/Zweden*).

15 EHRM 27 september 1990, appl.no. 10843/84 (*Cossey/VK*), Dissenting Opinion Palm, Foighel en Pekkanen, r.o. 5 en Dissenting Opinion Martens, r.o. 4.5.2.

16 EHRM 30 september 1998, appl.no. 22985/93 en 23390/94 (*Sheffield & Horsham/VK*).

meerdere mannen en vrouwen moet 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. Het beschermen van geliefden 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.

Niet alleen wordt op dit punt afgeweken van de oorspronkelijke ratio, ook hanteert het Hof een biologisch criterium ten aanzien van de bepaling van het geslacht van een persoon en spitst dit met name toe op de vraag of de reproductiecapaciteiten werkzaam zijn. Hiermee ontstaat 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 herkoppeling van de twee deelrechten lijkt 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’.

3.2 Het recht om te huwen

Ook ten aanzien van het recht om te huwen lijkt er voor een conservatieve lijn te worden gekozen, die afwijkt van de bedoeling van de verdragsopstellers. Zo wordt bepaald dat een (gedeeltelijke) belemmering van dit recht met betrekking tot gevangenen geen schending van artikel 12 EVRM met zich brengt¹⁷ en ook ten aanzien van immigranten zijn verregerende beperkingen geoorloofd. 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 zij die reeds een dergelijk gezinsleven hebben opgebouwd in een Europees land en zij die dat van plan zijn en tussen ‘echte’ huwelijken, die uit liefde zijn geboren, en verstandshuwelijken, die om rationele redenen tot stand zijn gekomen.¹⁸ In tegenstelling tot personen die een ‘lawful and genuine marriage’ genieten, geldt voor personen voor wie de ‘(...) primary purpose of the marriage was to effect the husband’s entry into the United Kingdom for economic purposes’¹⁹ dat de staat verregerende beperkingen aan het recht om te trouwen mag opleggen.²⁰

Naast het gemaakte onderscheid tussen liefdes- en verstandshuwelijken, wordt ook meegenomen of er reeds sprake is van een huwelijksleven of concrete huwelijksplannen, alhoewel ook

17 ECieRM 02 juni 1990, appl.no. 16252/90 (G.T./Italië). ECieRM 22 februari 1995, appl.no. 22937/93 (Z. S. G. & V. I./Griekenland en VK). ECieRM 13 oktober 1977, appl.no. 7114/75 (Hamer/VK). ECieRM 22 juni 1970, appl.no. 3898/68 (X/VK). ECieRM 19 april 1991, appl.no. 14460/88 (Z/Zweden).

18 ECieRM 14 december 1988, appl.no. 14069/88 (Patel/VK).

19 ECieRM 06 juli 1992, appl.no. 19788/92 (S/VK).

20 ECieRM 03 december 1997, appl.no. 33257/96 (Klip & Krüger/VK). ECieRM 30 november 1994, appl.no. 24485/94 (Bacovic/Zweden). ECieRM 16 oktober 1996, appl.no. 31401/96 (Sanders/Frankrijk). ECieRM 16 januari 1996, appl.no. 25050/94 (Yavuz/Oostenrijk). Ook bij criminele activiteiten zijn dergelijke beperkingen geoorloofd in het kader van de ordehandhaving. ECieRM 21 oktober 1997, appl.no. 34025/96 (Gelaw/Zweden).

hier zeer restrictief naar wordt gekeken.²¹ In de zaak *X. t. Duitsland* (1976)²² staat bijvoorbeeld centraal een Indiase man wiens verblijfsvergunning niet wordt verlengd en die stelt dat dit hem verhindert met zijn Duitse verloofde te trouwen. De Commissie overweegt echter dat de klager onvoldoende heeft aangetoond dat hij concrete plannen had om te trouwen en dat deze plannen reëel waren. Bovendien had hij ook buiten Duitsland kunnen trouwen, een lijn die ook in latere jurisprudentie wordt bevestigd.

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 jurisprudentie dat dit geen schending van artikel 12, eventueel in combinatie met artikel 14 EVRM, oplevert, zoals in *Kleine Staarman t. Nederland* (1985) waarin een vrouw haar WAO verloor omdat ze trouwde en in *Lindsay t. VK* (1986) en *Hubaux t. België* (1988) waarin de hoogte van de inkomstenbelasting verschilde voor gehuwden en ongehuwden.²³ In *Marckx t. België* (1979) 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 klagers niet werden gehinderd in hun recht te trouwen.²⁴

Vervolgens zijn de verdragstaten volgens de Commissie bevoegd vrij verregaande beperkingen op te leggen aan het sluiten van een huwelijk,²⁵ niet alleen inzake bigamie²⁶ en de huwbare leeftijd waarop een huwelijk rechtsgeldig mag worden gesloten,²⁷ maar ook ten aanzien van de vorm waarin het huwelijk dient te worden beklonken, daarmee legitimerend de beperking van bepaalde culturele of religieuze uitingvormen van het huwelijk²⁸ 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.²⁹

Tot slot volgt uit staande jurisprudentie, zoals *X. t. Zwitserland* (1981), dat het recht om te trouwen niet het recht om te scheiden omvat.³⁰ In *Johnson e.a. t. VK* (1986) 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, volgt dat het de

21 ECieRM 16 oktober 1986, appl.no. 12236/86 (S/VK). Zie ook: EHRM 26 maart 1992, appl.no. 12083/86 (Beldjoudi/Frankrijk).

22 ECieRM 12 juli 1976, appl.no. 7175/75 (X/Duitsland).

23 ECieRM 16 mei 1985, appl.no. 10503/83 (Kleine Staarman/Nederland). ECieRM 11 november 1986, appl.no. 11089/84 (Lindsay/VK). ECieRM 09 mei 1988, appl.no. 11088/84 (Hubaux/Belië). Zie verder: ECieRM 13 mei 1986, appl.no. 11617/85 (B/VK). ECieRM 02 juli 1997, appl.no. 35426/97 (Staiku/Griekenland). ECieRM 05/04/1993, appl.no. 14881/89 (Dipino & Carrano/Italië), ECieRM 26 oktober 1995, appl.no. 20798/92 (Maleville/Frankrijk), ECieRM 29 november 1995, appl.no. 25359/94 (Szokoloczy-Grobet/Zwitserland), ECieRM 14 mei 1986, appl.no. 11418/85 (Jolie/België).

24 EHRM 13 juni 1979, appl.no. 6833/74 (Marckx/België).

25 Zie ook: ECieRM 12 oktober 1994, appl.no. 20402/92 (Spetz e.a./Zweden).

26 ECieRM 22 juli 1970, appl.no. 3898/68 (X/VK). Zie ook: ECieRM 29 november 1995, appl.no. 23860/94 (Khan/VK).

27 ECieRM 07 juli 1986, appl.no. 11579/85 (Khan/VK).

28 ECieRM 18 december 1974, appl.no. 6167/73 (X/Duitsland).

29 ECieRM 12 oktober 1994, appl.no. 22404/93 (Senine Vadboltski en Démonet/Frankrijk).

30 ECieRM 05 oktober 1981, appl.no. 9057/80 (X/Zwitserland). Zie ook: ECieRM 09 april 1997, appl.no. 33597/96 (Slimani/Frankrijk). EHRM 06 mei 1981, appl.no. 7759/77 (Buchholz/Duitsland).

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.³¹

In de zaak *F. t. Zwitserland* (1987) is deze lijn op een opmerkelijke wijze aangevuld; deze zaak is tevens de enige in de vroege jurisprudentie waarin een schending van artikel 12 EVRM wordt geaccepteerd. In deze zaak staat centraal een man die is vreemdgegaan en waarvan het huwelijk wordt ontbonden. Hij wil hertrouwen, echter het Zwitserse recht stelt de rechter in staat een termijn te bepalen waarbinnen niet mag worden hertrouwd en in casu is een *annus luctus* van drie jaar opgeworpen. Het Hof stelt verrassenderwijs dat alhoewel artikel 12 geen recht om te scheiden en te hertrouwen omvat, dat indien '[...] 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.'³²

F. t. Zwitserland lijkt in latere zaken echter niet te worden bevestigd, zoals in *De Francesco t. Italië* (1990) en *De Luca t. Italië* (1990) waarin de mogelijkheid tot hertrouwen zes jaar werd belemmerd door een bezwaarprocedure.³³ De Commissie constateerde in deze zaken geen schending van artikel 6 EVRM en overwoog dat er derhalve ook geen sprake kan zijn van een schending van artikel 12 EVRM. In *Sanders t. Frankrijk* (1996) 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.³⁴ Ten slotte liep de klager in *K.M. t. VK* (1997) 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.³⁵

Uit de voorgaande jurisprudentie blijkt dat ook ten aanzien van het recht om te huwen een conservatieve koers wordt gevaren en dat daarbij wederom wordt afgeweken van het oorspronkelijke uitgangspunt van de verdragsopstellers. Het recht om te scheiden, dat wel was vervat in artikel 16 UVRM, is ten aanzien van artikel 12 EVRM weggelaten, net als bijvoorbeeld het vereiste van 'vrije en volledige toestemming', niet omdat de verdragsopstellers meenden dat het huwelijk niet onder vrije en volledige toestemming dient te worden gesloten of omdat gehuwden niet het recht hebben om te scheiden, maar omdat er aanvankelijk werd gekozen voor een beperkte opsomming van kernrechten en -vrijheden.

De Commissie en het Hof leiden hier echter uit af dat artikel 12 EVRM wel het recht om te trouwen, maar niet om te scheiden omvat, wat als opmerkelijk gevolg heeft dat het recht om te trouwen een recht is dat slechts éénmaal mag worden benut. Als men eenmaal is getrouwd dan verwerkt het recht om te trouwen en sterker nog, kan de persoon door een nationale overheid worden verplicht om voor immer en altijd getrouwd te blijven. Een dergelijke redenering staat in contrast met de benadering van andere verdragsrechten die niet verwerken en waarvan een persoon kan besluiten het recht of de vrijheid niet te benutten of op te geven. De constatering van het Hof dat het recht om te scheiden niet is vervat in artikel 12, maar een snelle

31 EHRM 18 december 1986, appl.no. 9697/82 (Johnson e.a./Ierland). Zie ook: ECieRM 08 mei 1987, appl.no. 9584/81 (J.G./Ierland).

32 EHRM 18 december 1987, appl.no. 11329/85 (F/Zwitserland).

33 ECieRM 12 maart 1990, appl.no. 13741/88 (De Francesco/Italië). ECieRM 12 maart 1990, appl.no. 13823/88 (De Luca/Italië).

34 ECieRM 16 oktober 1996, appl.no. 31401/96 (Sanders/Frankrijk).

35 ECieRM 09 april 1997, appl.no. 30309/96 (K.M./VK).

scheidingsprocedure wel en daarbij bijvoorbeeld niet naar artikel 6 EVRM verwijst, brengt met zich dat een land wel een absoluut, maar geen relatief verbod op scheiden en hertrouwen mag hanteren.

Ook ten aanzien van de andere punten leidt de conservatieve interpretatie tot opmerkelijke uitkomsten. Terwijl het uitgangspunt van het recht om te trouwen een gelijkheidsstreven was, accepteert de Commissie verregaande verschillen in de behandeling van (kinderen van) gehuwden en niet gehuwden, tussen religieuze huwelijksvormen en tussen huwelijkskandidaten van verschillende nationaliteiten, bijvoorbeeld door het opwerpen van verregaande administratieve formaliteiten, die voor de opstellers van het UVRM juist een reden waren om artikel 16 UVRM in de verklaring op te nemen.

Ook mogen staten bepalen dat immigranten slechts mogen trouwen als zij dat uit liefde doen, een vereiste dat noch uit de verdragstekst noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 12 EVRM volgt, sterker nog, verstandhuwelijken om welke reden dan ook waren en zijn een wijdverbreid fenomeen. Nog los van het feit dat een onderzoek van de staat inzake de oprechtheid van de liefdesgevoelens van de toekomstige huwelijkspartners op zichzelf reeds als een inbreuk op het privéleven moet worden gekwalificeerd,³⁶ voltrekt de staat een dergelijk verstrekend onderzoek slechts ten aanzien van immigranten en nimmer bij twee autochtone personen, wat een vorm van discriminatie met zich brengt.

3.3 Het recht een gezin te stichten

Net als ten aanzien van het recht om te huwen trekt de vroegere Commissie een strenge lijn³⁷ ten opzichte van immigranten met betrekking tot het recht een gezin te stichten,³⁸ onder andere door te bepalen dat artikel 12 EVRM geen recht omvat in een bepaald land te blijven,³⁹ dat een dreigende uitzetting geen schending van het familieleven betekent⁴⁰ en dat als een uitzetting geoorloofd is onder artikel 8 lid 2 EVRM, dat dan hetzelfde geldt onder 12.⁴¹

Evenzo werd ten aanzien van gevangenen een conservatieve lijn doorgezet, onder andere door te bepalen dat een beperking op het recht een gezin te stichten noodzakelijk wordt beperkt bij gevangenen als uitvloeisel van hun gevangenisstraf,⁴² dat artikel 12 EVRM niet met zich brengt dat '(...) a person must at all times be given the actual possibility to procreate his descendants'⁴³ 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 hand-

36 ECieRM 03 december 1997, appl.no. 33257/96 (Klip & Krüger/Nederland). Zie ook: ECieRM 04 juli 1991, appl.no. 13158/87 (Hopic/Nederland).

37 Zie ook: ECieRM 22 oktober 1997, appl.no. 29245/95 (Foskjaar/Denemarken).

38 ECieRM 12 maart 1987, appl.no. 12408/86 (Dilawar/VK). Zie ook: ECieRM 11 oktober 1988, appl.no. 12492/86 (H/VK). ECieRM 07 april 1993, appl.no. 14852/89 (Akhtar, Johangir & Johangir/Nederland).

39 ECieRM 16 oktober 1986, appl.no. 12236/86 (S/VK). ECieRM 30 juni 1993, appl.no. 20598/92 (Mahvaz/VK).

40 ECieRM 13 juli 1987, appl.no. 12790/87 (C Ng/VK).

41 ECieRM 02 september 1992, appl.no. 17670/91 (O.A./Frankrijk).

42 ECieRM 07 juli 1986, appl.no. 11579/85 (Khan/VK). ECieRM 05 oktober 1988, appl.no. 11799/85 (H/Frankrijk). ECieRM 12 oktober 1988, appl.no. 11994/86 (Hellegouarch/Frankrijk). Zie ook: ECieRM 22 juli 1970, appl.no. 3898/68 (X/VK). ECieRM 02 juli 1990, appl.no. 16252/90 (G.T./Italië).

43 ECieRM 21 mei 1975, appl.no. 6564/74 (X./VK).

haven, er geen sprake kan zijn van een schending van artikel 12 EVRM.⁴⁴ Tot slot bepaalde de Commissie in de zaak van *ELH en PBH t. VK* (1997), waarin centraal stond het recht om een gezin te stichten van gevangenen waarbij zij niet fysiek het huwelijk kunnen consumeren, maar hun wel de mogelijkheid wordt geboden om dit via kunstmatige inseminatie te doen, dat klagers hier niet tegen op kunnen komen omdat zij dit vanwege religieuze overtuiging weigeren en op een natuurlijke wijze een gezin wensen te stichten.⁴⁵

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* (1975) oordeelde de Commissie echter dat ook dit niet onder artikel 12 EVRM wordt beschermd.⁴⁶ In *X & Y. t. VK* (1977) 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.⁴⁷

Nog verder ging de Commissie in *X. t. Nederland* (1981):

'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.'⁴⁸

Alhoewel uit geen van beide zaken een schending van artikel 12 EVRM volgt, lijkt hier een wat liberalere lijn te worden ingezet. Toch wordt deze lijn in latere zaken juist expliciet ontkracht. In *Di Lazzaro t. Italië* (1997) 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.'⁴⁹

Deze lijn werd in latere zaken bevestigd.⁵⁰

Ook ten aanzien van het recht om een gezin te stichten kiest de vroegere Commissie derhalve voor een conservatieve interpretatie. Net als ten aanzien van het recht om te huwen, mag het

44 ECieRM 03 oktober 1978, appl.no. 8166/78 (X. en Y./Zwitserland). ECieRM 10 juli 1991, appl.no. 17142/90 (G.S. & R.S./VK).

45 ECieRM 22 oktober 1997, appl.no. 32094/96 en 32568/96 (E.L.H. & P.B.H./VK).

46 ECieRM 10 juli 1975, appl.no. 6482/74 (X/België en Nederland).

47 ECieRM 15 december 1977, appl.no. 7229/75 (X. & Y./VK).

48 ECieRM 10 maart 1981, appl.no. 8896/80 (V/Nederland). Zie ook: ECieRM 13 mei 1992, appl.no. 15296/89 (Pitzalis & Lo Surdo/Italië).

49 ECieRM 10 juli 1997, appl.no. 31924/96 (Di Lazzaro/Italië).

50 ECieRM 01 juli 1998, appl.no. 34986/97 (Akin/Nederland).

recht van gevangenen en immigranten verregaand worden beperkt en bovendien omvat het recht volgens de Commissie slechts het stichten van een gezin naar biologische standaarden, dit bijvoorbeeld in tegenstelling tot artikel 8 EVRM, waaronder ook een niet-biologisch gerelateerd gezin bescherming kan genieten. Alhoewel de Commissie ten aanzien van adoptie aanvankelijk een wat liberale lijn lijkt te kiezen, is deze lijn in latere zaken weer expliciet ontkracht, zodat ook op dit punt de conservatieve benadering wordt bevestigd.

Bovendien moet worden gesteld dat de Commissie ook ten aanzien van dit deelrecht een expliciete koppeling maakt met het andere deelrecht: het recht om te trouwen. Zo stelt de Commissie in de hierboven aangehaalde zaak van *X. t. België en Nederland* (1975): '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.'⁵¹ Ook in latere zaken wordt deze koppeling gemaakt. Net zoals het recht om te huwen expliciet wordt gekoppeld aan de mogelijkheid om voort te planten, wordt het recht om een gezin te stichten expliciet gekoppeld aan het huwelijk, dit terwijl deze twee deelrechten door de verdragsopstellers juist waren ontkoppeld om te voorkomen dat bastaardkinderen een andere juridische status zouden genieten dan kinderen die door de consumptie van het huwelijk het levenslicht zien.

Tot slot lijkt de Commissie, net zoals ten aanzien van het recht om te trouwen, 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* (1975), waarin centraal staat de vraag of een gevangene ook een beroep kan doen op het recht zichzelf voort te planten, wil 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.'⁵²

In *X. en Y. t. Zwitserland* (1978), waarin centraal staat een man en een vrouw die beiden in de gevangenis vertoeven en die hun huwelijk willen blijven consumeren, oordeelt 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 stelt 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.'⁵³

Uit het feit dat de Commissie in deze zaak weigert het recht om een gezin te stichten in behandeling te nemen, nu de geliefden reeds een gezin hebben gesticht en het bestaande familieleven bescherming geniet onder artikel 8 EVRM, kan worden afgeleid dat mensen die eenmaal een gezin hebben gesticht, geen beroep meer kunnen doen op artikel 12 EVRM om redenen van gezinsuitbreiding. Ook in deze zin is Artikel 12 derhalve een recht dat verwerkt als het eenmaal is benut.

51 ECieRM 10 juli 1975, appl.no. 6482/74 (X/België en Nederland).

52 ECieRM 21 mei 1975, appl.no. 6564/74 (X/VK).

53 ECieRM 03 oktober 1978, appl.no. 8166/78 (X. & Y./Zwitserland).

3.4 De beperking van het recht

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 wordt aanvankelijk ook bevestigd in *X t. VK* (1975) 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 (...)'.⁵⁴ 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 stelling dat artikel 12 derhalve ziet op het stichten van het gezin en artikel 8 op het reeds gestichte gezin wordt inderdaad een aantal keer door de Commissie betrokken.⁵⁵ Soms wordt deze lijn echter niet zo scherp getrokken en wordt een zaak simpelweg onder beide artikelen behandeld, maar doorgaans, zoals ook reeds uit de vorige subparagrafen bleek, wordt de zaak 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.

Daaruit volgt dat in tegenstelling tot het uitgangspunt van de verdragsopstellers, de beperkingsclausule van artikel 12 EVRM wordt uitgebreid tot die van artikel 8 EVRM. Alhoewel uit de jurisprudentie volgt dat landen niet de 'very essence' van de rechten uit artikel 12 EVRM mogen beperken, is tevens bepaald dat transseksuelen en homoseksuelen simpelweg geen beroep op het artikel kunnen doen, dat het recht om te scheiden en te hertrouwen niet onder artikel 12 wordt beschermd en dat er niet alleen 'procedural rules', maar ook 'substantive rules' mogen worden uitgevaardigd,⁵⁶ bijvoorbeeld met betrekking tot het tegengaan van verstandshuwelijken bij immigranten.⁵⁷

Sterker nog, in de 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 bijzonder groot is. Zo overweegt het Hof in *F. t. Zwitserland*, betreffende het recht om te scheiden en te hertrouwen, dat

'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.'⁵⁸

54 ECieRM 21 mei 1975, appl.no. 6564/74 (X/VK).

55 ECieRM 12 maart 1990, appl.no. 13823/88 (De Lucca/Italië). ECieRM 12 maart 1990, appl.no. 13741/88 (De Francesco/Italië). ECieRM 10 Oktober 1991, appl.no. 14420/88 (Bertocci Cianchi/Italië). ECieRM 15 mei 1986, appl.no. 11588/85 (U. & G.F./Duitsland).

56 ECieRM 18 december 1987, appl.no. 11329/85 (F/Zwitserland).

57 ECieRM 16 oktober 1996, appl.no. 31401/96 (Sanders/Frankrijk). Zie ook: ECieRM 03 december 1997, appl.no. 33257/96 (Klip & Krüger/Nederland).

58 ECieRM 18 december 1987, appl.no. 11329/85 (F/Zwitserland).

4 De jurisprudentie vanaf 2000

Uit de vorige paragraaf volgt dat de Commissie en het Hof in de jurisprudentie tot 2000 een conservatieve lijn kiezen als het gaat om de interpretatie van artikel 12 EVRM. Hierbij wijken zij op tal van punten af van de oorspronkelijke uitgangspunten van de verdragsopstellers. Vanaf 2000 wordt echter geleidelijk aan een liberalere lijn ingezet, waarin de jurisprudentie uit de voorgaande jaren op tal van punten wordt verworpen of aangevuld. Bovendien wordt in tegenstelling tot de vroege jurisprudentie, waar het slechts in *F. t. Zwitserland* tot een veroordeling kwam, in een niet onaanzienlijk aantal zaken een schending geconstateerd.

4.1 Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd

Eén van de meest radicale breuken met de eerdere jurisprudentie valt te ontwaren in de positie van transseksuelen. De zaken *Goodwin t. VK* (2002) en *I. t. VK* (2002), die parallel aan elkaar worden behandeld, betreffen het recht van transseksuelen om te trouwen. Het Hof verwijst daarin naar het biologische criterium dat in Rees en navolgende zaken is 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 stelt:

‘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.’⁵⁹

Ook refereert het Hof aan een aantal in zijn ogen belangrijke veranderingen dat zich sindsdien heeft voorgedaan, zoals de toegenomen sociale acceptatie van transseksuelen, de gegroeide medische mogelijkheden en de verbrede juridische inbedding van het recht om te trouwen, waarbij wordt verwezen 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 daarbij te verwijzen naar ‘mannen en vrouwen’. Dit geeft het Hof voldoende grond om te breken met de eerdere jurisprudentie daar het meent 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.’⁶⁰

De liberale lijn lijkt ook mogelijkheden te bieden voor personen van gelijk geslacht die wensen te trouwen, nu de twee deelrechten van elkaar zijn gescheiden, artikel 9 van het Handvest niet spreekt van mannen en vrouwen en gezien het feit dat ook bij hen kan worden gesteld dat hun het recht om te huwen in essentie wordt ontnomen door de verboden op homohuwelijken. Het tegendeel blijkt echter uit de zaken *R. en F. t. VK* (2006) en *Parry t. VK* (2006), waarin het Hof overweegt dat alhoewel een aantal lidstaten homohuwelijken heeft gelegitimeerd

59 EHRM 11 juli 2002, appl.no. 28957/95 (Goodwin/VK), r.o. 98. EHRM 11 juli 2002, appl.no. 25680/94 (I/VK).

60 EHRM 11 juli 2002, appl.no. 28957/95 (Goodwin/VK), r.o. 101.

(...) 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 (...).⁶¹

Alhoewel deze lijn wordt bevestigd in *Schalk en Kopf t. Oostenrijk* (2010),⁶² lijkt het Hof met de frase 'perhaps regrettably to many' te laten doorschemeren dat hij aarzelingen heeft bij de conservatieve interpretatie van dit recht; het valt te bezien in hoeverre de plannen van landen zoals Duitsland, Finland, Groot-Brittannië, Luxemburg en Turkije om homohuwelijken te legitimeren, naast België, Denemarken, Frankrijk, IJsland, Nederland, Noorwegen, Portugal, Spanje en Zweden die dit reeds hebben gedaan, zullen leiden tot een ommezwaai op dit punt. In *Schalk en Kopf* lijkt het Hof hier reeds op te anticiperen als het, met de klagers, constateert dat uit de frase 'mannen en vrouwen' uit artikel 12 op zichzelf niet volgt dat het hier moet gaan om een huwelijk tussen een man en een vrouw en als het stelt dat artikel 12 EVRM wel degelijk ook bescherming biedt aan homoseksuele stellen, zij het dat restricties hieromtrent vooralsnog zijn geoorloofd onder de beperkingsclausule.

4.2 Het recht om te trouwen

Op het gebied van scheiden en hertrouwen volgt uit de jurisprudentie vanaf 2000 dat niet alleen rechterlijke en wettelijke verboden kunnen leiden tot een schending van artikel 12 EVRM, zoals eerder werd beargumenteerd, maar vertraging voorvloeiend uit procedurele regels of een lange rechtsgang evenzo. Dit uitgangspunt van de eerdere jurisprudentie, alsmede de lijn dat een vertraging met betrekking tot hertrouwen van zes jaar geen schending van artikel 12 EVRM met zich mee hoeft brengen, wordt expliciet ontkracht in *V.K. t. Kroatië* (2010), waarin centraal staat een man die wil hertrouwen, maar dit slechts na zes jaar kan 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.⁶³

Ook ten aanzien van het recht van gevangenen lijkt de jurisprudentie aanzienlijk te zijn versoepeld. Dit blijkt onder meer uit *Jaremowicz t. Polen* (2010) en *Frasik t. Polen* (2010), waarin het gaat om personen die de gevangenis niet mochten verlaten om te trouwen. In de laatste zaak wil een verdachte met zijn vermeende slachtoffer trouwen, wat wordt verboden onder andere om beïnvloeding van de getuige te voorkomen. Ondanks het feit dat er in deze zaak een individuele afweging had plaatsgevonden door een nationale rechter en het feit dat het ging om een tijdelijke beperking van het recht om te trouwen, namelijk voor een duur van nog geen anderhalf jaar, constateert het Hof in dit geval een schending.

61 EHRM 28 november 2006, appl.no. 35748/05 (R. & F./VK). EHRM 28 november 2006, appl.no. 42971/05 (Parry/VK).

62 EHRM 24 juni 2010, appl.no. 30141/04 (Schalk & Kopf/Oostenrijk), r.o. 62.

63 EHRM 27 november 2012, appl.no. 38380/08 (V.K./Kroatië). Zie ook: EHRM 19 juli 2007, appl.no. 43151/04 (Charalambous/Cyprus). EHRM 29 januari 2008, appl.no. 42402/05 en 42423/05 (Wildgruber/Duitsland).

'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 (...)'.⁶⁴

Bovendien lijkt er ook ten aanzien van immigranten versoepeling op te treden. Zo stond in *O'Donoghue e.a. t. VK* (2010) centraal 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.⁶⁵

Tot slot lijkt er ook ten aanzien van de ruimte voor staten om door middel van substantiële en procedurele regels het recht om te trouwen te beperken een koerswijziging zichtbaar.⁶⁶ Zo is de zaak *Lashin t. Rusland* (2011), waarin er beperkingen golden voor handelingsonbekwamen om te trouwen, ontvankelijk verklaard en in afwachting van een inhoudelijk oordeel.⁶⁷ In *B. en L. t. VK* (2004) wordt het recht van schoonvader en -dochter om te trouwen ontzegd gezien het gevaar van dwang en beïnvloeding door de schoonouder. De Britse overheid stelt 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 constateert in casu een schending, niet alleen omdat het er onvoldoende van is overtuigd dat een dergelijke individuele afweging zorgvuldig is geschied, maar ook omdat

'(...) 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.'⁶⁸

Ook ten aanzien van het verbod als zodanig plaatst het Hof derhalve vraagtekens.

64 EHRM 05 januari 2010, appl.no. 22933/02 (Frasik/Polen), r.o. 97. EHRM 05 januari 2010, appl.no. 24023/03 (Jaremowicz/Polen).

65 EHRM 14 december 2010, appl.no. 34848/07 (O'Donoghue e.a./VK).

66 EHRM 18 september 2001, appl.no. 47293/99 & EHRM 16 juli 2002, appl.no. 47293/99 (Selim/Cyprus).

67 EHRM 06 januari 2011, appl.no. 33117/02 (Lashin/Rusland), r.o. 91.

68 EHRM 13 september 2005, appl.no. 36536/02 (B. & L./VK), r.o. 40.

4.3 Het recht om een gezin te stichten

Alhoewel minder expliciet, lijkt ook ten aanzien van het recht om een gezin te stichten op een aantal punten versoepeling op te treden, zoals bijvoorbeeld ten opzichte van immigranten.⁶⁹ Ten aanzien van de sterilisatie van vrouwen, waarbij de vraag is of dit op basis van volledige informatie en vrijwillige instemming plaats heeft gehad, constateert het Hof in de zaak *IG, MK en RH t. Slowakije* (2012) een schending van artikel 8 EVRM en stelt dat er derhalve geen aparte beoordeling van de zaak onder artikel 12 EVRM hoeft plaats te hebben.⁷⁰ In de soortgelijke zaak *V. C. t. Slowakije* (2011) spreekt het Hof eenzelfde oordeel uit.⁷¹ Evenzo valt er op het gebied van kunstmatige inseminatie een versoepeling te ontwaren, ook al geldt ook hier dat artikel 8 EVRM primaat lijkt te krijgen boven artikel 12 EVRM. In de zaak van *Dickson t. VK* (2006) staat centraal een stel dat kinderen wenst te krijgen, maar waarvan de man gevangen is en vrijkomt op het moment dat de vrouw 51 is. Hierbij komt de Grote Kamer van het Hof tot het oordeel dat in de nationale procedure onvoldoende is gekeken naar de individuele omstandigheden van het geval en de disproportionele consequenties van een dergelijk verbod voor de personen in kwestie en constateert het een schending van artikel 8 EVRM, daarbij wederom stellend dat een apart onderzoek van de zaak onder artikel 12 EVRM derhalve niet nodig is.⁷²

4.4 De beperking van het recht

Ten aanzien van de verhouding tussen artikel 8 en 12 EVRM lijkt de interpretatie dat artikel 8 primaat heeft steeds meer aan belang te winnen, ook in zaken waarin het gaat om het stichten van een gezin en niet om het beschermen van een reeds gesticht gezin, zoals bij kunstmatige inseminatie en sterilisatie. Aan de andere kant lijkt het Hof juist weer terug te komen op zijn standpunt ten aanzien van de beperkingen die artikel 12 EVRM toelaat. Zo blijkt uit de zaken *O'Donoghue e.a. t. VK* (2010), *Jaremowicz t. Polen* (2010) en *Frasik t. Polen* (2010) dat artikel 12 EVRM nimmer met zich mag brengen dat het recht om te huwen geheel wordt beperkt.

“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”.⁷³

Ook ten aanzien van de aard van artikel 12 EVRM lijkt het Hof een andere koers te varen, waarin niet een christelijk-conservatief uitgangspunt wordt gekozen of wordt verwezen naar het

69 EHRM 08 juni 2006, appl.no. 60148/00 (*Singh e.a./VK*).

70 EHRM 13 november 2012, appl.no. 15966/04 (*I.G./Slowakije*).

71 EHRM 08 november 2011, appl.no. 18968/07 (*V.C./Slowakije*).

72 EHRM 04 december 2007, appl.no. 44362/04 (*Dickson/VK*). Zie ook: EHRM 24 juni 2008, appl.no. 11326/07 (*Madonia/Italië*). EHRM 15 november 2007, appl.no. 57813/00. (*S.H./Oostenrijk*).

73 EHRM 05 januari 2010, appl.no. 22933/02 (*Frasik/Polen*), r.o. 90.

traditionele huwelijk en de biologische familie, maar wordt gerefereerd aan tolerantie en ruimdenkendheid. Zo stelt 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 (...)'. Het vervolgt:

'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 (...).'⁷⁴

Tot slot moet worden opgemerkt dat de beoordelingsruimte van staten zodoende flink lijkt te worden beperkt. 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 refereert de Britse overheid in de zaken *Goodwin t. VK* (2002) en *I. t. VK* (2002) aan de eerder door de Commissie en het Hof gekozen lijn ten aanzien van de statelijke interpretatievrijheid op het gebied van onder andere het recht om te trouwen van transseksuelen, maar gaat het Hof daar niet 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.'⁷⁵

5 Conclusie

De interpretatie van het recht om te huwen en een gezin te stichten brengt een complex dilemma met zich mee. Het is bijvoorbeeld niet alleen de vraag of een bastaardkind tot de familie behoort of ervan dient te worden uitgesloten, de vraag is tevens welk criterium voor een dergelijke keuze moet worden gehanteerd. Er kan worden gekeken naar de feitelijke realiteit, of het kind in het gezinsleven is opgenomen, maar ook naar de juridische werkelijkheid, of het kind al dan niet is erkend. Eenzelfde keuze tussen feit en fictie speelt ten aanzien van veel andere dilemma's

74 EHRM 05 januari 2010, appl.no. 22933/02 (*Frasik/Polen*), r.o. 93 & 95.

75 EHRM 11 juli 2002, appl.no. 28957/95 (*Goodwin/VK*), r.o. 103.

in relatie tot het recht om te trouwen en een gezin te stichten. Wordt voor het bepalen van iemands geslacht leidend geacht de feitelijke realiteit, hoe hij zich gedraagt, kleedt en wellicht biologisch heeft omgevormd, of geldt hier de juridische realiteit, namelijk het geslacht zoals vervat in het geboorteregister; geldt als uitgangspunt bij wetgeving, zoals in erfenisregels, slechts de biologische band, het feitelijk ouderschap, of ook de juridische band, zoals met betrekking tot adoptiekinderen; geldt er slechts bescherming voor het op een biologische wijze totstandbrengen van een gezin, door natuurlijke reproductie, of zijn ook artificiële wijzen beschermd, zoals kunstmatige inseminatie; geldt bij de wens om te scheiden de feitelijke realiteit, het van tafel en bed gescheiden zijn, of slechts de juridische werkelijkheid en de belofte bij elkaar te blijven tot de dood scheidt; geldt ten aanzien van immigranten als uitgangspunt de feitelijke relatie of hun juridische wens om een verblijfsvergunning te bemachtigen?

Het is duidelijk dat de vroegere Commissie en het Hof worstelen met deze keuze. Terwijl artikel 12 EVRM als klassiek mensenrecht in de conventie werd opgenomen, lijken zij het artikel aanvankelijk voornamelijk te benaderen als een sociaal recht, waarbij staten verregaande beperkingen mogen opleggen, en als burgerrecht, waarbij geldt dat immigranten zich slechts in beperkte mate op dit recht kunnen beroepen. Daarbij kiezen de Commissie en het Hof een conservatieve benadering waarin slechts de biologische familie en het traditionele huwelijk bescherming genieten. Vanaf 2000 lijkt het Hof echter een liberalere koers te varen en ook ruimte te laten voor niet-traditionele huwelijken en niet-biologische gezinnen.

Toch is de interpretatie van het huwelijks- en gezinsrecht als een klassiek mensenrecht, waarbij komt dat de beoordelingsruimte voor staten in artikel 12 EVRM zeer beperkt is, nog niet op alle punten doorgevoerd. Niet alleen homohuwelijken zouden in deze visie moeten worden toegestaan, aangezien het de staat niet aangaat met wie een persoon zich wil verbinden, ook huwelijksverboden tussen familieleden van een bepaalde graad zouden onder druk komen te staan, aangezien deze uitgaan van de koppeling tussen het huwelijk en het stichten van een gezin, daar kinderen uit dergelijke verbindingen een verhoogde kans op misvorming hebben. Bovendien is er geen reden om mensen niet toe te staan te scheiden en te hertrouwen en zelfs zou kunnen worden afgevraagd of het verbod op polygamie in stand moet worden gelaten, nu meerdere personen van en met elkaar kunnen houden en samenleven.

Daarnaast zouden door adoptie, kunstmatige inseminatie of samenstelling gestichte gezinnen gelijke beschermingen moeten genieten als de op biologische wijze tot stand gekomen families, zowel met betrekking tot het stichten daarvan als met betrekking tot belastingstructuren, erfenisregels en pensioenstelsels. In dezelfde lijn zou ook de koppeling tussen het huwelijk en de eventueel daaruit ontsproten kinderen en het verkrijgen van een verblijfsvergunning moeten worden beoordeeld. Het gebod op huwelijken geboren uit liefde zou in de liberale visie op het recht om te trouwen geen plaats hebben, daar het de staat niet aangaat om welke redenen personen wensen te trouwen en eventueel een gezin wensen te stichten.

Een strikt liberale visie op het recht om te trouwen en een gezin te stichten zou dan ook op tal van punten wijzigingen veronderstellen en vereisen dat de nationale wetgeving van diverse staten op dit punt stelselmatig zou worden herzien. De vraag rijst of er in een dergelijke visie, die primair inzet op het beschermen van het privéleven tegen staatsinmenging, überhaupt ruimte is voor inhoudelijke begrenzingen en beperkingen, wellicht slechts afgezien van een leeftijdsgrens. Alhoewel de christelijk-conservatieve gedachte lange tijd heeft geprevaleerd en ook de visie van de ECIERM en het EHRM heeft gedomineerd, lijkt het Hof de laatste jaren een liberalere koers te varen en de rechten onder artikel 12 EVRM open te stellen voor onder meer transsek-

suelen, immigranten, gevangenen en personen die wensen te scheiden. Het valt te bezien of ook op de andere, hierboven genoemde punten een nieuwe lijn zal worden gekozen.