

RECHTSVERGELIJKENDE STUDIE TUSSEN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, HET INTER-AMERIKAANS HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS EN HET VN- MENSENRECHTENCOMITÉ OP HET HUWELIJK VOOR MENSEN VAN HETZELFDE GESLACHT

Aantal woorden: 54.572.

Charlotte De Pré
Studentennummer: 01405528

Promotor: Prof. dr. Eva Brems
Commissaris: dr. Pieter Cannoot

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de Rechten

Academiejaar: 2019 – 2020

INHOUDSOPGAVE

Dankwoord.....	5
Inleiding	6
DEEL I: Wat zijn de visies en redeneerwijzen van de rechtsinstellingen i.v.m. zaken rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit?	9
Hoofdstuk I: Wat zijn de visies en redeneerwijzen van het VN-Mensenrechtencomité i.v.m. zaken rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit?	9
A. Toonen v. Australië	10
B. Young v. Australië	11
C. X v. Colombia	12
D. G v. Australië	13
E. C v. Australië	18
Hoofdstuk II: Wat zijn de visies en redeneerwijzen van het Europees Hof voor de rechten van de mens i.v.m. zaken rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit?.....	23
A. Dudgeon v. Verenigd Koninkrijk.....	23
B. Rees v. Verenigd Koninkrijk.....	26
C. Goodwin v. Verenigd Koninkrijk.....	28
D. Parry v. Verenigd Koninkrijk.....	33
E. Hämäläinen v. Finland.....	34
F. Schalk & Kopf v. Oostenrijk	37
G. Vallianatos v. Griekenland.....	38
H. Oliari v. Italië	41
Hoofdstuk III: Wat zijn de visies en redeneerwijzen van het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens i.v.m. zaken rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit?	43
A. Atala Riffo v. Chili.....	43
B. Duque v. Colombia.....	49
C. Flor Freire v. Ecuador	50
D. Advisory opinion Costa Rica	51
Hoofdstuk IV: Conclusie.....	55
DEEL II: Wat zijn de visies en redeneerwijzen van de rechtsinstellingen op het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht?	57
Hoofdstuk I: Wat zijn de visies en redeneerwijzen van het Europees Hof voor de rechten van de mens op het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht?	57

A. Schalk & Kopf v. Oostenrijk.....	57
B. Oliari v Italië	67
Hoofdstuk II: Wat zijn de visies en redeneerwijzen van het VN-Mensenrechtencomité op het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht?	69
A. Joslin v. Nieuw-Zeeland.....	69
B. Wat na Joslin v. Nieuw-Zeeland?.....	75
Hoofdstuk III: Wat zijn de visies en redeneerwijzen van het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens op het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht?.....	76
A. Advisory opinion Costa Rica	76
Hoofdstuk IV: Conclusie.....	86
DEEL III: Wat zijn de gelijkenissen en verschillen in de visies en redeneerwijzen van de rechtsinstellingen?	87
Hoofdstuk I: Wat zijn de gelijkenissen en verschillen in de visie van de rechtsinstellingen?	87
a) Visie op het concept “gezin” en “gezinsleven”	87
b) Visie op het toepassingsgebied van de bepalingen omtrent het “huwelijk”	88
c) Visie op de verplichting tot het openstellen van het “huwelijk”	88
Hoofdstuk II: Wat zijn de gelijkenissen en verschillen in de redeneerwijzen van de rechtsinstellingen?	90
a) Het verwijzen naar andere mensenrechtenstandaarden, mensenrechtenstelsels en rechtsvergelijkende studies	90
b) De tekstuele/letterlijke interpretatie.....	91
c) De appreciatiemarge-doctrine	92
d) De evolutieve interpretatie.....	93
e) De consensusredenering.....	94
Hoofdstuk III: Conclusie	97
DEEL IV: Hoe verklaren we de vastgestelde gelijkenissen en verschillen tussen de rechtsinstellingen?	98
Hoofdstuk I: Hoe verklaren we de verschillen in gebruik van subsidiariteitsmechanismen?..	98
Afdeling I: Algemene verklaringen	99
A. Geschiedenis.....	98
B. Politieke, sociale en culturele (r)evoluties.....	102
C. Diversiteit van de staten	105

D. De aard van de rechtsinstelling	106
E. Tijdstip	106
Afdeling II: Specifieke verklaringen.....	107
A. Politieke evolutie omtrent seksuele minderheden in staten.....	107
Hoofdstuk II: Conclusie	108
DEEL V: Algemene conclusie.....	110
Bibliografie	113

DANKWOORD

Voor er effectief in de masterproef gedoken kan worden, zou ik graag even enkele mensen bedanken die de voorbije twee masterjaren van mijn opleiding aan de Universiteit Gent mij hebben ondersteund zodat dit sluitstuk tot stand kon komen.

Mijn bijzondere dank gaat uit naar mijn promotor Professor Eva Brems en Commissaris Pieter Cannoot. Het is dankzij dat eerste gesprek in 2018 dat er uit een klein idee van mezelf en bijsturing van jullie beiden, een masterproef is kunnen groeien. Tijdens het opstellen van het onderzoeksplan kreeg ik reeds veel feedback en kan ik alleen maar beamen dat ik veel heb bijgeleerd. Professor Brems bedank ik ook nog eens specifiek voor de nodige bijsturing die ze mij in april 2020 heeft gegeven, iets wat het eindresultaat toch sterk heeft gevormd.

Mijn eeuwige editor en vriendin Lies Vanderlinden bedank ik voor de tijd en moeite die ze steeds keer op keer heeft gestoken in het nalezen en aanpassen van de tekst. Bedankt ook voor het geduld dat je hierin hebt uitgeoefend. Hiernaast zou ik ook graag Emma Verhasselt willen bedanken voor de motivatie en het delen van onze interesse in de internationale mensenrechten. Ik hoop dan ook dat ik met deze masterproef iets heb geschreven wat jou zou weten te boeien.

Ik bedank graag ook nog de volgende personen: Ella De Smet, Fien Hautekiet, Audrey Crabbé, Tess Vanderlinden, Dean Hellemans, Sarah Byttebier en Jainuv Din.

Tot slot zou ik aan mijn ouders het grootste eerbetoon willen schenken. Dankjewel Heidi en papa voor de steun gedurende heel mijn opleiding maar vooral ook deze laatste maanden.

INLEIDING

I. SITUERING

Het vraagstuk rond het openstellen van het instituut van het huwelijk voor koppels van hetzelfde geslacht vormde een groot onderdeel van het programma van de HOLEBI-rechten beweging gedurende de laatste decennia. Op statelijk niveau heeft dit er op het moment van het schrijven van deze masterproef toe geleid dat er wereldwijd 29 staten zijn die het huwelijk expliciet opengesteld hebben voor koppels van hetzelfde geslacht.¹ Men kan spreken van een enigszins succesvolle beweging met een evolutie gedurende de periode van 2002 tot en met 2020 in Nederland, België, Canada, Spanje, Zuid-Afrika, Noorwegen, Zweden, IJsland, Portugal, Argentinië, Denemarken, Uruguay, Nieuw-Zeeland, Frankrijk, Brazilië, Engeland & Wales, Schotland, Luxemburg, Finland, Ierland, Groenland, de Verenigde Staten, Colombia, Duitsland, Malta, Australië, Oostenrijk, Taiwan, Ecuador en Noord-Ierland. Toch vormt deze groeiende groep van staten een minderheid.

Burgers uit landen die niet in het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht voorzagen konden zich dus niet steunen in een meerderheidsvisie om op nationaal vlak druk te zetten. De vraag groeide of het uitsluiten van koppels van hetzelfde geslacht geen schending van hun rechten vormde. Deze rechtsvraag werd uiteindelijk aan meerdere internationale en regionale mensenrechteninstellingen voorgelegd. Het was aan deze instellingen om uit te maken of toegang tot het huwelijk voor koppels van hetzelfde geslacht een fundamenteel en beschermd mensenrecht vormde en aldus een positieve verplichting inhield voor staten of dat dit een loutere statelijke aangelegenheid was.

De focus van deze masterproef is dan ook hoe deze mensenrechteninstellingen over die rechtsvraag over de jaren heen hebben geoordeeld en hun argument hierrond hebben opgebouwd. Het is de bedoeling dat we hierrond een rechtsvergelijkend onderzoek van de drie geselecteerde mensenrechteninstellingen, het Europees Hof voor de rechten van de mens, het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens en het VN-Mensenrechtencomité zouden uitvoeren.

Het onderzoeksobject zijn specifiek de visies en toegepaste redeneerwijzen. Het interpreteren van internationale verdragen is allesbehalve een zwart-wit gegeven en iedere rechtsinstelling zal deze grijswaarden anders invullen. De centrale onderzoeksvraag van deze masterproef is dan ook gegroeid uit de bedenking: hoe en waar convergeert de invulling van de mensenrechteninstellingen en waar gaan zij net weer omgekeerde standpunten nemen?

¹ <https://www.pewforum.org/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/>
https://ilga.org/downloads/ILGA_Sexual_Orientation_Laws_Map_2019.pdf

II. ONDERZOEKSVRAGEN

Deze masterproef en specifiek dit rechtsvergelijkend onderzoek probeert een antwoord te formuleren op de centrale onderzoeksvraag: “Wat zijn de gelijkenissen en verschillen in de visies en redeneerwijzen van het Europees Hof voor de rechten van de mens, het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens en het VN-Mensenrechtencomité op het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht?”.

Om tot een omvattend antwoord te komen op deze vergelijkende onderzoeksvraag zal er in Deel II getracht worden beschrijvende deelvragen zoals “Wat zijn de visies en redeneerwijzen van de rechtsinstelling op het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht?” voor iedere rechtsinstelling te beantwoorden. In Deel III zullen de antwoorden op de beschrijvende deelvragen van Deel II dan gebruikt worden om de centrale onderzoeksvraag *sensu stricto* via een rechtsvergelijking te beantwoorden. In Deel IV volgt dan de verklarende deelvraag “Hoe verklaren we de vastgestelde gelijkenissen en verschillen tussen de rechtsinstellingen?”.

Tenslotte wordt er in Deel V, de algemene conclusie, getracht om de centrale onderzoeksvraag *sensu lato* te beantwoorden. Deze verrijkt het antwoord op de centrale onderzoeksvraag *sensu stricto* door naast de letterlijke gelijkenissen en verschillen ook de achtergrond en verklaring van deze vaststellingen weer te geven. Enkel zo krijgt men een volwaardig antwoord op de hoofdonderzoeksvraag van deze masterproef.

III. STRUCTUUR EN WERKWIJZE

Een eerste element waar doorheen de masterproef mee rekening zal gehouden worden is dat er steeds gewisseld dient te worden in de volgorde van het behandelen van de rechtsinstellingen. Dit volgt uit een bevinding van KOKKINI, die wil vermijden dat men het 'vreemd' recht vanuit de bril van het 'eigen' of 'gekende' recht zou bekijken. De onderzoeker zou onbewust steeds het eigen of meest gekende rechtstelsel als 'comparatum' kunnen gebruiken. Dit zou vervormde onderzoeksresultaten kunnen opleveren. Het voortdurend verwisselen van de volgorde van de onderzoeksobjecten is dus noodzakelijk om zich zo goed mogelijk van deze invloed te onttrekken.²

In verband met de opbouw van deze masterproef zal er in het eerste luik van deze masterproef, Deel I, voor iedere instelling een aantal zaken geselecteerd alsook geanalyseerd worden die de visie en redeneerwijzen rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit algemeen weergeven. Het opmaken van een kader waarbij er getracht wordt de beslissingen rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit zo omvattend mogelijk te bespreken is een belangrijk onderdeel van het rechtsvergelijkend onderzoek. Het recht dient te bestudeerd te worden van binnenuit, dit wil zeggen dat men zich in het kader plaatst en gebruik maakt van de begrippen, interpretatiemethoden en logica eigen aan het rechtstelsel.³ Daarom is een re-integratie van de zaken rond het huwelijk in een breder kader van uitspraken rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit noodzakelijk. Deel I zal ingedeeld worden in vier hoofdstukken waarin voor de drie rechtsinstellingen een kader opgemaakt wordt. Hierna zal er in een concluderend hoofdstuk een korte vergelijking plaatsvinden over de algemene bevindingen rond deze kaders in zoverre er relevante elementen worden vastgesteld.

In Deel II volgt dan een analyse waarin de specifieke zaken rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht worden behandeld. In dit deel zal ook rechtsliteratuur verwerkt worden waarbij zowel algemene als specifieke commentaren worden bekeken op toegepaste redeneerwijzen van de rechtsinstellingen.

Deel III houdt de effectieve vergelijking in waarbij de bevindingen uit Deel II bepalend zijn. Niet elk element uit Deel II zal echter behandeld worden. De rechtsvergelijking zal grotendeels gericht zijn op het vaststellen van de gelijkenissen en verschillen in grote lijnen. Deel III wordt opgedeeld in drie hoofdstukken. Hoofdstuk I behandelt de vergelijking van de visies van de rechtsinstellingen en Hoofdstuk II bekijkt de redeneerwijzen. Hoofdstuk III zal een korte conclusie inhouden.

Een afsluitend verklarend onderzoek luidt Deel IV in, waarbij onderzocht wordt of er interne en/of externe verklaringen kunnen gevonden worden voor de gelijkenissen en verschillen die werden vastgesteld in Deel III. Hierbij zal getracht worden een interdisciplinair onderzoek uit te voeren waar de focus ruimer zal zijn dan louter rechtsliteratuur.

In Deel V volgt dan de algemene conclusie waarin alle vastgestelde elementen kort herhaald zullen worden om zo een antwoord te verkrijgen op de hoofdonderzoeksvraag.

² D. KOKKINI-IATRIDOU, *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek.*, Deventer: Kluwer, 1988, 154.

³ F. GORLE, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN, F. REYNTJENS, W. DE BONDT en K. LEMMENS, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 38.

DEEL I: WAT ZIJN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN DE RECHTSINSTELLINGEN I.V.M. ZAKEN ROND SEKSUELE ORIËNTATIE EN GENDERIDENTITEIT?

In Deel I van de masterproef wordt het breder kader aan zaken in verband met seksuele oriëntatie en genderidentiteit van de rechtsinstellingen uiteengezet. Het doel hiervan is de bredere context waarin de uitspraken rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht zich bevinden, te schetsen. Deze uiteenzetting dient om diepgaande kennis over de onderzoeksobjecten te verwerven, in functie van zowel de rechtsvergelijking in Deel III als het verklarend onderzoek in Deel IV.

De keuze is hierbij gemaakt om voor het breder kader enkel de uitspraken zelf te behandelen en hier niet op systematische wijze rechtsleer aan toe te voegen, dit in tegenstelling tot de analyse in Deel II. Deze keuze volgt uit de omvang van de kaders van de rechtsinstellingen.

De wijze waarop het kader voor elke rechtsinstelling werd vastgesteld, lees geselecteerd, zal steeds bij hun respectievelijke onderdelen hieronder besproken worden. Een rode draad is echter dat er vooral zal gefocust worden op zaken waarbij seksuele oriëntatie en genderidentiteit aan bod komen binnen de context van relaties.

HOOFDSTUK I: WAT ZIJN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN HET MENSENRECHTENCOMITÉ VAN DE VERENIGDE NATIES I.V.M. ZAKEN ROND SEKSUELE ORIËNTATIE EN GENDERIDENTITEIT?

Sinds de oprichting van het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties (hierna VN-Mensenrechtencomité of Comité) heeft deze rechtsinstelling zich al meermaals uitgesproken via het individuele klachtensysteem over schendingen van de rechten van seksuele minderheden. Toch zou het vanwege het beperkte aantal zaken in verband met seksuele oriëntatie en genderidentiteit dat tot op heden reeds behandeld is, mogelijk zijn een exhaustief overzicht uiteen te zetten.

Voor dit hoofdstuk is er echter gekozen om de zaken waarbij de inhoud verder verwijderd is van de essentie van deze masterproef, niet te behandelen. Specifieker wordt er de zaken bedoeld zoals *Hertzberg v. Finland*⁴ en *Fedotova v. Rusland*⁵ die betrekking hadden op vrijheid van meningsuiting en censuur, alsook de zaak *M.I. v Zweden*⁶ die zich in een migratiecontext afspeelde.⁷

Twee zaken die wel behandeld zullen worden onder dit hoofdstuk zijn *G v Australië en C v Australië* uit 2017. Desondanks dat deze op indirecte wijze wel verbonden zijn aan het vraagstuk van het huwelijk, ging het in deze zaken toch over te specifieke situaties. Vanwege deze vaststelling werd er besloten om in deze masterproef de bovenvermelde zaken in Deel I te behandelen en niet expliciet binnen het hoofdstuk van Deel II rond de analyse in verband met het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht.

⁴ VN-Mensenrechtencomité 2 April 1982, nr. 61/1979, (Hertzberg/Finland), CCPR/C/15/D/61/1979.

⁵ VN-Mensenrechtencomité 31 Oktober 2012, nr. 1932/2010, (Fedotova/Rusland), CCPR/C/106/D/1932/2010.

⁶ VN-Mensenrechtencomité 25 Juli 2013, nr. 2149/2012, (M.I./Zweden), CCPR/C/108/D/2149/2012.

⁷ M. BEJZYK, *Developments on LGBTI Rights at the United Nations*, 110 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 25, 30, 2016., 26

Hieronder zal er een gedetailleerd overzicht gemaakt worden van de resterende en meest in het oog springende zaken. Deze zullen chronologisch behandeld worden.

A. TOONEN V AUSTRALIË

Desondanks dat de hier reeds bovenvermelde zaak *Herzberg* uit 1982 de eerste zaak in verband met seksuele oriëntatie was die voor het VN-Mensenrechtencomité werd gebracht, volgde de eerste beoordeling van belang voor het breder kader van deze masterproef in *Toonen v Australië*.⁸ In deze zaak van 1994 werd voor het eerst een zaak bekeken van iemand die zelf homoseksueel was en een schending door de staat aanbracht als gevolg van deze seksuele oriëntatie.

Nicholas Toonen, een Australisch burger, woonde op dat moment op het eiland Tasmanië dat deel uitmaakt van het Gemenebest Australië. Tasmanië had ten tijde van de zaak een strikte strafwet waarbij alle vormen van seksueel contact tussen twee volwassen en toestemmende mannen in publiek alsook in hun privé verboden waren.⁹ Aangezien Toonen een vaste en langdurende relatie had met een man vreesde hij dat dit ertoe zou leiden dat politieagenten zich zouden inmengen in zijn privéleven en hij uiteindelijk vervolgd zou worden.¹⁰

In recente geschiedenis hadden er geen vervolgingen plaatsgevonden op basis van deze bepalingen maar Toonen gaf aan dat het louter bestaan van deze wet zijn privacy en vrijheid aantasten.¹¹ Nicholas Toonen was dan ook van mening dat de strafbepalingen in strijd waren met artikel 2.1, artikel 17 en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.¹²

BEOORDELING VAN HET COMITÉ

In diens beoordeling vroeg het Comité zich allereerst af of een relatie tussen twee mannen onder het concept “privéleven” viel zoals dit beschermd werd onder artikel 17 IVBPR. Het Comité besloot uiteindelijk dat seksuele contacten tussen twee mannen in hun privé, inderdaad onder de notie van privacy viel.¹³

Deze besloot ook dat de afwezigheid van recente vervolging, onvoldoende garantie was dat dit in de toekomst ook zo zou zijn. Het voortbestaan van de bestreden bepalingen was dan ook een continue en rechtstreekse inmenging in de privacy van Toonen.¹⁴

Het Comité oordeelde ook dat de genomen maatregel, namelijk de criminalisering van homoseksuele activiteiten tussen twee mannen in hun privé sfeer, disproportioneel was met het doel dat de overheid wenste te bereiken.¹⁵ De overheid haalde het argument van de publieke gezondheid boven en stelde dat zij als doel de preventie van het verspreiden van HIV/AIDS had.¹⁶ Het Comité vond net dat deze strafbepalingen de

⁸ VN-Mensenrechtencomité 25 December 1992, nr. 488/1992, (Toonen/Australië), CCPR/C/50D/488.

⁹ *Ibid.*, §2.1.

¹⁰ *Ibid.*, §2.2.

¹¹ *Ibid.*, §2.3

¹² Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, 19 December 1966.

VN-Mensenrechtencomité 25 December 1992, nr. 488/1992, (Toonen/Australië), CCPR/C/50D/488, §3.1.

¹³ *Ibid.*, §8.1.

¹⁴ *Ibid.*, §8.2.

¹⁵ *Ibid.*, §8.6.

¹⁶ *Ibid.*, §8.4 -8.5

effectiviteit van het HIV/AIDS educatieve programma ondermijnde, alsook was er geen link aangetoond tussen de criminalisering van homoseksuele activiteiten en het terugdringen van HIV/AIDS.¹⁷

Op de vraag of seksuele oriëntatie binnen artikel 2 en 26 van het IVBPR onder de categorie “andere status” viel, antwoorde het Comité dat deze seksuele oriëntatie deel uit maakt van de grond “seks”.¹⁸ Het vastleggen hiervan als onderdeel van een beschermde grond was een belangrijke eerste stap in het beschermen van rechten van seksuele minderheden

Uiteindelijk werd er door het Comité besloten dat de specifieke wettelijke bepalingen uit de strafwet van Tasmanië, een schending waren van artikel 17 (recht op privacy) en artikel 2.1 (non-discriminatiebeginsel). Aangezien op basis van artikel 17 in samenhang met artikel 2 IVBPR al een schending werd vastgesteld vond het Comité het niet langer nodig om ook onder artikel 26 IVBPR dit te analyseren.¹⁹ De analyse van het Comité steunde zich dus vooral op een beoordeling van het recht op privacy eerder dan een volwaardige analyse onder het non-discriminatiebeginsel.

B. YOUNG V AUSTRALIË

In 2003 kwam er opnieuw een zaak voor het Comité, *Young v Australië*.²⁰ Edward Young, een Australische man, bevond zich voorafgaand aan deze zaak 38 jaar lang in een relatie met een andere man genaamd C., een oorlogsveteraan.²¹ Op basis van zijn dienstjaren had C. recht op een veteranenpensioen. De man C. stierf uiteindelijk in 1999 en zijn partner Young besloot om onder de toepasselijke wetgeving een pensioen aan te vragen als langstlevende partner.

De bevoegde autoriteiten weigerden echter het pensioen toe te kennen aan Young aangezien hij niet als een langstlevende partner naar de toepasselijke wetgeving kon gezien worden. Dit vanwege het feit dat Young en C beiden mannen waren en hierdoor niet voldaan hadden aan de voorwaarden. Onder deze voorwaarden werd heel duidelijk beschreven dat de personen deel uit dienden te maken van een koppel, dienden samen te wonen en dat zij van verschillend geslacht dienden te zijn. De autoriteiten redeneerden vanwege deze expliciete definiëring en uitsluiting dat zij hier geen discretionaire bevoegdheid in hadden om relaties tussen mensen van hetzelfde geslacht onder deze pensioenwet te laten vallen.²²

Edward Young was als gevolg hiervan van mening dat dit een schending vormde van artikel 26 IVBPR, het non-discriminatiebeginsel. Young argumenteerde dat op basis van eerdere zaken die voor het Comité werden gebracht, namelijk *Broeks v. Nederland*, *Zwaan de Vries v. Nederland* en *Danning v. Nederland*, er reeds werd vastgelegd dat sociale zekerheidsrechten onder artikel 26 IVBPR vielen. Alsook werd in de hierboven besproken zaak *Toonen v Australië* seksuele oriëntatie als een discriminatiegrond onder artikel 26 IVBPR erkend.²³ Het feit dat hij dus anders behandeld werd en bepaalde sociale zekerheidsrechten werd geweigerd louter op basis van zijn seksuele oriëntatie was een schending van het non-discriminatiebeginsel.

¹⁷ *Ibid.*, §8.5

¹⁸ *Ibid.*, §8.7

¹⁹ *Ibid.*, §11.

²⁰ VN-Mensenrechtencomité 6 Augustus 2003, nr. 941/2000, (Young/Australië), CCPR/C/78/D/941/2000.

²¹ *Ibid.*, §2.1.

²² *Ibid.*, §2.1-2.2.

²³ *Ibid.*, §3.1.

De staat argumenteerde echter dat Edward Young geen recht had op een pensioen onder de nationale wetgeving, niet vanwege zijn seksuele oriëntatie, maar vanwege het feit dat niet aan andere, inhoudelijke voorwaarden was voldaan. Seksuele oriëntatie was volgens de staat geen determinerende factor geweest. Deze gaf aan dat de bevoegde autoriteiten deze beslissing tot weigering stoelden op het feit dat een relatie tussen twee mannen of twee vrouwen niet onder de wetgeving zou vallen, maar dat deze redenering niet door de staat werd gevolgd.²⁴

BEOORDELING VAN HET COMITÉ

Omtrent de gegrondheid beoordeelde het Comité dat, in lijn van de zaak *Toonen v Australië*, seksuele oriëntatie weldegelijk een grond van discriminatie onder artikel 26 IVBPR vormde. Deze benadrukte ook dat uit voormalige rechtspraak blijkt dat niet elk onderscheid een vorm van discriminatie uitmaakt. Een onderscheid kan gebaseerd zijn op redelijke en objectieve criteria en zo dus gerechtvaardigd zijn. Zo werd er in de zaak *Danning v. Nederland* uiteengezet dat het onderscheid tussen gehuwde heteroseksuele koppels en ongehuwde heteroseksuele koppels gerechtvaardigd was. Dit aangezien het volledig van hun keuze afhing of zij huwden en deze voordelen kregen of niet, achtte het Comité dit redelijk en objectief.²⁵

In de huidige zaak hing het verschil echter niet af van keuze, zoals dit het geval was in de *Danning*-zaak. Op het moment van deze zaak was er namelijk geen keuze voor mannen van hetzelfde geslacht om te huwen. In de zaak *Young* bracht de staat geen criteria aan op basis waarvan zij een onderscheid maakten tussen ongehuwde koppels van mensen van het verschillende geslacht en koppels van hetzelfde geslacht. Er was ook geen enkele indicatie dat er factoren in deze situatie zouden zijn die een onderscheid rechtvaardigen. Op basis hiervan vond het Comité een schending van artikel 26 IVBPR in verband met de discriminatiegrond seksuele oriëntatie.²⁶

C. X V COLOMBIA

In de volgende zaak voor het Comité deden de feiten zich voor in de staat Colombia. Een man genaamd X had 22 jaar lang een relatie met een andere man genaamd Y. De twee mannen woonden 7 jaar lang samen tot Y in 199 overleed. Aangezien de man X economisch afhankelijk was van Y, vroeg deze een transfer aan van het pensioen van Y bij de bevoegde autoriteiten. Deze aanvraag werd in 1995 geweigerd op basis van het feit dat de wet geen transfer van pensioen zou toestaan aan partners van hetzelfde geslacht.²⁷

Volgens de verzoeker werd er in de wet echter niet gesproken van een sociale zekerheidsvoordeel dat enkel mogelijk is voor partners van het verschillende geslacht.²⁸ In de betrokken regelgeving stond enkel een algemene omschrijving dat de personen een jaar voor het overlijden gehuwd dienden te leven. Dit werd uiteindelijk ook uitgebreid naar partners die *de facto* een gelijkaardige vorm van relatie erop nahielden. Doordat de staat faalde in het erkennen en accepteren van zijn seksuele oriëntatie en hierdoor zijn recht op pensioen werd geweigerd, vond X dat er een schending was op basis van artikel 17 paragraaf 1 IVBPR. Hij

²⁴ *Ibid.*, §4.2.

²⁵ *Ibid.*, §10.4.

²⁶ *Ibid.*, §10.4.

²⁷ VN-Mensenrechtencomité 30 Maart 2007, nr. 1361/2005, (X/Colombia), CCPR/C/89/D/1361/2005, §2.1-2.2.

²⁸ *Ibid.*, §2.3.

vond dit een negatieve inmenging in zijn privéleven.²⁹ Tenslotte gaf X ook aan dat er een schending zou zijn op basis van artikel 26 IVBPR, het non discriminatiebeginsel.³⁰

De staat argumenteerde omtrent de vermeende schendingen onder andere dat de nationale wetgeving zou opgesteld geweest zijn vanuit de invalshoek dat deze de gelijkheid tussen mannen en vrouwen wou promoten en verankeren. De invulling van gelijkheid moest bekeken worden vanuit het perspectief van de systematische en historische discriminatie die vrouwen tegenover mannen hadden ondergaan. Op basis hiervan vonden zij dat de wet omtrent het pensioen geen schending van dit artikel uitmaakte aangezien zij de rechten voor heteroseksuele koppels zo had vastgelegd dat vrouwen zouden beschermd zijn tegen de historische discriminatie die zij vroeger hebben gekend. De staat steunde zich voor deze interpretatie op een arrest van hun Grondwettelijk Hof. De doelstelling was dus om gelijkheid tussen mannen en vrouwen in te voeren, niet om doelgroepen te gaan uitsluiten.³¹

BEOORDELING VAN HET COMITÉ

Het Comité gaf aan dat het de argumenten van de staat in rekening nam omtrent de het geheel aan sociale en juridische factoren waar rekening mee was gehouden bij het opstellen van de sociale zekerheidsregelgeving en de context dat deze rechten zo zijn opgesteld om heteroseksuele relaties te beschermen en niet andere soorten relaties te ondermijnen of schade toe te brengen.³²

Hierna verwees het Comité naar de eigen beslissing, *Young*, omtrent geslacht en seksuele oriëntatie als discriminatiegrond onder artikel 26 IVBPR. Alsook de voorgaande beslissingen omtrent het onderscheid tussen sociale zekerheidsvoordelen voor gehuwde heteroseksuele en niet-gehuwde heteroseksuele koppels.³³

Het Comité gaf aan dat de staat geen redelijke en objectieve criteria aanbracht waarom een onderscheid tussen koppels van hetzelfde geslacht en ongehuwde koppels van het verschillende geslacht, gerechtvaardigd zou zijn.³⁴ Het besluit was dat er een schending van artikel 26 IVBPR had plaatsgevonden door het weigeren van een transfer van pensioen op basis van de seksuele oriëntatie van de man X.³⁵

D. G V AUSTRALIË

In 2017 werden er opnieuw twee zaken tegen Australië aangespannen. De eerste zaak, *G v Australië*, had betrekking op een Australische burger, G, een transgender persoon. G werd geboren in New-South-Wales en geregistreerd als man in 1974. In het jaar 2000 startte G een hormonenbehandeling vanwege het feit dat zij zich identificeerde als vrouw. Niet lang hierna koos zij er ook voor om haar naam te veranderen op haar rijbewijs, bankkaarten, kredietkaarten etc. In 2005 vroeg G ook een tijdelijk paspoort aan om naar een derde land te reizen zodat zij een operatie kon ondergaan. In datzelfde jaar trouwde zij met haar partner, een vrouw,

²⁹ *Ibid.*, §3.5.

³⁰ *Ibid.*, §3.6.

³¹ *Ibid.*, §4.13.

³² *Ibid.*, §7.1.

³³ *Ibid.*, §7.2.

³⁴ *Ibid.*, §7.3.

³⁵ *Ibid.*, §7.3.

en onderging zij een geslachtsoperatie. In oktober 2005 kreeg zij het tijdelijke paspoort toegekend. Hier stond zij aangeduid als vrouw.³⁶

Naar Australisch recht werd er op dit moment niet langer naar geslacht gekeken als iets dat vastlag bij de geboorte en vanaf dan gefixeerd was. Het biologische als basis was niet langer de enige invalshoek, zo werd er ook gekeken naar psychologische en fysieke kenmerken. Er moest naar alle relevante omstandigheden gekeken worden en dan pas kon er iets gedetermineerd worden. Veranderen van geslacht was in 2005 mogelijk, postoperatieve transgender personen konden juridisch erkend worden en vielen onder bescherming tegen discriminatie op basis van hun transgender-zijn.³⁷

Op basis van de nationale wetgeving van toen kon een transgender person erom verzoeken dat hun geboorteakte ook werd aangepast in lijn met hun geslachtsverandering. Voorwaarden hierbij waren dat er sprake was van een persoon die ouder was dan 18 jaar, die een geslachtsoperatie had ondergaan en die niet gehuwd was.³⁸ Op dit nieuwe certificaat werd ook op geen enkele wijze aangegeven dat de persoon transgender zou zijn.

In 2006 vroeg verzoekster bij de bevoegde autoriteiten, een juridische geslachtsverandering aan op haar geboorteakte. Deze werd geweigerd, net als de twee volgende aanvragen die plaatsvonden in 2008 en 2010. In de laatste weigeringsbeslissing werd nog eens verwezen naar de specifieke bepaling waarin staat dat een gehuwd persoon niet van geslacht kon veranderen. De verzoekster gaf in haar argumentatie dan ook mee dat zij zich in een duurzaam en liefdevol huwelijk bevond en niet van plan was om een scheiding aan te vragen.³⁹

De realiteit dat een persoon hun geboorteakte niet kon aanpassen na een geslachtsverandering, bracht vaak ongewenste gevolgen met zich mee. In Australië was het voor de zogezegde secundaire documenten zoals paspoorten en rijbewijzen mogelijk om een verandering van geslacht door te voeren zonder dat die voorwaarde van “niet gehuwd zijn” hieraan vasthing. Dit leidde er dan toe dat de geboorteakte en andere primaire identiteitsdocumenten mogelijks conflicteerden met de secundaire documenten. Dit was voor verzoekster een verregaande inbreuk op de privacy van de personen en kon zelfs leiden tot het lastiggevalen en/of gediscrimineerd worden vanwege het transgender zijn.⁴⁰

Voor G had dit in de praktijk er al voor gezorgd dat zij discriminatie ondervond in haar alledaags leven. Zo vond zij het moeilijk om werk te vinden, vooral ook voor jobs waar er specifiek naar vrouwen gezocht werd. Ook kon zij toegang ontzegd worden tot plaatsen die exclusief voor vrouwen werden voorbehouden, zoals de “vrouwen-gymzalen”. Bijkomend werd zij niet beschermd onder de antidiscriminatie wet van 1977 van Australië aangezien haar geboorteakte niet gewijzigd is en zij als man werd gezien onder deze wet.⁴¹

³⁶ VN-Mensenrechtencomité 17 Maart 2017, nr. 2172/2012, (G/Australië), CCPR/C/119/D/2172/2012, §1-2.1.

³⁷ *Ibid.*, §2.2.

³⁸ *Ibid.*, §2.3.

³⁹ *Ibid.*, §.6.

⁴⁰ *Ibid.*, §2.7-2.8.

⁴¹ *Ibid.*, §2.8.

ARGUMENTATIE VAN VERZOEKSTER

De verzoekster bracht aan dat er ten eerste een schending zou geweest zijn op basis van artikel 17 IVBPR. Het weigeren van het veranderen van haar geboorteakte tenzij zij zou scheiden met haar partner was volgens G een rechtstreekse arbitraire inmenging in haar privéleven. Waar het weldegelijk verantwoord is voor bepaalde organisaties en individuen om de geboorteakte van een ander persoon na te kijken als bewijs van identiteit, was er volgens G geen redelijke of juridische rechtvaardiging omtrent de voorwaarde voor het veranderen van die geboorteakte.⁴² Zij vond de controle op zich dan ook geen probleem maar vond het feit dat bij deze controle steeds verregaand een blik in haar privéleven werd gegeven, een vorm van inmenging.

Onder hetzelfde artikel was er volgens G ook een arbitraire inmenging in haar gezinsleven. De staat, Australië, interpreteerde volgens haar het concept “gezin” zelf op een brede wijze en erkende dat ook koppels van hetzelfde geslacht hier onder vielen. Hierdoor zouden zij dezelfde rechten moeten kunnen genieten als koppels van het verschillende geslacht. Toch werd haar gezinsleven ernstig verstoord doordat zij bijna verplicht werd te scheiden van haar partner als zij haar identiteit juridisch erkend wilde zien worden.⁴³

ARGUMENTATIE VAN DE STAAT

De staat nuanceerde dat de nationale wettelijke bepaling die juridische geslachtsverandering beheerste en de voorwaarde rond het huwelijk invoerde in de wetgeving werd opgesteld met het oog om in overeenstemming te zijn met de nationale wetgeving rond het huwelijk. Deze definieert het huwelijk als een verbintenis tussen mannen en vrouwen. De voorwaarde was dus ingevoerd zodat de huwelijkswetgeving niet ondermijnd zou worden.⁴⁴ De staat vond dus dat deze niet disproportioneel maar gerechtvaardigd was. Er was een legitiem doel namelijk de continuïteit behouden met de wetgeving rond het huwelijk.⁴⁵

In verband met het gezinsleven was de staat van mening dat er geen inmenging had plaatsgevonden. De staat had de persoon in kwestie niet verplicht om haar familiale omstandigheden te veranderen. Indien het Comité toch vond dat er sprake was van enige inmenging, dan steunde de staat zich op dezelfde argumenten rond de wetgeving van het huwelijk die hierboven werden uiteengezet.⁴⁶

De staat onderbouwde dit verder door te verwijzen naar artikel 23 IVBPR en de zaak *Joslin v Nieuw-Zeeland*. Deze zaak en het bijhorende artikel stelde dat het huwelijk enkel toegankelijk was voor heteroseksuele koppels. De staat verwees ook naar het feit dat het Europees Hof voor de rechten van de mens dezelfde visie hieromtrent toepaste en deze geen verplichtingen oplegde aan lidstaten om het huwelijk open te stellen voor koppels van hetzelfde geslacht. De voorwaarde die was ingevoerd vond de staat niet arbitrair, de werking hiervan was zeer voorspelbaar en voldoende precies geformuleerd. De wetgeving was volgens de staat een redelijke, noodzakelijke en gepaste wijze van het bereiken van het doel om transgenders de mogelijkheid te geven hun geboorteakte te wijzigen maar ook de continuïteit te behouden met de wetgeving rond het huwelijk.⁴⁷ Het onderscheid tussen gehuwde transgender personen en ongehuwde transgender personen was

⁴² *Ibid.*, §3.1.

⁴³ *Ibid.*, §3.3

⁴⁴ *Ibid.*, §4.7.

⁴⁵ *Ibid.*, §4.8.

⁴⁶ *Ibid.*, §4.9.

⁴⁷ *Ibid.*, §4.12.

dan ook gerechtvaardigd en de voorziene voorwaarden gingen niet verder dan noodzakelijk. De maatregelen waren proportioneel.⁴⁸

In verband met artikel 26 IVBPR herhaalde de staat dezelfde argumenten in verband met waarom er geen sprake was van discriminatie maar een gerechtvaardigd onderscheid. Hiernaast kon verzoekster in onvoldoende mate bewijs aanvoeren van specifieke instanties waar zij schade had geleden. Indien het Comité deze claim toch voldoende opgebouwd zou vinden dan vond de staat dat zij tenminste gegrondheid miste.⁴⁹

ANTWOORD VERZOEKSTER

Verzoekster G besloot om op de argumenten van de staat te antwoorden en gaf zelf als bijkomend argument aan dat zij het legitieme doel van de staat namelijk de continuïteit van het huwelijk niet kon aanvaarden. Er was namelijk volgens verzoekster een duidelijke discontinuïteit in verband met de benadering rond de verhouding van genderidentiteit en erkenning van huwelijken in Australië.⁵⁰ Het is namelijk zo dat in verband met de erkenning van huwelijken in Australië die in het buitenland zijn afgesloten, het principe is dat indien het in het buitenland een geldig huwelijk was, deze erkend zal worden. Een andere bepaling stelt dan weer dat een huwelijk gesloten in het buitenland tussen twee personen van hetzelfde geslacht niet als huwelijk erkend moet worden. Tenslotte is er dan nog een bepaling die stelt dat indien twee mensen van het verschillende geslacht huwen in het buitenland, één van de personen dan van geslacht veranderd en diens officiële documenten ook aanpast in het buitenland, het huwelijk geldig zou zijn onder Australisch recht.⁵¹

BEOORDELING VAN HET COMITÉ

Wanneer het Comité de gegrondheid ging bekijken stelde deze de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de bepaling in vraag zoals geargumenteed door de staat. Zo gaf deze aan dat voor andere documenten de staat wel de geslachtsverandering toestond los van de burgerlijke staat, dit was bijvoorbeeld zo bij het paspoort. De staat legde niet uit waarom dit bij de geboorteakte een discontinuïteit zou veroorzaken met de wetgeving rond het huwelijk, maar dit bij het paspoort niet het geval zou zijn. Bovendien, merkte het Comité op, legde de staat niet uit waarom het in het belang van de staat zou zijn om conflicterende documenten uit te geven.

Tenslotte was er bijkomend de federale wet waarin stond dat lokale overheden zelf konden besluiten of ze veranderingen aan de geboorteakte toestonden of niet. Dit betekende dus ook dat de federale wet het in principe dit niet verbood. Het kon dus zijn dat voor bepaalde gebieden in Australië dit wel mogelijk was. Het Comité stelde zich de vraag hoe het argument van continuïteit omtrent wetgeving van het huwelijk dan nog tot zijn recht kwam.⁵²

Het Comité noteerde ook het argument van verzoekster over bijkomende onregelmatigheden in verband met het erkennen van het huwelijk. Zo bracht zij het voorbeeld aan van het in het buitenland afgesloten huwelijk. De staat legde niet uit waarom een buitenlands huwelijk initieel afgesloten tussen een koppel van het verschillende geslacht na een buitenlandse juridische geslachtsverandering toch erkend kon worden, terwijl

⁴⁸ *Ibid.*, §4.13.

⁴⁹ *Ibid.*, §4.19.

⁵⁰ *Ibid.*, §5.16.

⁵¹ *Ibid.*, §5.15.

⁵² *Ibid.*, §7.7.

voor eenzelfde huwelijk gesloten in Australië een scheiding nodig was omdat de juridische geslachtsverandering in Australië werd aangevraagd.⁵³

Aangezien ten eerste geslachtsverandering wettelijk was in Australië en dat postoperatieve transgender personen juridisch erkend konden worden in lijn van hun huidige geslacht alsook beschermd werden van discriminatie op basis van de grond van het transgender zijn; aangezien ten tweede verzoekster op geldige wijze was gehuwd in Australië met haar partner; aangezien ten derde zij na haar geslachtsverandering ook officiële documenten zoals haar paspoort verkreeg waarop zij als ‘vrouw’ werd aangemerkt; aangezien tenslotte het onbetwist was dat de persoon zich in een liefdevolle gehuwde relatie bevond met haar partner, iets wat de staat de hele tijd als geldig aanzag, was er geen duidelijke reden waarom geweigerd zou moeten worden om de geboorteakte aan te passen aan de realiteit.⁵⁴

Dit alles samen leidde het Comité ertoe te oordelen dat er inmenging was geweest in het privé en gezinsleven van de verzoekster en dat deze noch noodzakelijk noch proportioneel was in verhouding met een legitiem belang. Als gevolg hiervan oordeelde het Comité dat er arbitraire inmenging was geweest en dus een schending van artikel 17 IVBPR.⁵⁵ In deze zaak oordeelde het Comité dus dat een relatie tussen twee mensen van hetzelfde geslacht onder “gezinsleven” in de zin van artikel 17 IVBPR kon vallen, al ging deze dit niet expliciet na.

Het Comité ging echter verder om ook artikel 26 IVBPR te analyseren. De test die het Comité uitvoerde was om te kijken of het onderscheid tussen gehuwde en ongehuwde personen die een geslachtsoperatie hebben ondergaan en die de aanpassing van hun geboorteakte vragen gebaseerd was op redelijke en objectieve criteria in het nastreven van een doel dat legitiem was onder het verdrag.⁵⁶

Het Comité erkende de stappen die gezet waren door de staat om transgender personen juridische erkenning te voorzien en ook te beschermen tegen discriminatie. Maar door te weigeren gehuwde transgender personen hun geboorteakte te laten reflecteren aan hun realiteit omtrent hun genderidentiteit, dit in tegenstelling tot ongehuwde transgender personen alsook niet-transgender personen, faalde deze in zijn plicht om alle individuen gelijke bescherming onder de wet te geven. Het onderscheid was volgens het Comité niet noodzakelijk en niet proportioneel in verhouding met een legitiem belang. Het was dan ook onredelijk.⁵⁷ Het Comité steunde zich op de voorgaande argumenten onder artikel 17 IVBPR om aan te tonen dat de voorwaarde rond het huwelijk ook onder artikel 26 IVBPR niet gebaseerd was op redelijke en objectieve criteria en als gevolg hiervan discriminatie uitmaakte op basis van burgerlijke staat en de status van transgender zijn.⁵⁸

⁵³ *Ibid.*, §7.8.

⁵⁴ *Ibid.*, §7.9.

⁵⁵ *Ibid.*, §7.9-7.10.

⁵⁶ *Ibid.*, §7.12.

⁵⁷ *Ibid.*, §7.14.

⁵⁸ *Ibid.*, §7.15.

E. C V AUSTRALIË

De tweede zaak die aangespannen werd in 2017 tegen Australië en de laatste zaak die behandeld zal worden binnen dit hoofdstuk was de zaak *C v Australië*. Het betrof hier een vrouw van Australische, Britse en Noord-Ierse nationaliteit. De claim die zij indiende is er één die betrekking had op haarzelf en op haar minderjarige dochter.⁵⁹

De verzoekster, C, woonde gedurende haar leven tien jaar samen met haar partner A, een vrouw. Op een gegeven moment veruiterlijkten de vrouwen hun kindrewens, ondergingen zij bepaalde vruchtbaarheidsbehandelingen en kozen zij een spermadonor. Er werd onderling beslist dat C het kind zou dragen. In 2001 werd hun dochter, R, geboren. Het was op dit moment de intentie van beiden vrouwen om op gelijke wijze de rol van ouder op zich te nemen voor hun dochter. Ten tijde van de geboorte van hun dochter was het naar de wetten van Queensland niet mogelijk dat een tweede partner van hetzelfde geslacht vermeld werd als ouder op de geboorteakte. Later gedurende het leven van hun dochter was de wetgeving hier zodanig rond veranderd dat zij ten tijde van de zaak voor het Comité wel beiden erkend werden als juridische/wettelijke ouders.⁶⁰

In 2004 onderging de Canadese huwelijkswetgeving een hervorming waardoor het mogelijk werd voor koppels van hetzelfde geslacht om hier te huwen. Het koppel C en A reisden met deze bedoeling naar Canada. Kort na hun huwelijk ontstonden er echter spanningen en als gevolg hiervan verliet A de hoofdverblijfplaats. C werd vanaf dit moment degene die *de facto* het ouderlijk gezag alleenstaand uitoefende en de zorgen voor het kind R op zich nam.⁶¹

C contacteerde volgend hierop een advocaat die haar zou bijstaan om een overeenkomst aan te gaan met A die hun financiën zou scheiden van elkaar. Op het moment dat ze dit aanvraag was de wet al veranderd zodat ook koppels van hetzelfde geslacht hieronder vielen. Er was wel nog geen sprake van enige mogelijkheid om alimentatie voor het kind R te claimen. In 2005 werd de overeenkomst door beide partijen aangenomen. Sinds 2006 hebben de twee vrouwen geen contact meer gehad. In 2008 vond er ook een hervorming plaats van de wetten in verband met alimentatie, waardoor C dit wel kon gaan claimen. Hier zijn nooit stappen toe gezet. Er werd ook geen verblijfsregeling voor R opgemaakt en A heeft sinds begin 2005 geen contact meer met het kind gehad. A droeg financieel niets bij voor het kind en is na verloop van tijd ook gestopt met betalingen uit te voeren in het teken van de lening die openstond van het huis, desondanks dat deze lening op beiden vrouwen hun naam stond.⁶²

Als gevolg van dit alles en van het verstrijken van enige tijd, wenste C haar geldig huwelijk dat is gesloten in Canada te beëindigen. Dit voor persoonlijke redenen maar ook zodat zij in de toekomst de optie heeft om opnieuw te huwen of zich tot een geregistreerd partnerschap te kunnen binden.⁶³ Volgens de wet van Queensland in verband met geregistreerde partnerschappen was het niet mogelijk om een nieuw partnerschap af te sluiten als één van de personen nog gehuwd was of zich in een ander geregistreerd partnerschap bevond. Bovendien was het zo dat zij vanwege dit geldig huwelijk in Canada steeds weer werd gevisieerd door schuldeisers van haar ex-partner A. Hiernaast reisde C vaak van het ene naar het andere continent en doordat

⁵⁹ VN-Mensenrechtencomité 28 Maart 2017, nr. 2216/2012, (C/Australië), CCPR/C/119/D/2216/2012, §1.1.

⁶⁰ *Ibid.*, §2.1.

⁶¹ *Ibid.*, §2.2.

⁶² *Ibid.*, §2.3.

⁶³ *Ibid.*, §2.4.

haar huwelijk in een reeks landen erkend werd bracht dit mogelijks vervelende zaken met zich mee indien er zich een spoedeisend probleem zou voordoen. C wilde scheiden zodat ze officieel de relatie kon beëindigen.⁶⁴

Een belangrijk gegeven was dat in Australië vooraleer men de scheiding geldig kon aanvragen, het huwelijk eerst onder deze wet als geldig aanzien moest worden. Deze wet definieerde niet wat er nu specifiek als huwelijk werd aanvaard. Om dit te bepalen diende men naar de wetgeving rond het huwelijk op zich te gaan kijken.⁶⁵

Een bepaling in die wet zette uiteen dat het huwelijk tussen man en vrouw werd afgesloten met uitsluiting van alle andere verhoudingen. Deze bepaling gelde voor zowel de huwelijken voltrokken in Australië als degene die in het buitenland waren afgesloten. In principe werd een huwelijk voltrokken in het buitenland als geldig beschouwd indien het geldig was in het land waar het is afgesloten. Hier was echter een uitzondering op ingevoerd. Hierin werd duidelijk aangegeven dat het huwelijk voltrokken in het buitenland tussen twee mannen of tussen twee vrouwen, niet zou erkend worden in Australië.⁶⁶ Deze uitzondering volgde waarschijnlijk uit het feit dat er in sommige andere landen op dat moment het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht werd ingevoerd. De overheid wou het instituut van het huwelijk als een instituut voor koppels van het verschillende geslacht hiermee beschermen.⁶⁷

C gaf aan hierdoor geen scheiding te kunnen aanvragen in Australië.⁶⁸ Alsook dat zij op dat moment ook geen scheiding kon verkrijgen op andere locaties die enig verband met het huwelijk of de betrokken personen hadden. Zowel in Canada als in het Verenigd Koninkrijk hing hier een voorafgaande voorwaarde aan vast om een bepaalde termijn vast te verblijven of gedomicilieerd te staan in het land.⁶⁹

ARGUMENTATIE VAN VERZOEKSTER

Verzoekster gaf aan dat er een schending zou zijn van artikel 14 (gelijke toegang tot rechtbanken en hoven) in samenhang met artikel 2 en artikel 26 IVBPR (gelijkheid onder de wet) vanwege het feit dat zij geen toegang had tot een echtscheidingsprocedure voor een rechtbank onder het Australisch recht terwijl zij geldig een huwelijk had afgesloten in het buitenland. Indien zij in het buitenland in een huwelijk was getreden met iemand van het andere geslacht zou zij perfect in de mogelijkheid geweest zijn om voor een Australische rechtbank een scheidingsprocedure te starten. Het enige onderscheid in situatie was dat haar voormalige partner hetzelfde geslacht had als zij.⁷⁰

Het onderscheid kon volgens de verzoekster niet gerechtvaardigd worden op basis van enige redelijke en objectieve criteria.⁷¹ Zo was de situatie zo dat Australië huwelijken voltrokken in het buitenland erkende indien zij geldig werden afgesloten in dit land, ook al zouden deze niet voltrokken worden in Australië zelf. Het was enkel het huwelijk tussen twee mensen van hetzelfde geslacht dat werd gevisieerd door Australisch recht. Een voorbeeld was er in verband met polygame huwelijken van één persoon met meerdere personen van het verschillend geslacht. Polygame en bigame huwelijken konden niet afgesloten worden in Australië

⁶⁴ *Ibid.*, §2.4.

⁶⁵ *Ibid.*, §2.5.

⁶⁶ *Ibid.*, §2.6.

⁶⁷ *Ibid.*, §2.7.

⁶⁸ *Ibid.*, §2.8.

⁶⁹ *Ibid.*, §2.9.

⁷⁰ *Ibid.*, §3.1.

⁷¹ *Ibid.*, §3.2.

zelf, maar werden wel als huwelijk erkend onder de wetgeving rond het familierecht. Het verschil in behandeling tussen deze huwelijken en dat tussen twee mensen van hetzelfde geslacht maakte duidelijk dat er niet-objectieve en discriminatoire redenen achter het onderscheid lagen. Een tweede voorbeeld waren de huwelijken voltrokken tussen twee mensen van het verschillende geslacht in het buitenland maar die nog minderjarig waren. Indien de twee personen ouder dan 16 waren en zij naar het lokale recht geldig konden huwen dan werd dit erkend in Australië, ook al zouden zij in Australië zelf niet voor hun 18 kunnen huwen. Ook deze personen zouden toegang krijgen tot een echtscheidingsprocedure.⁷²

Bovendien bracht verzoekster aan dat zorgden het uitsluiten van koppels van hetzelfde geslacht er niet voor zorgde dat de doelstellingen van de regelgeving rond scheiding werden verwezenlijkt. Meer nog dit hield de realisatie ervan zelfs tegen. De doelstellingen die voorop stonden waren het faciliteren van een zo goedkoop mogelijke, beschaafde manier van het beëindigen van relaties waarbij enig conflict vermijden alsook het belang van het kind voorop stond. De echtscheidingsprocedure in Australië op zich voldeed hieraan door als enige voorwaarde in te voeren dat de twee partners voor minstens 1 jaar aan één stuk gescheiden van elkaar leefden. Indien hieraan voldaan, dan kon één van de partners de scheiding aanvragen. Zolang hier geen betwisting rond kwam en er geen minderjarige kinderen waren dan hoefden zij zelfs niet voor de rechtbank te verschijnen noch redenen voor hun breuk aan te geven. Indien er wel minderjarige kinderen waren moesten daar duidelijke regelingen omtrent gemaakt worden zodat het belang van het kind in acht werd genomen. Bij weigering tot toegang tot een scheidingsprocedure vond er geenszins zo'n verplichte toets plaats en ontstond er vaker langdurend conflict, iets wat een negatieve impact kon hebben op het psychologisch welzijn van zowel de ouders als het kind.⁷³

Verzoekster bleef ook in rechtsonzekerheid leven vanwege het feit dat zij niet in een geregistreerd partnerschap kon stappen met haar huidige partner van hetzelfde geslacht omdat zij reeds deel uitmaakte van een huwelijk of geregistreerd partnerschap. Desondanks dat dit noch als huwelijk noch als geregistreerd partnerschap werd erkend door Australië. C had geen uitweg om haar burgerlijke staat aan te passen en deze rechtsonzekerheid weg te werken.⁷⁴

Tussenin 1999 en 2004 waren de rechten van samenwonende koppels van hetzelfde geslacht zo goed als gelijkgesteld met de rechten van koppels van het verschillend geslacht. Hiernaast was voor deze beide groepen aan personen op bijna alle gebieden van het recht een volledige gelijkschakeling gebeurd qua het genot van rechten als deze voorzien voor gehuwde koppels van het verschillend geslacht. Dit bijvoorbeeld voor erfenissen, schadevergoedingen en medische beslissingen alsook vereffening en verdeling van eigendom. Het enige nog significante bestaande onderscheid was het recht om te huwen en het recht om te scheiden. Het feit dat dit enkel op dit gebied nog zo was, was voor de verzoekster een teken dat hier discriminatoire redenen achter zaten en dat deze niet redelijk noch objectief gerechtvaardigd waren.⁷⁵

⁷² *Ibid.*, §3.3.

⁷³ *Ibid.*, §3.4.

⁷⁴ *Ibid.*, §3.5.

⁷⁵ *Ibid.*, §3.8.

C vond dat het Comité deze zaak en de feiten moest onderscheiden van die in *Joslin v Nieuw-Zeeland* en op basis hiervan haar claim bevestigen zonder deze beslissing onderuit te halen. Indien zij dit niet deden vond zij dat het Comité diende te erkennen dat deze beslissing in het licht van de huidige sociale, juridische en culturele evoluties niet meer bevestigd kon worden.⁷⁶

ARGUMENTATIE VAN DE STAAT

De staat begon door aan te geven dat vanwege het feit dat het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht niet beschermd werd door artikel 23 IVBPR, zoals bevestigd in *Joslin v Nieuw-Zeeland*, de claims die meer hier rond draaien dan omtrent de Australische wetgeving rond echtscheidingen, niet in overweging dienden genomen te worden.⁷⁷

Aangezien verzoekster niet gehuwd was noch zodanig erkend werd onder Australisch recht, kon er volgens de staat ook geen vraag tot scheiden rijzen. Voor dezelfde reden stond het haar dan ook niet in de weg om een geregistreerd partnerschap aan te gaan. Onder de wet rond geregistreerde partnerschappen werd het in het buitenland aangegaan huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht noch aanzien als een huwelijk noch als een geregistreerd partnerschap. C zou dus in Queensland een partnerschap kunnen aangaan met haar huidige partner. Op basis hiervan wenste de staat dan ook haar claim te verwerpen.⁷⁸

Aangezien het Australisch recht ook voor koppels van hetzelfde geslacht toegang gaf tot het mechanisme van vereffening en verdeling van eigendom alsook een mechanisme om regelingen te treffen voor kinderen, was er dus geen sprake van een weigering van een effectief rechtsmiddel om de breuk te regelen. Op het moment van de breuk had verzoekster toegang tot de familierechtbank om deze zaken te regelen.⁷⁹

Het argument dat huwelijken in het buitenland afgesloten door koppels van het verschillende geslacht, die erkend worden in Australië maar daar niet zouden voltrokken kunnen worden, discriminatie zouden vormen tegenover haar was volgens de staat ongegrond. Het onderscheid was niet gebaseerd op basis van seksuele oriëntatie, maar op basis van de nood voor toegang tot een scheidingsprocedure. In principe werden ook de huwelijken die niet konden voltrokken worden in Australië, ook niet erkend, maar voor sommige categorieën was dit op basis van de omstandigheden toch noodzakelijk.⁸⁰

Zo werd niet elk van deze huwelijken erkend en kregen zij ook niet allemaal toegang tot de echtscheidingsprocedure. Bijvoorbeeld in een huwelijk waar één partij minderjarig was of wanneer er door één van de partijen geen of geen echte toestemming was, alsook wanneer de partijen verwant waren aan elkaar. Het onderscheid dat verzoekster dus maakte tussen in het buitenland afgesloten huwelijken voor koppels van het verschillende geslacht en die huwelijken voor koppels van hetzelfde geslacht was volgens de staat incorrect.⁸¹

⁷⁶ *Ibid.*, §3.11.

⁷⁷ *Ibid.*, §5.1

⁷⁸ *Ibid.*, §5.4.

⁷⁹ *Ibid.*, §5.5.

⁸⁰ *Ibid.*, §5.7.

⁸¹ *Ibid.*, §5.8.

Indien het Comité niet volgde dat er geen verschillende behandeling was, dan was de staat van mening dat enige verschillende behandeling die was opgetreden, toegelaten op basis van de test van het legitieme doel.⁸² Het toegang geven van huwelijken gesloten in het buitenland die erkend werden in Australië tot de scheidingsprocedure was een legitiem doel. De wetten in kwestie wouden bijvoorbeeld voor mensen uit een polygaam huwelijk toegang geven tot de familierechtbank om zaken rond eigendom en kinderen/verblijf te regelen vanwege de complexiteit.⁸³

De verschillende behandeling was ook proportioneel in verhouding met het doel dat zij wilde bereiken. Voor deze buitenlandse huwelijken die wel erkend werden in Australië was het nodig dat zij toegang kregen tot de echtscheiding. Voor een relatie tussen mensen van hetzelfde geslacht was dit volgens de staat niet nodig aangezien zij ook op andere wijze toegang hadden tot de familierechtbank om een einde van hun relatie te regelen. Alle personen hadden als gevolg hiervan toegang tot een effectief rechtsmiddel om familiale geschillen op te lossen. Aangezien er volgens de staat dus geen verregaande verschillen in rechten of voordelen ontstonden, was het kader rond scheiding zo opstellen proportioneel. De staat wou het zo opstellen dat het reflecteerde hoe men in Australië naar het huwelijk en de toegang daartoe keek.

BEOORDELING VAN HET COMITÉ

In verband met de gegrondheid noteerde het Comité dat verzoekster van overtuiging was dat het gebrek aan toegang tot een scheidingsprocedure een discriminatie uitmaakte op basis van seksuele oriëntatie en dat deze huwelijken voor geen redelijke of objectieve reden werden gevisieerd in vergelijking met andere buitenlandse huwelijken.⁸⁴ De verschillende behandeling tussen deze huwelijken werd door het Comité ook effectief aanzien als verschillende behandeling.⁸⁵

Het Comité gaf aan dat de argumentatie van de staat omtrent het legitiem doel niet overtuigend was. Zo gaf de staat geen redelijke rechtvaardiging voor waarom de redenering achter het wel toelaten van die bepaalde buitenlandse huwelijken, ook niet van toepassing zou zijn op het buitenlandse huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht. In afwezigheid van een overtuigende verklaring vond het Comité dan ook dat het verschil in behandeling gebaseerd op de seksuele oriëntatie van verzoekster, niet gesteund was op objectieve en redelijke criteria en dus discriminatie uitmaakte onder artikel 26 IVBPR uitmaakte.⁸⁶

⁸² *Ibid.*, §5.9.

⁸³ *Ibid.*, §5.10.

⁸⁴ *Ibid.*, §8.2.

⁸⁵ *Ibid.*, §8.3.

⁸⁶ *Ibid.*, §8.6.

HOOFDSTUK II: WAT ZIJN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS I.V.M. ZAKEN ROND SEKSUELE ORIËNTATIE EN GENDERIDENTITEIT?

Om tot het bredere kader te komen van rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens in verband met rechten van seksuele minderheden, werden de zaken in dit hoofdstuk van deze masterproef geselecteerd op basis van *factsheets*⁸⁷ van het Europees Hof voor de rechten van de mens in verband met seksuele oriëntatie en genderidentiteit, alsook aan de hand van rechtsleer.⁸⁸

Het aantal zaken die een plaats zouden kunnen krijgen in dit kader is aanzienlijk, waardoor er een bepaalde selectie nodig was en er iets minder uitgebreid op iedere zaak werd ingegaan. Dit zonder afbreuk te hebben gedaan aan het doel, namelijk de visies en redeneerwijzen van het Europese Hof weer te geven.

Dit kader tracht dus geenszins exhaustief te zijn maar wenst een blik te werpen op de evolutie in rechtspraak rond artikelen 8, 12 en 14 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens⁸⁹ en hun verhouding tegenover elkaar. Hierbij ligt de focus op zaken die verbonden zijn met het thema van de masterproef namelijk de zaken rond de juridische erkenning van relaties tussen mensen van hetzelfde geslacht.

De zaken worden in principe chronologisch behandeld. Hier zijn echter uitzonderingen op. Om de leesbaarheid te verbeteren zijn gelinkte zaken soms volgend op elkaar behandeld, waar chronologisch gezien nog andere zaken zouden tussenvallen.

A. DUDGEON V VERENIGD KONINKRIJK

De eerste zaak in verband met seksuele oriëntatie, *Dudgeon v het Verenigd Koninkrijk*, werd in 1981 voor het Europees Hof voor de rechten van de mens gebracht.⁹⁰ Jeffrey Dudgeon was een man wonende te Belfast, Noord-Ierland die homoseksueel was. De zaak werd voor het Hof gebracht vanwege Noord-Ierse wetgeving die bepaalde seksuele contacten tussen twee toestemmende mannen verbood op dat moment.⁹¹

In het kader van een politieonderzoek in verband met druggebruik had de lokale politie in 1976 een huiszoekingsbevel gekregen en had deze de woning van Dudgeon betreden. Hier werd zowel cannabis in beslag genomen als persoonlijke correspondentie en papieren. In deze correspondentie stonden onder andere elementen van de heer Dudgeon zijn seksuele contacten beschreven. Als gevolg hiervan werd hij gevraagd naar het politiekantoor te gaan en werd hij daar vier en een half uren ondervraagd over zijn seksuele

⁸⁷https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf.,

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf.

⁸⁸ F. EDEL, *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or genderidentity.*, Council of Europe, 2015.

H. LIESKER, *Caught in a Balancing Act: The European Court of Human Rights and the Road to Recognition for Sexual Minorities*, Oslo Law Review, Vol. 4, No. 3-2017, 2017.

S. COOPER, *Marriage, family, discrimination contradiction: An evaluation of the legacy and future of the European court of human rights' jurisprudence on lgbt rights.*, German Law Journal, 12 (10), 2011.

⁸⁹ Verdrag van 4 November 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, (hierna EVRM).

⁹⁰ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 Oktober 1981, nr. 7525/756, (Dudgeon/Verenigd Koninkrijk).

⁹¹ *Ibid.*, §13.

activiteiten. Uiteindelijk besloten de autoriteiten in kwestie echter niet over te gaan tot vervolging op basis van dit laatste.⁹²

Dudgeon was van mening dat er een schending van artikel 8 EVRM had plaatsgevonden. Zo was er ten eerste het feit dat hij steeds strafrechtelijk vervolgd kon worden voor consensuele seksuele contacten of het beschrijven zelfs daarvan in correspondentie, alsook de angst en de psychologische druk voortvloeiend uit het bestaan van deze wetgeving. Ten tweede was er het feit dat hij uren lang over zeer private zaken ondervraagd is geweest en dat er persoonlijke papieren zijn in beslag genomen die pas een jaar later teruggekeerd zijn. Dit vormde voor Dudgeon een ongerechtvaardigde arbitraire inmenging in zijn privéleven.⁹³

Volgens de staat, Noord-Ierland, viel de inmenging onder artikel 8 paragraaf 2 EVRM en was deze dus een toegelaten uitzondering. De voorwaarden waaraan een maatregel of handeling dan dient te voldoen is dat ze voorzien is bij wet, dat er een legitiem doel is en dat deze noodzakelijk is in een democratische samenleving.⁹⁴ Eén van deze legitieme doelstellingen was dat de wetgeving jongeren wou beschermen van ongewenste en schadelijke invloed en aandacht. Alsook om de rechten en vrijheden van anderen te vrijwaren. Volgens het Hof was dit laatste een aspect van de “*bescherming van morele waarden, normen en standaarden*”.⁹⁵ De belangrijkste vraag vond het Hof echter of de bestaande wetgeving in zijn huidige vorm, noodzakelijk was in een democratische samenleving.

BEOORDELING VAN HET HOF

Het Hof begon diens argument door te stellen dat net zoals in andere verhoudingen dit het geval is, enige regulering van seksuele activiteiten, noodzakelijk kan zijn in een democratische samenleving. Strafrecht is een middel waarmee men de openbare orde en zeden wilt beschermen. Dit kan ertoe leiden dat soms zelfs private en consensuele zaken gereguleerd worden. Dit om waarborgen in te bouwen voor kwetsbare en vatbare personen tegen corruptie en uitbuiting. Hierbij doelde het Hof op minderjarigen, fysiek of mentaal zwakkere personen, onervaren alsook personen die fysiek of op enige andere wijze afhankelijk waren. De vraag is echter of vanwege het feit dat de wetgeving in deze zaak veel ruimer ging dan enkel deze waarborgen, deze noodzakelijk was om de vooropgezette doelstelling te bereiken.⁹⁶

Volgens het Hof betekende “noodzakelijk” in deze context, het bestaan van een dringende sociale nood aan een ingreep/inmenging.⁹⁷ De beoordeling of er sprake was van zulke dringende sociale nood, is in eerste instantie weldegelijk aan de nationale autoriteiten. Er werd hun een bepaalde appreciatiemarge toegestaan hierin. Zij kregen enige discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Een beslissing van de nationale autoriteiten blijft uiteindelijk weliswaar altijd vatbaar voor een beoordeling van het Europees Hof.⁹⁸

⁹² *Ibid.*, §33.

⁹³ *Ibid.*, §37-38.

⁹⁴ *Ibid.*, §42-43.

⁹⁵ *Ibid.*, §47.

⁹⁶ *Ibid.*, §49.

⁹⁷ *Ibid.*, §51.

⁹⁸ *Ibid.*, §52.

Het Hof stelde dat er in deze zaak sprake was van een heel intiem aspect van het privéleven van de persoon. Daarom dienden er toch enigszins bijzonder gewichtige redenen te zijn alvorens het ingrijpen van de publieke autoriteiten als legitiem kon gezien worden in het licht van artikel 8 paragraaf 2 EVRM.⁹⁹ Volgens het Hof was het principe dat beperkingen van verdragsrechten niet noodzakelijk kunnen zijn in een democratische samenleving, tenzij deze beperkingen proportioneel zijn om het legitieme doel te bereiken.¹⁰⁰

Het argument dat er in Noord-Ierland sprake was van een strikter en conservatiever moreel klimaat werd door het Hof aanvaard en erkend. Het was ook zo dat wetgeving rond seksuele contacten van heteroseksuele koppels strikter geregeld was dan bijvoorbeeld in Engeland en Wales. Het terugbrengen van de regelgeving in diens eigen context was volgens het Hof weldegelijk belangrijk.¹⁰¹ De staat kon dit dus zeker in rekening nemen bij het maken van hun discretionaire beoordeling.¹⁰²

Volgens het Hof was er echter ook sprake van een toename in tolerantie van homoseksuele contacten, in die mate zelfs dat in een meerderheid van staten van oordeel waren dat het niet langer gepast of proportioneel was om deze te reguleren aan de hand van het strafrecht. Het Hof stelde dat deze die verandering niet kon ontkennen noch negeren. Meer nog de betrokken autoriteiten waren al enkele jaren zelf niet meer over gegaan tot effectieve vervolging uit respect voor het privéleven van mannen die consensuele seksuele contacten met elkaar hebben en ouder zijn dan 21 jaar. Er is geen bewijs dat deze praktijk op enige wijze de morele standaarden heeft aangetast of dat zelfs de gemeenschap zelf heeft gevraagd deze wetgeving strikter toe te passen.¹⁰³

Het kan volgens het Hof dan ook niet gesteld worden dat er sprake is van een dringende sociale nood aan het strafbaar stellen van deze handelingen. Het Hof vond ook dat in verband met proportionaliteit, de aangevoerde rechtvaardigingsgronden disproportioneel waren indien men keek naar de verregaande impact die het bestaan van de wetgeving had op het leven van de getroffen personen.¹⁰⁴ De rechtvaardiging was dus onvoldoende.¹⁰⁵ Er werd door het Hof een inbreuk op artikel 8 EVRM gevonden.¹⁰⁶ Al gaf het Hof ook wel aan dat het aan de nationale autoriteiten blijft om waarborgen ter bescherming van minderjarigen en kwetsbaren in te voeren en dus ook de leeftijd hierrond te fixeren.¹⁰⁷

Hierna ging het Hof over tot een beoordeling van artikel 14 in samenhang met artikel 8 EVRM. Volgens de verzoeker was er sprake van discriminatie vanwege het feit dat er verregaande strafrechtelijke regelgeving bestond omtrent homoseksuele contacten, die niet in dezelfde mate aanwezig was in andere delen van het Verenigd Koninkrijk, zoals Engeland en Wales. Alsook die binnen Noord-Ierland in mindere mate aanwezig was voor heteroseksuele contacten en seksuele contacten tussen twee vrouwen.¹⁰⁸

⁹⁹ *Ibid.*, §52.

¹⁰⁰ *Ibid.*, §53.

¹⁰¹ *Ibid.*, §56.

¹⁰² *Ibid.*, §57.

¹⁰³ *Ibid.*, §60.

¹⁰⁴ *Ibid.*, §60.

¹⁰⁵ *Ibid.*, §61.

¹⁰⁶ *Ibid.*, §63.

¹⁰⁷ *Ibid.*, §62.

¹⁰⁸ *Ibid.*, §65.

Het Hof stelde echter dat waar een substantief of materiële bepaling werd ingeroepen en hieronder een schending werd gevonden, het Hof niet noodzakelijk het non-discriminatiebeginsel diende te beoordelen. Een uitzondering hierop vond enkel plaats indien er sprake was van een manifeste vorm van ongelijkheid. Het Hof oordeelde dat hiervan geen sprake was en het dus niet noodzakelijk was om ook dit artikel te beoordelen.¹⁰⁹

B. REES V VERENIGD KONINKRIJK

Na *Dudgeon* volgden er een reeks zaken waarbij de focus meer lag op genderidentiteit en transrechten. In 1986 kwam zo de zaak *Rees v Verenigd Koninkrijk* voor het Europees Hof.¹¹⁰ De verzoeker in deze zaak werd geboren in 1942 te Engeland, waar deze werd geregistreerd als een vrouw. Rees identificeerde zich echter als man en begon in 1970 een hormonenbehandeling waarbij hij testosteron kreeg toegediend. Hij onderging ook een naamsverandering en kreeg een nieuw paspoort om deze veranderingen gereflecteerd te zien. De titel van “Mr.” werd hem echter geweigerd. In 1974 onderging hij ook een geslachtsoperatie. Hierna vroeg hij over de jaren heen meermaals om een verandering van ook zijn geboorteakte maar dit werd niet toegestaan. Dit leidde ertoe dat deze in conflict was met de realiteit aangezien Rees sociaal aanzien werd als man en ondertussen al zijn andere documenten dit ook reflecteerden. Zo werd ook zijn paspoort in 1984 toch aangepast en droeg deze nu de titel “Mr.”¹¹¹

Rees vond dat er een schending plaatsvond van zijn recht op respect voor het privéleven vervat in artikel 8 EVRM. Deze vond ten eerste dat de overheid hem tegenhield om zich volledig te kunnen integreren in zijn sociaal leven als man. Het verplicht moeten reproduceren van de geboorteakte in bepaalde situaties bracht voor hem als gevolg hiervan schaamte en vernedering mee.¹¹²

BEOORDELING VAN HET HOF

Het hof zette allereerst enkele argumenten omtrent de interpretatie van artikel 8 EVRM uiteen. Zo begon deze door te verkondigen dat reeds in meerdere uitspraken was aangegeven dat artikel 8 EVRM een negatieve verplichting voor de autoriteiten inhield, namelijk het verbod op arbitraire inmenging in het privéleven. Maar dar er onder dit artikel ook een positieve verplichting voor de overheid bestond.¹¹³

In deze zaak was het volgens het Hof nodig om het bestaan en het toepassingsgebied van deze positieve verplichting te bepalen. Dit aangezien het louter ongeroerd laten van het geboorteregister voor het hof geen inmenging zoals begrepen werd onder de negatieve verplichting uitmaakte.¹¹⁴

Het concept van ‘respect’, zeker onder deze positieve verplichting was voor het Hof geen eenduidig gegeven. Vanwege de diversiteit in praktijken tussen de staten verschilde het concept dus ook van zaak tot zaak.¹¹⁵ Het Hof merkte op dat er in enkele staten de mogelijkheid was ingevoerd voor transgender personen om documenten en andere zaken aan te passen en te laten reflecteren aan de realiteit van hun genderidentiteit. Maar zelfs in deze staten werden hier voorwaarden en beperkingen aan vastgehecht die sterk varieerden. In

¹⁰⁹ *Ibid.*, §69-70.

¹¹⁰ Europees Hof voor de rechten van de mens 17 Oktober 1986, nr. 9532/81, (*Rees/Verenigd Koninkrijk*).

¹¹¹ *Ibid.*, §11-17.

¹¹² *Ibid.*, §34.

¹¹³ *Ibid.*, §35.

¹¹⁴ *Ibid.*, §35.

¹¹⁵ *Ibid.*, §37.

andere staten bestond de mogelijkheid dan weer gewoon niet. Op basis hiervan vond het Hof dat er weinig gemeenschappelijke grond was in verband met dit onderwerp tussen de staten en dat het recht zich in een transitie bevond. Hierdoor genoten de staten een ruimere appreciatiemarge.¹¹⁶

Om de vraag dan te beantwoorden of er een positieve verplichting bestond, diende het Hof te beoordelen of de staat zijn appreciatiemarge niet overschreden had en of er een balans werd gehouden tussen de belangen van de gemeenschap en die van het individu. Om deze balans te verkrijgen kon men onder andere kijken naar de zaken opgesomd in artikel 8 paragraaf 2 EVRM maar deze hebben in principe betrekking op de negatieve verplichtingen.¹¹⁷

In het Verenigd Koninkrijk was er geen regelgeving die de burgerlijke staat van postoperatieve transpersonen behandelde. Er was dus geen geïntegreerd systeem aan de hand waarvan zij hier ook veranderingen konden aan doorvoeren.¹¹⁸ In het Verenigd Koninkrijk waren ‘transseksuele’ personen wel vrij om zowel hun voor als achternaam te veranderen en ook op andere documenten hun geslacht aan te passen (Mr., Mrs., Ms. of Miss.). Dit was een groot voordeel in staten waarin alle documenten dienen conform te zijn. Het probleem is dus echter dat vanwege een gebrek aan een geïntegreerd en afgestemd systeem, deze personen niet de mogelijkheid hadden om ook hun geboorteakte aan te passen.¹¹⁹

Waar het geen wettelijke verplichting is om een geboorteakte te reproduceren, zijn er wel fases in het leven van een persoon waar dit verwacht wordt. Deze akte vermeldt het biologisch geslacht bij geboorte in plaats van de realiteit. Hiernaast is het ook zo dat uit wetgeving van het Verenigd Koninkrijk blijkt dat de staat, Rees ook niet op sociaal vlak als man beschouwde. Zo zal hij op vlak van het huwelijk, pensioenrechten, en bepaalde arbeidsrechten als vrouw blijven worden gezien.¹²⁰

Volgens het Hof had het Verenigd Koninkrijk er alles aan gedaan om de verzoeker tegemoet te komen in zoverre hun systeem dit toestond. Het vermeende gebrek aan respect voor het privéleven van de persoon volgde dus uit het niet voorzien van een soort documentatie en bewijs van de huidige burgerlijke staat. De staat had in het uitoefenen van hun appreciatiemarge de ruimte om zelf te oordelen over welke mechanismen en maatregelen deze nam om aan bepaalde noden te voldoen. Waar er bij het balanceren van belangen met zich mee kon brengen dat er bepaalde aanpassingen dienden te gebeuren aan het systeem, kon dit geen verplichting creëren om de basis van het systeem aan te passen.¹²¹

In verband met het argument dat huidige individuele aanpassingen aan het systeem reeds mogelijk zijn zoals bij adoptie, vond het Hof dat deze inderdaad wel vergelijkbaar zijn. Beiden aanpassingen hebben betrekking op een verandering na de geboorte. Maar aan veranderingen zoals bij adoptie hangen heel wat gevolgen vast die het nodig maakten om hier duidelijkheid over te hebben op administratief vlak. Deze informatie bepaalde namelijk de familiebanden, erfrecht, eigendom etc. Dit terwijl een juridische geslachtsverandering slechts uitwerking heeft op dat vlak. Het veranderd enkel het geslacht van de persoon. Het zou ook de waarborg niet verzekeren tot integriteit van het privéleven van de persoon aangezien het veranderen van het geslacht zichtbaar zou zijn op het document/in het register.¹²² De verzoeker was van mening dat deze verandering dan

¹¹⁶ *Ibid.*, §37.

¹¹⁷ *Ibid.*, §37.

¹¹⁸ *Ibid.*, §39.

¹¹⁹ *Ibid.*, §40.

¹²⁰ *Ibid.*, §40.

¹²¹ *Ibid.*, §42.

¹²² *Ibid.*, §42.

maar geheim diende te blijven en niet zichtbaar moest zijn. Maar het Hof merkte op dat dit een fundamentele verandering van het systeem van het Verenigd Koninkrijk zou vragen en dit zou bepaalde partijen eigenlijk afsnijden van informatie waar zij een legitiem belang toe hadden om het te verkrijgen. Zeker indien het ging om informatie nodig in domeinen zoals familie en erfrecht.¹²³

Vanwege de ruime appreciatiemarge van de staat en het belang van bescherming van de belangen van derden in het behouden van een balans, kon het Hof niet besluiten dat een positieve verplichting zo ver zou kunnen gaan.¹²⁴ Er was volgens het Hof dan ook geen schending van artikel 8 EVRM. De staten bleven voor de komende periode na deze uitspraak vrij om zelf te regelen in hoeverre zij verzoeken van ‘transseksuele’ personen zouden beantwoorden en invullen. Het Hof merkte wel op dat deze de moeilijkheden, de stress en het lijden van deze personen serieus nam. Deze benadrukte dat het verdrag steeds in de huidige omstandigheden diende geïnterpreteerd te worden en dat de nood om bepaalde juridische erkenning te voorzien beoordeeld diende te worden in de lijn van mogelijke wetenschappelijke en maatschappelijke veranderingen.¹²⁵

De verzoeker bracht hiernaast echter ook een claim onder artikel 12 EVRM voor het Hof. Dit is het artikel dat het recht tot toegang tot het huwelijk regelt/verankerd. Vanwege het feit dat deze persoon in het licht van de nationale wetgeving rond het huwelijk niet als man werd gezien, kon deze ook niet huwen met een vrouw. Dit vond hij een schending van het bovengenoemde artikel.

Volgens het Hof verwees het recht om te huwen in artikel 12 EVRM naar het traditionele huwelijk tussen personen van het verschillende biologische geslacht. Dit volgde volgens het Hof uit de bewoordingen van dat artikel en het doel ervan, namelijk het huwelijk als bescherming van het gezin. Hiernaast legde paragraaf 2 van dit artikel ook vast dat de invulling ervan onderworpen is aan het nationale recht van de staten. De beperkingen die hierbij worden geïntroduceerd mogen de essentie van het recht zoals bepaald in het verdrag niet ongedaan maken. Maar het Hof was in deze zaak van oordeel dat de invulling van het recht door het Verenigd Koninkrijk geen zulke gevolgen heeft.¹²⁶ Er vond dus geen schending van artikel 12 EVRM plaats.¹²⁷

C. GOODWIN V VERENIGD KONINKRIJK

In 1990 en 1998 volgden er dan nog twee zaken voor het Europees Hof voor de rechten van de mens omtrent hetzelfde vraagstuk als in *Rees v Verenigd Koninkrijk*. Er vond zowel in *Cossey*¹²⁸ als in *Sheffield & Horsham*¹²⁹ echter geen afwijkende uitspraak plaats van het Hof waardoor deze niet worden besproken. Toch kwam er uiteindelijk in 2002 aan deze lijn van rechtspraak een einde in *Goodwin v Verenigd Koninkrijk*.¹³⁰

¹²³ *Ibid.*, §43.

¹²⁴ *Ibid.*, §44.

¹²⁵ *Ibid.*, §47.

¹²⁶ *Ibid.*, §48-50.

¹²⁷ *Ibid.*, §51.

¹²⁸ Europees Hof voor de rechten van de mens 27 September 1990, nr. 10843/84, (*Cossey/Verenigd Koninkrijk*).

¹²⁹ Europees Hof voor de rechten van de mens 30 Juli 1998, nr. 22985/93 en 23390/94, (*Sheffield & Horsham/Verenigd Koninkrijk*).

¹³⁰ Europees Hof voor de rechten van de mens 11 Juli 2002, nr. 28957/95, (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*).

De zaak had betrekking op Christine Goodwin. Vanaf jonge leeftijd identificeerde Goodwin zich als vrouw, desondanks dat ze later met een vrouw trouwde en zij samen kinderen kregen. Goodwin werkte weliswaar nog als man, maar ging in haar vrije tijd en in de publieke sfeer als vrouw door het leven. Vanaf 1985 zette Goodwin ook effectief stappen om een transitie fysiek in te zetten. In 1990 leidde dit tot een operatie. Nadien scheidde Goodwin ook van haar vrouw. In de jaren daaropvolgend werd Goodwin meermaals het slachtoffer van seksuele intimidatie op haar werk, maar kon zij geen klacht indienen aangezien zij onder de wet als man aanzien werd. Zij werd uiteindelijk ook ontslagen op haar werk en kreeg binnen de uitoefening van een nieuwe job de vraag om haar verzekeringsgegevens te geven aan haar werkgever. Dit bezorgde Goodwin stress dat deze werkgever details over haar en haar werkverleden ook zou kunnen traceren. Uiteindelijk gebeurde dit ook. Er waren ook meerdere instanties waarin Goodwin diende te kiezen tussen het tonen van haar geboorteakte en het verkrijgen van bepaalde voordelen/rechten.¹³¹

In essentie wou Goodwin aantonen dat het feit dat zij niet erkend werd onder de wet als vrouw en haar documenten niet in lijn van haar genderidentiteit kon aanpassen, haar op meerdere vlakken verregaande nadelen had bezorgd.¹³²

Verzoekster meende dat er een schending had plaatsgevonden van artikel 8 EVRM aangezien de overheid onvoldoende stappen had gezet om dit lijden van transgenderpersonen op enige wijze te remediëren en in juridische erkenning te voorzien. Vanwege de snelle vooruitgang in transrechten doorheen zowel Europa als de rest van de wereld, vond zij dat er geen reden was waarom dit in het Verenigd Koninkrijk ook niet zou kunnen.¹³³

BEOORDELING VAN HET HOF

Het Europees Hof voor de rechten van de mens begon de beoordeling met een uiteenzetting van het schetsen van de zaak. Zo gaf deze aan dat deze de claim van Goodwin ziet als een falen van de staat om aan de positieve verplichting te voldoen in het respecteren van het privéleven van de persoon, specifiek door dat deze geen juridische erkenning van de geslachtsverandering voorzag.¹³⁴

Het Hof herhaalde ook de redenering omtrent het concept van “respect”, en het feit dat dit heel divers kan zijn over de staten heen en hoe deze dit invullen. Het Hof verwees naar het feit dat deze reeds in meerdere zaken uitspraak had gedaan omtrent de positieve verplichtingen van de staat in verband met transgenderpersonen en de juridische erkenning van hun genderidentiteit. Onder andere de zaken *Rees* en *Cossey* werden vermeld.¹³⁵ In deze zaken had het Hof dus geoordeeld dat het weigeren van het aanpassen van geboorteaktes geen inmenging kon zijn als in het niet naleven van een negatieve verplichting onder artikel 8 EVRM. Alsook dat er geen positieve verplichting op de staat rustte om het systeem te veranderen om zo de geboorteaktes aan te passen.¹³⁶

¹³¹ *Ibid.*, §13-19.

¹³² *Ibid.*, §60.

¹³³ *Ibid.*, §60-63.

¹³⁴ *Ibid.*, §71.

¹³⁵ *Ibid.*, §72-73.

¹³⁶ *Ibid.*, §73.

Waar het Hof niet gebonden was om eigen voormalige uitspraken te volgen, diende er volgens het Hof een goede reden te zijn om hiervan te gaan afwijken. Maar aangezien het EVRM eerst en vooral een mensenrechteninstrument is, moest het veranderingen en ontwikkelingen in de maatschappij in rekening nemen en in dit licht bekeken worden. Het niet dynamisch/evolutief interpreteren van het instrument zou wel eens een barrière kunnen vormen voor hervorming en verbetering van het mensenrechtensysteem en de bescherming ervan.¹³⁷ Het Hof vond het dan ook pertinent om dit vraagstuk te gaan herbekijken in het licht van de huidige omstandigheden en te oordelen over wat op dit moment de gepaste interpretatie en toepassing van het verdrag was.¹³⁸

In de beoordeling van het Hof erkende deze eerst dat de verzoekster als vrouw door het leven ging en dat deze doordat zij voor de wet als man werd gezien, heeft zij doorheen de jaren op meerdere vlakken verregaande inmenging gekend.¹³⁹ Het Hof erkende ook dat er een inmenging in het privéleven kon plaatsvinden waar nationale wetgeving botste met een belangrijk persoonlijk aspect van een persoon. Dit kan niet gezien worden als een kleine formaliteit met weinig impact.¹⁴⁰

Het Hof vond het opmerkelijk dat de operaties werden betaald door de nationale autoriteiten en dat hier voorafgaand genderdysforie aan vastgesteld werd. Het Hof zou denken dat vanwege de rol die de staat in dit proces innam, deze de genderidentiteit van de persoon dus erkende en ook in de wet de juridische erkenning zou doorvoeren. Het Hof vond het onlogisch van de staat dat zij akkoord waren gegaan met deze procedure maar dan de gevolgen ervan niet wensten te erkennen.¹⁴¹

Naast het wetenschappelijke en medische standpunt omtrent transgenderisme te beoordelen¹⁴², keek het Hof in deze zaak ook naar het bestaan van een Europese en/of Internationale consensus.

Ten tijde van de voorafgaande zaak *Sheffield & Horsham* werd er door het Hof reeds een groeiende consensus onder de staten van de Raad van Europa vastgesteld in verband met het voorzien in juridische erkenning van geslachtsverandering. Het Hof bevestigde dat dit ook ten tijde van de huidige zaak *Goodwin*, gereflecteerd werd op internationaal vlak.¹⁴³

Het Hof verwees echter ook naar de zaak *Rees* waarin deze had bepaald dat er weinig gemeenschappelijk was tussen het recht van de staten omtrent de invulling van deze juridische erkenning en dat het recht zich in transitie bevond. Het Hof vond deze diversiteit op zich niet vreemd vanwege de subsidiariteit die centraal staat in het Europees mensenrechtensysteem. De staten vullen in eerste instantie zelf in welke maatregelen zij nemen om de waarborgen en rechten in het EVRM te garanderen. Zij krijgen hierin dus een ruime appreciatiemarge. Als gevolg hiervan vond het Hof dan ook dat er geen verregaand belang diende gehecht te worden aan het gebrek aan consensus over de aanpak en de specifieke mechanismen voor juridische

¹³⁷ *Ibid.*, §74.

¹³⁸ *Ibid.*, §75.

¹³⁹ *Ibid.*, §76.

¹⁴⁰ *Ibid.*, §77.

¹⁴¹ *Ibid.*, §78.

¹⁴² *Ibid.*, §81-83.

¹⁴³ *Ibid.*, §84.

erkenning.¹⁴⁴ Het Hof vond het belangrijker om belang te hechten aan de internationale consensus tot sociale aanvaarding van transgenderpersonen en de juridische erkenning van hun genderidentiteit.¹⁴⁵

Omtrent het register van geboorteaktes aanvaarde het Hof vroeger het historisch belang van dit systeem en hoe dit functioneerde. Toch bestaan er al uitzonderingen op dit systeem zoals bijvoorbeeld adoptie. Het Hof was van mening dat een uitzondering voor transgenderpersonen het hele systeem niet zou laten ineensinken. Hierop volgde echter het argument dat de staat derden hun belangen wou bestendigen die mogelijk rechtmatig toegang zouden willen tot informatie. Hierdoor zouden er moeilijkheden kunnen optreden in domeinen zoals familie en erfrecht. Het Hof vond dit argument echter te algemeen geformuleerd en zag niet waar er op dit moment problemen zouden kunnen ontstaan.¹⁴⁶ Bovendien zag het Hof dat de overheid zelf een hervorming van het systeem aan het bespreken was ten tijde van deze zaak waardoor data betreffende de burgerlijke staat zou kunnen aangepast worden. Deze zag dan ook niet in waarom het behoud van het huidige systeem absoluut nodig zou zijn.¹⁴⁷

Het Hof erkende ook dat desondanks dat verzoekster schade en nadeel had geleden, de staat stappen had gezet om deze te minimaliseren. Toch bekeek het Hof de zaak als volgt: de essentie van het EVRM is om de waardigheid en vrijheid van personen te waarborgen, en onder artikel 8 EVRM specifiek wordt er sterk belang gehecht aan de persoonlijke autonomie van personen. Bescherming wordt gegeven aan de persoonlijke levenssfeer en hieruit vloeit voort dat een persoon het recht heeft om details omtrent diens identiteit in te vullen. In de 21^{ste} eeuw vond het Hof dat het recht van transgenderpersonen op persoonlijke ontwikkeling en het genieten van alle rechten in de samenleving, niet langer voer voor discussie kon zijn. De grijze zone waarin transgenderpersonen op dit moment leefden, waarin ze niet volwaardig als het ene gender maar ook niet als het andere werden gezien, was niet langer houdbaar.¹⁴⁸

Desondanks het feit dat de juridische erkenning van transgender personen verregaande veranderingen in het systeem zou meebrengen, vond het Hof deze niet onoverkomelijk. Bovendien volgde deze de argumenten van de staat niet dat deze erkenning ongelijkheid zou meebrengen voor andere personen bijvoorbeeld in het pensioensysteem. De staat maakte niet hard welke publieke belangen er in het gedrang zouden komen. Er kon van de samenleving verwacht worden dat deze enige moeilijkheden zou tolereren zodat andere personen hun waardigheid en vrijheid gegarandeerd kunnen worden.¹⁴⁹

Bovendien had het Hof in de voorgaande zaken reeds aangegeven dat deze het vraagstuk van juridische erkenning nog zou kunnen herzien naar de toekomst toe.¹⁵⁰ Het Hof was van oordeel dat dit vraagstuk niet meer onder hun appreciatiemarge viel. De balans tipte in het voordeel van de verzoekster aangezien de aangebrachte belangen van de staat niet hardgemaakt werden. Er was dus ook een falen van de staat in het respecteren van het recht op privéleven van Christine Goodwin en een schending van artikel 8 EVRM.¹⁵¹

¹⁴⁴ *Ibid.*, §85.

¹⁴⁵ *Ibid.*, §85.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §87.

¹⁴⁷ *Ibid.*, §88.

¹⁴⁸ *Ibid.*, §90.

¹⁴⁹ *Ibid.*, §91.

¹⁵⁰ *Ibid.*, §92.

¹⁵¹ *Ibid.*, §93.

De verzoekster voerde hiernaast ook een schending van artikel 12 EVRM aan. Zij bevond zich in een duurzame relatie met een man op het moment van deze zaak en toch konden zij niet huwen vanwege het feit dat zij voor de wet als man werd beschouwd. Zij was van mening dat zelfs als biologische criteria zouden blijven geaccepteerd worden voor het beoordelen van het voldoen aan de voorwaarden van dit artikel, deze niet het criteria kon vormen dat in rekening zou genomen worden.¹⁵²

Het Hof verwees opnieuw naar de zaken *Rees*, *Cossey* en *Sheffield & Horsham* waarin werd beslist dat de onmogelijkheid voor hen om te huwen met een persoon van het verschillend geslacht na geslachtsverandering, niet in strijd was met artikel 12 EVRM. Dit werd gestoeld op het feit dat dit artikel als toepassingsgebied het traditionele huwelijk in gedachten had tussen personen van verschillend biologisch geslacht.¹⁵³

Het Hof was echter van mening dat de omschrijving van artikel 12 EVRM niet langer kon gezien worden als enkel gebaseerd op basis van biologische criteria. Er hadden zich sinds het invoeren van het EVRM grote sociale omwentelingen voorgedaan die het instituut van het huwelijk hadden veranderd, alsook grote evoluties in de ontwikkeling van het medische en wetenschappelijke domein rond transgender personen. Het Hof vond hierboven al een schending van artikel 8 EVRM vanwege het enkel toepassen van biologische criteria in het geven van juridische erkenning van het geslacht van een persoon.¹⁵⁴ Het Hof verwees ook naar het feit dat er recentelijk in het Handvest van de Europese Unie een hervorming had plaatsgevonden van artikel 9 waarbij de referentie naar “man en vrouw” in verband met het recht tot toegang tot het huwelijk werd verwijderd.

Het Hof gaf echter ook wel aan dat artikel 8 en 12 EVRM andere doeleinden hebben. Het Hof bekeek artikel 12 EVRM ten eerste vanuit het standpunt of de beperkingen van de staat ertoe leiden dat deze persoon gewoon niet meer kon huwen en dus de essentie van het recht aangetast werd. Dit was niet het geval. Vanwege het feit dat de wet de persoon nog steeds als iemand van het mannelijk geslacht aanschouwde, kon deze met een vrouw huwen. Toch vond het Hof dat vanwege het feit dat de realiteit was dat Goodwin een vrouw was, in een relatie met een man en enkel met een man wou huwen. Zij kon niet huwen met een man, waardoor toch de essentie van haar recht werd aangetast.¹⁵⁵

Het Hof zag geen argumenten die hen tot een andere conclusie zou kunnen zien komen. De staat bracht het argument aan dat het invullen van de voorwaarden tot toegang tot het huwelijk aan de nationale rechtbanken diende gelaten te worden en dat dit deel was van de appreciatiemarge. Dit zou anders tot conflicten kunnen leiden voor situaties waarbij transgender personen reeds getrouwd waren. De nationale rechtbanken oordeelden echter al dat dit vraagstuk eerder door de wetgever diende opgelost te worden en de wetgever had ten tijde van de zaak geen plannen om dit te remediëren. Dus leek het wel gepast om het Hof hierover te laten oordelen.¹⁵⁶ Er volgde dan ook een schending van artikel 12 EVRM.¹⁵⁷

¹⁵² *Ibid.*, §94-95.

¹⁵³ *Ibid.*, §97.

¹⁵⁴ *Ibid.*, §100.

¹⁵⁵ *Ibid.*, §101.

¹⁵⁶ *Ibid.*, §102.

¹⁵⁷ *Ibid.*, §104.

Het Hof oordeelde ook dat een beoordeling onder artikel 14 EVRM niet noodzakelijk was aangezien er ten eerste voor de vermeende schending van dit artikel geen andere argumenten aan bod kwamen dan die uiteengezet voor artikel 8 EVRM en ten tweede er een schending werd gevonden onder artikel 8 EVRM.

D. PARRY V VERENIGD KONINKRIJK

In 2004 voerde het Verenigd Koninkrijk als gevolg van de zaak *Goodwin* een systeem in waardoor transgender personen juridische erkenning konden verkrijgen als gevolg van hun geslachtsverandering. Dit systeem werkte echter op zulke wijze dat transgenderpersonen die voor hun geslachtsverandering gehuwd waren en nu de facto zich in een relatie tussen twee personen van hetzelfde geslacht bevonden, geen volwaardige juridische erkenning konden verkrijgen.

Zo was dit ook het geval voor de verzoeksters in de zaak *Parry v Verenigd Koninkrijk*.¹⁵⁸ William Parry onderging een geslachtsverandering en ging door het leven als vrouw. Zij veranderde haar naam ook in Wena Dean Parry. Wena was echter ook rechtsgeldig getrouwd toen zij als man door het leven ging. Wena vroeg een certificaat aan onder het nieuwe juridische erkenningssysteem. Volgens de autoriteiten kon er echter enkel een interim certificaat uitgereikt worden waarmee de personen in kwestie hun huwelijk ongeldig konden laten verklaren. Van zodra dit huwelijk ongeldig was verklaard kon er dan een volwaardig certificaat uitgereikt worden, waarbij Wena volwaardig onder de wet als vrouw erkend zou worden.¹⁵⁹

De verzoeksters brachten deze zaak dan voor het Hof aangezien zij zich in een liefdevol en duurzaam huwelijk bevonden en dit niet wouden beëindigen. Deze meenden dat er een schending van artikel 8 EVRM was geweest aangezien het Verenigd Koninkrijk vanuit het standpunt van Wena zelf haar juridische erkenning werd afhankelijk gemaakt van het beëindigen van haar huwelijk. Zij beschouwde dit als een inmenging in haar rechten onder artikel 8 EVRM. Hiernaast meenden zij ook dat er een schending had plaatsgevonden vanuit het standpunt van Wena en haar partner gezamenlijk die hun huwelijk dienden te beëindigen indien Wena juridisch erkend zou willen worden. Dit zagen zij als een ongerechtvaardigde inmenging in hun privé en gezinsleven.¹⁶⁰

Op basis van ditzelfde argument, namelijk het afhankelijk maken van het genieten van juridische erkenning van het beëindigen van het genieten van het huwelijk, vonden de verzoekers dat er ook een schending van artikel 12 EVRM was.¹⁶¹ Alsook waren zij van mening dat er een schending van artikel 14 EVRM in samenhang met deze andere artikelen was. Zo zou er discriminatie op basis van status geweest zijn tegenover zowel Wena als tegenover haar partner.¹⁶²

BEOORDELING VAN HET HOF

Het Hof begon de beoordeling door te verwijzen naar de zaak *Christine Goodwin*. Het Hof gaf aan dat in deze zaak een schending van artikel 8 EVRM was gevonden. Het Hof erkende dat het Verenigd Koninkrijk voldaan heeft aan de gevraagde veranderingen in hun systeem om in juridische erkenning te voorzien voor transgenderpersonen. Wena was dus vrij om onder dit systeem juridische erkenning te verkrijgen.¹⁶³ Maar

¹⁵⁸ Europees Hof voor de rechten van de mens 26 November 2006, nr. 42971/05, (Parry/Verenigd Koninkrijk).

¹⁵⁹ *Ibid.*, 2.

¹⁶⁰ *Ibid.*, 5.

¹⁶¹ *Ibid.*, 6.

¹⁶² *Ibid.*, 6.

¹⁶³ *Ibid.*, 9.

het Hof erkende ook dat dit de vrouw in een dilemma plaatste waarin zij diende te kiezen tussen haar huwelijk en haar erkenning. Deze voorwaarde heeft een directe en sterk inmengende uitwerking op het recht op het privé en gezinsleven. Maar vanwege het feit dat het hier over een rechtsvraag rond het huwelijk gaat, was de lex specialis, namelijk artikel 12 EVRM ook vooral van toepassing.¹⁶⁴

In verband met artikel 8 EVRM vond het Hof dat vanwege het feit dat het concept “respect” zo verschillend ingevuld werd over de staten heen, deze diende over te gaan tot een beoordeling of er een balans tussen de belangen was uitgevoerd door de staat. Vanwege het feit dat de staat geen huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht maar wel een geregistreerd partnerschap voorzag waarin zij een gelijkaardig kader aanboden vond het Hof dat de staat de balans tussen de verschillende belangen voldoende had bewaard. De gevolgen van het systeem waren dus niet disproportioneel. Het Hof vond de claim onder artikel 8 EVRM manifest ongegrond.¹⁶⁵

In verband met artikel 12 EVRM beschreef het Hof dit artikel als het fundamentele recht van een man en een vrouw om te huwen en een gezin te stichten. Vanwege het feit dat dit ten eerste door het nationale recht dient ingevuld te worden en ten tweede dat dit over morele vragen en kwesties gaat, vond het Hof dat zij zich niet gehaast dienen te voelen om zich in de plaats te stellen van nationale autoriteiten die beter de noden van de maatschappij konden aanvoelen.¹⁶⁶ Toch gaf het Hof ook aan dat het invullen van de voorwaarden voor het huwelijk niet volledig aan de appreciatiemarge van de staten kan worden overgelaten. Enige ingevoerde beperkingen konden niet ervoor zorgen dat de essentie van het recht werd geraakt. De staten zouden hun appreciatiemarge overschrijden.¹⁶⁷ Volgens het Hof viel deze beperking weldegelijk binnen de uitoefening van de appreciatiemarge van de staat in het regelen van hun systeem tot juridische erkenning. Het kan niet verwacht worden van hun dat zij een uitzondering toestaan voor zulke kleine groep aan mensen. Het Hof vond de claim dan ook manifest ongegrond.¹⁶⁸

E. HÄMÄLÄINEN V. FINLAND

In 2014 kreeg het Europees Hof een gelijkaardige zaak als deze in *Parry* voorgeschoteld. In *Hämäläinen v Finland* ging het over een verzoekster die geboren was als man en die gedurende haar leven zich is gaan identificeren als vrouw.¹⁶⁹ In 1996 huwde zij, wettelijk beschouwd als man, met een vrouw en kregen zij een kind. In 2006 veranderde zij haar voornaam en paste zij haar paspoort en rijbewijs hieraan aan. Zij kon echter geen nieuw identiteitsnummer verkrijgen of voor het huidige document haar geslacht aanpassen. Zij bleef hierdoor ook op haar paspoort aangeduid worden als man.¹⁷⁰

Onder het toenmalige recht van Finland kon deze juridische geslachtsverandering niet uitgevoerd worden indien een persoon reeds gehuwd was en indien de partner geen toestemming gaf om dit huwelijk om te zetten in een geregistreerd partnerschap. Beiden partners wensten niet over te gaan tot een scheiding vanuit religieuze overtuiging en vanwege de bescherming die het kader van het huwelijk ook aanbood aan hun kind.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 10.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 10.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 11-12.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 11-12.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 11-13.

¹⁶⁹ Europees Hof voor de rechten van de mens 16 Juli 2014, nr. 37359/09, (*Hämäläinen/Finland*).

¹⁷⁰ *Ibid.*, §9-12.

Zij wezen erop dat de situatie voor een kind binnen een huwelijk en buiten een huwelijk verschillend was.¹⁷¹ Verzoekster meende dat er een schending van artikel 8 had plaatsgevonden. Het genot van het ene recht afhankelijk maken van het andere vond zij een inmenging in haar privé en gezinsleven.¹⁷²

Vanwege de gelijkaardige omstandigheden met de zaak *Parry* zal er hieronder vooral ingaan op de uiteindelijke visie en het mogelijke verschil in redenering.

BEOORDELING VAN HET HOF

Het Hof bekeek alvorens aan de beoordeling van de claim te beginnen, naar rechtsvergelijkende conclusies omtrent de staten lid van de Raad van Europa. Hierin werd aangegeven dat in 2014 slechts 10 staten het huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht voorzagen. Hiernaast waren er 24 staten die geen duidelijk juridisch kader hadden waarin deze het huwelijk behandelden in verband met de juridische erkenning van een geslachtsverandering. Er zijn 6 staten die hier wel expliciet in voorzagen, waarvan deze allen bepalen dat een persoon alleenstaand of gescheiden diende te zijn als deze een juridische geslachtsverandering wenste door te voeren. Slechts drie staten voorzagen hier een uitzondering op en hadden geen voorwaarden ingevoerd waarbij het huwelijk diende te eindigen.¹⁷³

Het Hof gaf aan dat deze erkende dat verzoekster geen vraag stelde tot het openstellen tot het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht maar dat deze enkel haar eigen huwelijk dat rechtsgeldig werd afgesloten wenste te behouden. Dit zou in de praktijk echter wel neerkomen op een huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht, en zo'n recht bestond niet onder het Finse recht. De vraag is dan of hier onder het EVRM een positieve verplichting rond bestond voor de staat om hier toch in te voorzien. Het Hof verwees hier naar de zaak *Schalk & Kopf* die in Deel II zal beoordeeld worden. In deze zaak werd beslist dat er geen positieve verplichting onder artikel 12 EVRM kon gevonden worden om op enige wijze in het huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht te voorzien.¹⁷⁴ In *Goodwin* had deze ook gevonden dat de voorwaarden en dus gevolgen verbonden aan het voorzien van een juridisch systeem tot erkenning van geslachtsverandering onder de appreciatiemarge van de staat viel. Het voorzien van een voorwaarde tot het beëindigen van het huwelijk viel volgens het Hof naar *Parry* binnen deze appreciatiemarge.¹⁷⁵

Het Hof beoordeelde deze zaak onder artikel 8 EVRM. Het Hof verwees ook in de beoordeling naar de bovenvermelde rechtsvergelijkende conclusies en stelde dat er geen Europese Consensus gevonden kon worden in het voorzien van een huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht noch in het omgaan met bestaande huwelijken bij een juridische geslachtsverandering.¹⁷⁶ Vanwege dit gebrek aan een consensus en in combinatie hiermee het feit dat dit over een gevoelige kwestie ging, vond het Hof dat er toch nog steeds een ruime appreciatiemarge aan de staten toegekend diende te worden in deze zaak.¹⁷⁷

¹⁷¹ *Ibid.*, §14-15.

¹⁷² *Ibid.*, §34.

¹⁷³ *Ibid.*, §31-32.

¹⁷⁴ *Ibid.*, §70-71.

¹⁷⁵ *Ibid.*, §71.

¹⁷⁶ *Ibid.*, §73-74.

¹⁷⁷ *Ibid.*, §75.

Het Hof gaf aan dat het Finse systeem er ten tijde van de zaak zo uitzag dat vanwege een fysieke geslachtsoperatie er geen automatisch einde plaatsvond van het huwelijk van de personen in kwestie. Hierdoor kon de persoon weldegelijk gehuwd blijven indien deze dat wenste. Indien de persoon juridische erkenning wenste had deze ook de mogelijkheid om het huwelijk om te zetten in een geregistreerd partnerschap waardoor deze persoon weldegelijk een beschermend kader had voor hun relatie.¹⁷⁸

Het Hof was van mening dat de verschillen tussen het huwelijk en het geregistreerd partnerschap onder het Finse recht zo miniem zijn dat zij essentieel dezelfde bescherming zouden genieten.¹⁷⁹ Het Hof was ook van mening dat de omzetting niet hetzelfde is als een scheiding vanwege het verschil in gevolgen.¹⁸⁰ De omzetting in een geregistreerd partnerschap zou volgens het Hof ook weinig tot geen gevolgen hebben voor het gezin van verzoekster en hun gezinsleven.¹⁸¹ Zo zou dit ook geen impact hebben op het kind van verzoekster, iets wat zij wel als een argument naar voren had gebracht. Het kind bleef beschouwd worden als een kind geboren binnen een huwelijk en de afstammingsband bleef ook na geslachtsverandering bestaan in de vorm zoals dit voordien het geval was.¹⁸²

Het Hof erkende de moeilijkheden waarmee verzoekster te maken kreeg in haar dagelijks leven vanwege het feit dat zij incorrecte en inconsistente identiteitsdocumenten had maar was er ook van overtuigd dat zij werkelijk zelf in de mogelijkheid was om deze problemen weg te werken. Het was voor het Hof niet disproportioneel om te verwachten dat zij de optie kiezen waarbij zij zowel juridische erkenning van haar geslachtsverandering zou behouden alsook de omzetting van hun huwelijk in een kader waarbij zij een sterk gelijkaardige bescherming genieten.¹⁸³ Volgens het Hof was er geen schending van artikel 8 EVRM.¹⁸⁴

De verzoekster bracht initieel haar claim niet onder artikel 12 EVRM voor het Hof, maar de Kamer van het Europees Hof besloot zelf deze zaak onder dit artikel te bekijken.¹⁸⁵ Toch oordeelde deze dat vanwege het niet vinden van een schending onder artikel 8 EVRM, er geen aparte problemen rezen die een verdere beoordeling onder artikel 12 EVRM nodig zou maken.¹⁸⁶

In verband met artikel 14 EVRM bracht verzoekster de vergelijking aan tussen haar situatie en die van cisgender personen¹⁸⁷, deze personen kregen namelijk van bij hun geboorte de volledige juridische erkenning van hun gender en zij lopen geen gevaar van op enig moment gedwongen te worden om te scheiden om hun realiteit erkend te zien blijven worden.¹⁸⁸ Het Hof vond echter dat deze situaties onvoldoende gelijkaardig waren. Deze besloot dat er geen schending van artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 en 12 EVRM was.¹⁸⁹

¹⁷⁸ *Ibid.*, §76-78.

¹⁷⁹ *Ibid.*, §83.

¹⁸⁰ *Ibid.*, §84.

¹⁸¹ *Ibid.*, §85.

¹⁸² *Ibid.*, §86.

¹⁸³ *Ibid.*, §87.

¹⁸⁴ *Ibid.*, §89.

¹⁸⁵ *Ibid.*, §90.

¹⁸⁶ *Ibid.*, §97.

¹⁸⁷ *Cisgender personen zijn de personen waarbij de genderidentiteit overeenkomt met het geslacht dat bij de geboorte aan de persoon werd toegewezen.

¹⁸⁸ Europees Hof voor de rechten van de mens 16 Juli 2014, nr. 37359/09, (Hämäläinen/Finland), §111.

¹⁸⁹ *Ibid.*, §113.

In deze zaak beoordeelde het Hof nu dus wel de claim onder artikel 8 EVRM diepgaander en verklaarde deze de claim niet manifest ongegrond zoals dit in *Parry* het geval was. De visie van het Hof bleef wel hetzelfde. Deze besloot dat er geen positieve verplichting op de staat rustte om bij een juridische erkenning van een geslachtsverandering ook de reeds bestaande huwelijken te behouden. Dit is tot op de dag van het schrijven van deze masterproef de huidige visie van het Hof omtrent dit vraagstuk.

F. SCHALK & KOPF V OOSTENRIJK

In *Schalk & Kopf v Oostenrijk* keek het Hof voor een eerste keer rechtstreeks naar het vraagstuk rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht.¹⁹⁰ Als gevolg van de conclusie hieromtrent, dat er namelijk geen positieve verplichting bestond voor staten om het huwelijk open te stellen, keek het Hof echter ook naar de vraag of de staten verplicht waren in een ander juridisch kader te voorzien. Op de feiten van deze zaak en de rechtsvraag rond het huwelijk wordt in deel II ingegaan.

In deze zaak was het zo dat in 2010 ten tijde van deze zaak, Oostenrijk het geregistreerd partnerschap ondertussen had ingevoerd en dit stond open voor koppels van hetzelfde geslacht en voorzag dus een juridisch beschermend kader voor relaties naast het kader van het huwelijk.¹⁹¹ De verzoekers brachten voor het Hof dat zij voor de behandeling van de zaak, geen mogelijkheid hadden om hun relatie in zo'n kader om te gieten. Het Hof was dan ook van mening dat het niet diende te oordelen over de vraag of het gebrek aan een juridisch kader strijdig was met artikel 8 in samenhang met artikel 14 EVRM.¹⁹² Maar of Oostenrijk dit kader sneller had moeten in voeren.¹⁹³

Het Hof merkte op dat er een groeiende consensus was ontstaan van staten die juridische erkenning hadden ingevoerd voor relaties tussen mensen van hetzelfde geslacht. Bovendien is dit een tendens die zich op korte tijd enorm snel had ontwikkeld. Toch was er in 2010 geen meerderheid aan staten en vond het Hof dat er nog sprake was van een recht in transitie en dus geen Europese consensus. Staten kregen als gevolg hiervan toch enige appreciatiemarge in de timing waarin zij overgingen tot het invoeren van juridisch erkenning.¹⁹⁴ Het geregistreerd partnerschap zoals het werd ingevoerd in 2010 in Oostenrijk was deel van deze groeiende consensus. Desondanks dat deze niet de eerste staat was om hiertoe over te gaan, vond het Hof dat deze niet kon bekritiseerd worden voor het feit dat dit niet eerder gebeurde.¹⁹⁵

De verzoekers vonden echter dat dit geregistreerd partnerschap ook discriminatie opleverde aangezien er duidelijk verschillen zijn tussen het huwelijk en het partnerschap.¹⁹⁶ De verzoekers waren van mening dat een alternatief kader in elk aspect wel hetzelfde diende te zijn of op te leveren als het huwelijk. Het Hof ging niet mee in dit argument, de staten beschikten over enige appreciatiemarge in het invullen van de juridische erkenning indien ze dit invoerden.¹⁹⁷

¹⁹⁰ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*).

¹⁹¹ *Ibid.*, §102.

¹⁹² *Ibid.*, §103.

¹⁹³ *Ibid.*, §104.

¹⁹⁴ *Ibid.*, §105.

¹⁹⁵ *Ibid.*, §106.

¹⁹⁶ *Ibid.*, §107.

¹⁹⁷ *Ibid.*, §108.

Waar het Hof erkende dat er toch wel enkele substantiële verschillen waren omtrent onder andere ouderschapsrechten, was deze invulling deel van de trend en dus appreciatiemarge die hierboven werd besproken. Het Hof werd ook niet gevraagd om één voor één de verschillen af te gaan en te beoordelen of zij verenigbaar zijn met het EVRM. De verzoekers hadden niet aangegeven hoe bepaalde verschillen hun rechtstreeks nadeel hadden berokkend, waardoor het Hof zijn bevoegdheid zou buitentreden indien deze die wel onder de loep zou nemen. Het Hof zag ook geen indicaties dat de staat hun appreciatiemarge te buiten zou gegaan zijn.¹⁹⁸ Voor deze rechtsvraag werd er dus geen schending van artikel 8 in samenhang met artikel 14 EVRM gevonden.¹⁹⁹

G. VALLIANATOS V GRIEKENLAND

In 2013 werd een gelijkaardige zaak in verband met juridische erkenning nogmaals voor het Europees Hof gebracht.²⁰⁰ In *Vallianatos v Griekenland* brachten zeven verzoekers, een claim voor het Hof vanwege het feit dat Griekenland voorzag in een geregistreerd partnerschap dat enkel openstond voor koppels van het verschillende geslacht.²⁰¹

Volgens Griekenland bleek er nood te zijn in de maatschappij aan juridische bescherming voor samenwonende koppels buiten het huwelijk om. Er was nood aan een flexibeler kader. Dit vloeide ook voort uit de statistieken dat er meer en meer kinderen geboren werden binnen gezinnen waarvan de ouders ongehuwd waren. Bovendien leverde het langdurig samenwonen zonder enige bescherming, voor nadelen specifiek voor vrouwen.²⁰²

Voor de beoordeling van het Hof vermeld deze in de uitspraak alvast rechtsvergelijkende conclusies, zowel op Europees als op internationaal vlak.²⁰³ Op het ogenblik van deze zaak waren er onder andere 9 staten die het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht hadden opengesteld. In combinatie hiermee waren er 17 staten die enige andere juridische erkenning of kader voorzagen voor deze doelgroep. Griekenland was samen met Litouwen de enige staat die in een geregistreerd partnerschap voorzag als alternatief voor het huwelijk, maar dat enkel toegankelijk was voor koppels van het verschillend geslacht.²⁰⁴

De verzoekers waren van mening dat het geregistreerd partnerschap dat enkel openstaat voor koppels van het verschillend geslacht, hun recht op respect voor het privéleven en gezinsleven schond alsook dat het een ongerechtvaardigd onderscheid tussen koppels van het verschillende en hetzelfde geslacht was en dus discriminatie in het licht van artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 uitmaakte.²⁰⁵

¹⁹⁸*Ibid.*, § 109.

¹⁹⁹*Ibid.*, § 110.

²⁰⁰Europees Hof voor de rechten van de mens 7 November 2013, nr. 29381/09 & 32684/09, (Vallianatos/Griekenland).

²⁰¹*Ibid.*, § 8-9.

²⁰²*Ibid.*, § 10.

²⁰³*Ibid.*, § 25.

²⁰⁴*Ibid.*, § 26.

²⁰⁵*Ibid.*, § 36.

BEOORDELING VAN HET HOF

Het Hof vond het alvast van belang om te stellen dat de verzoekers geen abstracte vraag hadden voorgelegd omtrent de verplichting van de staat om te voorzien in juridische erkenning voor koppels van hetzelfde geslacht. De claim was dus niet dat de staat niet aan zulke positieve verplichting heeft voldaan, maar dat de staat een ongerechtvaardigd onderscheid heeft gemaakt waarbij zij de verzoekers discrimineert. De rechtsvraag was dus of Griekenland gerechtvaardigd was om een vorm van geregistreerd partnerschap in te voeren en koppels van hetzelfde geslacht hiervan uit te sluiten.²⁰⁶ Deze verschilde weldegelijk van de rechtsvraag uit *Schalk & Kopf*.

Om onder artikel 14 EVRM tot een onderscheid te komen diende er in lijn van rechtspraak van het Hof onder andere sprake te zijn van een verschil in behandeling van personen die zich in gelijkaardige omstandigheden bevinden. Indien dit het geval was en er dan geen objectieve en redelijke rechtvaardiging was voor zulks onderscheid, kon er gesproken worden van discriminatie. Met andere woorden wanneer er geen legitiem doel was en er sprake was van enige disproportionaliteit tussen de middelen en het doel. De staten behielden enige appreciatiemarge in het beoordelen van welke verschillen gerechtvaardigd waren en welke niet.²⁰⁷ Toch was het zo dat seksuele oriëntatie onder artikel 14 EVRM viel en dat een onderscheid op basis van deze grond volgens het Hof gebaseerd diende te zijn op bijzonder gewichtige redenen als rechtvaardiging. De staten beschikten in deze specifieke zaak dus eerder over een nauwere appreciatiemarge.²⁰⁸

Volgens het Hof was het zo dat er reeds erkend was dat koppels van hetzelfde geslacht net zo goed als koppels van het verschillende geslacht duurzame en stabiele relaties kunnen opbouwen. Op basis hiervan vond het Hof dan ook dat deze zich in een gelijkaardige situatie bevinden.²⁰⁹ Het vermeende onderscheid bleek duidelijk uit de wet zelf. Door enkel te verwijzen naar koppels van het verschillende geslacht sloot men koppels van hetzelfde geslacht uit.²¹⁰

Een eerste argument van de staat was dat de verzoekers perfect de rechten en bescherming die voortvloeien uit het geregistreerde partnerschap konden verkrijgen door gebruik te maken van het contractenrecht van Griekenland. Bovendien had het geregistreerde partnerschap specifieke doeleinden die men wenste te bereiken die vooral verbonden waren aan de noden van koppels van het verschillende geslacht.²¹¹

Het Hof ging alvast niet akkoord met dit eerste argument. Los van de juridische gevolgen die mogelijks gelijk lopend zouden zijn bij het opstellen van een contract en bij het geregistreerd partnerschap, had deze laatste een intrinsieke waarde voor personen in een relatie. Koppels van hetzelfde geslacht waren net zoals het Hof reeds benadrukte even goed in staat om een stabiele en duurzame relatie op te bouwen. Een geregistreerd partnerschap was de enige optie onder Grieks recht om hun relatie juridisch erkend te zien. Het uitbreiden van dit kader naar koppels van hetzelfde geslacht gaf hen de optie om niet enkel als private personen verbintenissen af te sluiten maar om hun relatie officieel erkend te zien door de staat.²¹²

²⁰⁶*Ibid.*, §75.

²⁰⁷*Ibid.*, §76.

²⁰⁸*Ibid.*, §77.

²⁰⁹*Ibid.*, §78.

²¹⁰*Ibid.*, §79.

²¹¹*Ibid.*, §80.

²¹²*Ibid.*, §81.

Het Hof erkende het argument van de staat dat het partnerschap was ingevoerd om de positie van kinderen uit ongehuwde gezinnen te versterken alsook om het makkelijker te maken voor koppels om hun kinderen op te voeden zonder zich verplicht te voelen om te huwen. Aangezien koppels van hetzelfde geslacht biologisch gezien geen kinderen kunnen krijgen, vond de staat het onderscheid dus gerechtvaardigd.²¹³ Het Hof was van mening dat naar hun eigen rechtspraak het beschermen van gezinnen in de traditionele betekenis een gewichtige en legitieme reden kon vormen voor een verschil in behandeling. Het beschermen van de belangen van kinderen was logischerwijze ook een legitiem doel.²¹⁴

De vraag die hier dus vooral gesteld werd was of de staat proportioneel had gehandeld. In situaties waar er bepaald was dat de staat over een nauwe appreciatiemarge beschikte, zoals dit het geval is bij een onderscheid op basis van geslacht of seksuele oriëntatie, betekent het proportionaliteitsbeginsel niet enkel dat de maatregel gepast was om het doel te bereiken. Men moet ook aantonen dat het onderscheid en in deze zaak uitsluiten van koppels van hetzelfde geslacht noodzakelijk was om het doel te bereiken. De bewijslast hieromtrent lag dus bij de staat, Griekenland.²¹⁵

Het Hof gaf aan dat desondanks het doel dat naar voor werd geschoven door de staat, het belang van het kind, het onderscheid tussen koppels van het verschillend geslacht zonder kinderen en koppels van hetzelfde geslacht niet werd verklaard. Bovendien toonde de staat ook niet aan waarom het niet mogelijk was om enkele specifieke bepalingen rond kinderen in te voeren, maar wel de algemene toegang tot deze vorm van juridische erkenning open te houden voor koppels van hetzelfde geslacht.²¹⁶

Onder Grieks recht hadden koppels van het verschillende geslacht nog voor de invoering van het geregistreerde partnerschap de mogelijkheid om hun relatie juridisch gereguleerd te zien onder het kader van het huwelijk en onder privaatrechtelijke regels van *de facto* relaties. Voor koppels van hetzelfde geslacht waren deze opties er niet, waardoor zij er belang bij hebben toegang te krijgen tot het kader van het geregistreerde partnerschap. Het was de enige vorm van juridische erkenning die beschikbaar zou zijn voor hen.²¹⁷

Het Hof wees er ook op dat er desondanks verschillen in de rechtstelsels van de staten, een trend aan het ontstaan was in het voorzien van juridische erkenning voor koppels van hetzelfde geslacht. Deze baseerde dit standpunt op de rechtsvergelijkende conclusies die in de uitspraak reeds besproken werden. Hieruit bleek dat Griekenland samen met Litouwen de enige staat was die een alternatief voor het huwelijk invoerde via een nieuw juridisch kader, en koppels van hetzelfde geslacht hiervan uitsloot.²¹⁸ Als enige een bepaald standpunt innemen in nationale wetgeving in contrast met andere staten is op zich onvoldoende om te stellen dat dit standpunt in strijd is met het EVRM. Toch vond het Hof dat de staat onvoldoende overtuigende en gewichtige redenen aanbracht voor het gemaakte onderscheid. Op basis hiervan was er dus een schending van artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 EVRM.²¹⁹

²¹³*Ibid.*, §82.

²¹⁴*Ibid.*, §83.

²¹⁵*Ibid.*, §85.

²¹⁶*Ibid.*, §89.

²¹⁷*Ibid.*, §90.

²¹⁸*Ibid.*, §91.

²¹⁹*Ibid.*, §92.

H. OLIARI V ITALIË

In 2015 kwam de zaak *Oliari* voor het Europees Hof voor de rechten van de mens.²²⁰ Deze zaak behandelde opnieuw in eerste instantie de rechtsvraag omtrent het huwelijk, en volgend hierop de vraag of er een positieve verplichting bestond voor de staat om enige andere vorm van juridische erkenning in te voeren. Drie koppels van hetzelfde geslacht hadden de intentie om te huwen en werden door de bevoegde autoriteiten geweigerd op basis van het feit dat zij hetzelfde geslacht hadden.²²¹ De vraag rond het huwelijk zal opnieuw in Deel II worden toegelicht.

Het Italiaans recht voorzag ten tijde van deze zaak geen vorm van alternatieve juridische erkenning, niet voor koppels van hetzelfde geslacht noch voor koppels van het verschillende geslacht. Waar enkele steden een soort van register wel hadden opengesteld om relaties te registreren, was dit echter enkel van symbolische waarden. Dit kon niet gezien worden als een juridisch kader.²²²

In deze uitspraak werd opnieuw een huidige stand van zaken opgemaakt aan de hand van rechtsvergelijkende conclusies. Op basis hiervan stelde het Hof vast dat er in 2015, 11 staten waren die het huwelijk hadden opengesteld of ingevoerd voor koppels van hetzelfde geslacht.²²³ Hiernaast waren er 18 staten die enige andere vorm van juridische erkenning hadden ingevoerd voor deze doelgroep. Deze vorm stond in sommige staten voor elk aspect op gelijke hoogte met het huwelijk, dit was bijvoorbeeld het geval in Malta. Estland was van plan in 2016 een systeem van geregistreerde partnerschappen in werking te laten treden dat toegankelijk was voor koppels van hetzelfde geslacht.²²⁴ Hieruit volgde dat er om en bij 24 van de 47 staten oftewel het huwelijk hebben opengesteld of een andere vorm van juridische erkenning hebben ingevoerd voor koppels van hetzelfde geslacht.²²⁵ Het feit dat Italië in geen van beiden voorzag werd dus als een schending gezien. Het Hof besloot deze claims eerder onder artikel 8 EVRM alleen te beoordelen.²²⁶

BEOORDELING VAN HET HOF

Het Hof noteerde in diens beoordeling dat de verzoekers onmogelijk konden huwen en ook geen toegang hadden tot enig andere vorm van juridisch erkenning. Zij hadden dus geen enkele manier waarop zij hun relatie officieel erkend konden zien door de staat en rechten konden genieten.²²⁷ De enige toevlucht die zij ter beschikking hadden was het toepassen van het contractenrecht in het licht van *de facto* partnerschappen. Bijvoorbeeld samenwoning overeenkomsten. Deze regelgeving had echter een beperkt toepassingsgebied. Deze kon bepaalde fundamentele en basisbehoeftes die voortvloeien uit relaties onvoldoende reguleren.²²⁸

De huidige mogelijkheden tot bescherming waren volgens het Hof dan ook inhoudelijk ontoereikend en onvoldoende stabiel.²²⁹ In de afwezigheid van het huwelijk hebben koppels van hetzelfde geslacht volgens het Hof er bijzonder belang bij om de optie te hebben in een soort geregistreerd partnerschap te kunnen

²²⁰Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (*Oliari e.a./Italië*).

²²¹*Ibid.*, §10+23+28.

²²²*Ibid.*, §42-44.

²²³*Ibid.*, §53.

²²⁴*Ibid.*, §54.

²²⁵*Ibid.*, §55.

²²⁶*Ibid.*, §100.

²²⁷*Ibid.*, §167.

²²⁸*Ibid.*, §169.

²²⁹*Ibid.*, §172.

treden. Dit was de meest gepaste wijze waarop zij hun relatie officieel erkend zouden kunnen zien worden en de nodige bescherming zouden krijgen zonder dat zij onnodig veel obstakels dienden te overwinnen om deze te verkrijgen. In *Vallianatos* vond het Hof reeds dat deze partnerschappen een soort intrinsieke waarde hebben voor de partners in een relatie. Dit brengt een gevoel van legitimiteit met zich mee.²³⁰

Wanneer men de positieve verplichting van staten beoordeeld diende er gekeken te worden of de staat een balans had weten te behouden tussen de belangen van de maatschappij en de belangen van het individu.²³¹ Volgens het Hof faalde de Italiaanse overheid in het naar voren brengen van enig belang van de maatschappij. Het argument dat zij naar voren brachten was dat er tijd nodig was om deze nieuwe vorm van gezinnen voorzichtig aan te brengen bij de gemeenschap alsook dat het hier over een gevoelig onderwerp ging. De staat bracht weliswaar niet het argument naar voren dat men trachtte een traditioneel concept van gezin te beschermen.²³² Dit was bijvoorbeeld wel het geval in *Vallianatos*.²³³ De staat beriep zich eerder op hun appreciatiemarge omtrent de timing en de vorm waarin deze een juridisch kader zou aanbieden, de staat voelde zich beter geplaatst om de specifieke noden en gevoeligheden van hun gemeenschap aan te voelen en hierover te oordelen.²³⁴

Omtrent deze appreciatiemarge erkende het Hof dat wanneer het om ethische en moreel gevoelige kwesties ging waar geen consensus over was, er een ruimere appreciatiemarge werd toegekend. Het ging volgens het Hof echter niet over supplementaire rechten en bescherming, waarover nog hevig gedebatteerd kon worden. Hieromtrent werd al beslist dat zij omtrent de vorm en de invulling ervan een bepaalde marge krijgen. Het ging hier in deze zaak echter enkel over de loutere noodzaak van juridische erkenning en de basisbescherming van hun relatie. Dit is een aspect van de identiteit van de individuen.²³⁵ Bovendien was het zo dat er vanwege de groeiende consensus omtrent juridische erkenning, er in 2015 een kleine meerderheid aan staten waren die een vorm van juridische erkenning aanboden aan koppels van hetzelfde geslacht. Hiernaast verwees het Hof ook naar een internationale groeiende consensus, waarbij deze specifiek op Amerikaanse landen, Australië en Aziatische landen doelde.²³⁶

In de afwezigheid van een belang van de gemeenschap bij het niet invoeren hiervan, vond het Hof dat de staat hun appreciatiemarge had overschreden en gefaald had om aan hun positieve verplichting te voldoen.²³⁷ Anders oordelen zou het Hof zien als een weigering om de veranderende sociale omstandigheden in Italië te erkennen en om het EVRM op een praktische en effectieve manier toe te passen.²³⁸ Er is dus een schending van artikel 8 EVRM.²³⁹ Vanwege het vinden van een schending vond het Hof het ook niet langer noodzakelijk om dit te beoordelen onder artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 EVRM.²⁴⁰

²³⁰ *Ibid.*, §174.

²³¹ *Ibid.*, §175.

²³² *Ibid.*, §176.

²³³ *Ibid.*, §83.

²³⁴ *Ibid.*, §176.

²³⁵ *Ibid.*, §177.

²³⁶ *Ibid.*, §178.

²³⁷ *Ibid.*, §185.

²³⁸ *Ibid.*, §186.

²³⁹ *Ibid.*, §187.

²⁴⁰ *Ibid.*, §188.

HOOFDSTUK III: WAT ZIJN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN HET INTER-AMERIKAANS HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS I.V.M. ZAKEN ROND SEKSUELE ORIËNTATIE EN GENDERIDENTITEIT?

Gedurende het laatste decennium is het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens net zoals de twee andere mensenrechteninstellingen ook zaken beginnen behandelen omtrent seksuele oriëntatie en genderidentiteit. In dit kader wordt er in eerste instantie getracht deze exhaustief te behandelen. Toch dient deze doelstelling genuanceerd te worden. Vanwege het gebrek aan toegang, door de taalbarrière, tot de primaire bronnen van het Inter-Amerikaans Hof worden hieronder enkel de zaak *Atala Riffo v. Chili* en de *advisory opinion* van 2017 op basis van de uitspraak zelf geanalyseerd. Dit zijn de enige zaken van het geselecteerde kader die het Hof in het Engels beschikbaar heeft gesteld op het moment van het schrijven van deze masterproef.

Zaken komen echter steeds in een eerste fase voor de Inter-Amerikaanse Commissie. De Commissie heeft de documenten van deze eerste behandeling van de geselecteerde zaken ter beschikking gesteld in het Engels. Op basis hiervan hebben we er dus wel toegang tot een vorm van primaire bron die meer informatie over de geselecteerde zaken geeft.

De uitspraken van het Hof die enkel in het Spaans beschikbaar zijn zullen dus aan de hand van de primaire bronnen van de Inter-Amerikaanse Commissie alsook secundaire bronnen zoals rechtsleer gereconstrueerd worden. Vooral de elementen die in meerdere, betrouwbare bronnen terugkeren zullen hieronder worden uiteengezet.

A. ATALA RIFFO V CHILI

In 2012 werd de eerste zaak in verband met seksuele oriëntatie voor het Inter-Amerikaans Hof gebracht. Deze had betrekking op de discriminatoire behandeling en arbitraire inmenging in het privé en gezinsleven van mevrouw Atala Riffo vanwege haar seksuele oriëntatie. Tijdens een nationaal proces omtrent het hoederecht van haar drie dochters, waren deze kinderen namelijk van haar zorg en gezag onttrokken volgend uit het feit dat zij met een vrouw samenwoonde en een relatie had. Deze beslissing was volgens verzoekster gesteund op discriminatoire vooroordelen.²⁴¹

In 2002 besloten verzoekster en haar toenmalige man, alsook de vader van haar drie dochters, uit elkaar te gaan en vond er een feitelijke scheiding plaats. Ten tijde hiervan werd er mondeling overeengekomen dat verzoekster de zorg en het ouderlijk gezag over de kinderen zou uitoefenen en dat zij wekelijks op bezoek zouden gaan bij hun vader. Datzelfde jaar kwam echter ook haar nieuwe partner, mevrouw E., bij verzoekster inwonen.²⁴²

In januari 2003 begon de vader van de kinderen een rechtszaak waarbij hij het hoederecht opeiste. Hij argumenteerde dat de fysieke alsook emotionele ontwikkeling van de kinderen bedreigd werd of zou worden bedreigd indien zij onder de hoede van hun moeder zouden blijven. De reden hiertoe was de nieuwe seksuele 'levensstijl' die zij erop nahield en bijkomend de relatie met iemand van hetzelfde geslacht. Deze zorgden volgens de man voor negatieve en mogelijks schadelijke gevolgen voor de ontwikkeling van de kinderen. De man was er van overtuigd dat dit negatieve gevolgen zou hebben op de psychologische en sociale

²⁴¹ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*), §3.

²⁴² *Ibid.*, §30.

ontwikkeling van de kinderen. Deze redenering rechtvaardigde hij door aan te geven dat indien een relatie tussen twee mensen van hetzelfde geslacht aanvaard zou worden, dit de betekenis van het concept “koppel”, namelijk de relatie tussen man en vrouw, zou verdraaien. Indien dit zou gebeuren zou ook de werkelijke betekenis van “gezin” verdraaid worden. De seksuele keuze die verzoekster gemaakt had zou het gezonde en normale bestaan waar de kinderen recht op hebben, aantasten. Bijkomend gaf de man ook nog aan dat vanwege de seksuele praktijken van twee mensen van hetzelfde geslacht, de kinderen het constante gevaar zouden lopen om Soa's te krijgen zoals Herpes en AIDS.²⁴³ Volgens de man was het recht van de moeder om zichzelf als persoon te ontwikkelen in alle opzichten van haar leven, niet compatibel met het ouderschap. Ten laatste argumenteerde deze ook dat de kinderen het recht hebben om op te groeien in een gezin waarin deze ouders van het verschillende geslacht hebben, namelijk een man en een vrouw.²⁴⁴

Uiteindelijk na een lange procedure, ook in hoger beroep, spande de vader de zaak aan voor het Hooggerechtshof van Chili. Dit Hof concludeerde dat de kinderen het gevaar liepen op sociale discriminatie vanwege het samenleven van de moeder met haar vrouwelijke partner. Alsook dat uit getuigenissen bleek dat in spelletjes tussen de kinderen al tot uiting was gekomen dat zij verward waren over de seksualiteit van hun moeder. Hiernaast concludeerde deze ook dat de moeder haar interesses en belangen voor deze van haar kinderen had geplaatst en dat de afwezigheid van een mannelijke partner en de vervanging hiervan door een vrouwelijke partner een risico vormde voor de integrale ontwikkeling van de kinderen. De kinderen dienden hiertegen beschermd te worden.²⁴⁵ Op basis hiervan vond het Hof dat er voldaan was aan de voorwaarde van een *just cause* of rechtvaardiging voor de beslissing die het hoederecht aan de vader toekende.²⁴⁶

Voor het Inter-Amerikaans Hof argumenteerde de staat Chili dat de beslissing in kwestie niet werd genomen op basis van de seksuele oriëntatie van verzoekster. De procedure die hieraan voorafgegaan was, was gestoeld op het beoordelen of de vader of de moeder betere omstandigheden konden voorzien ter verzekering van het welzijn van de kinderen. Deze was niet gestoeld op het diskwalificeren van de moeder. De beslissing was genomen op grond van het belang van het kind. De seksuele oriëntatie was slechts een element, naast vele andere, dat in overweging was genomen in de beoordeling van het belang van het kind. Dit werd enkel bekeken in zoverre dit gevolgen had op het welzijn van de kinderen.²⁴⁷

In de zaak omtrent het hoederecht was er volgens de staat gewoonweg overweldigend veel en overtuigend bewijs dat de vader van de kinderen betere omstandigheden voor het welzijn van de kinderen kon aanbieden. Zo was er ook bewijs dat de moeder enorm gefocust was op zichzelf en dat zij als gevolg hiervan ontoereikend haar rol als moeder zou kunnen uitoefenen. Bij de vader was er duidelijk bewijs dat hij een enorme toewijding uitte tegenover zijn kinderen, dat hij over bepaalde nodige vaardigheden beschikte, dat hij een betere omgeving kon aanbieden en dat de man een goede band had met zijn dochters. Op basis hiervan vond de staat dan ook dat de beslissing niet louter op basis van seksuele oriëntatie was genomen maar dat dit slechts één van de vele elementen was in de beoordeling van welke ouder de beste omstandigheden kon aanbieden aan de drie kinderen.²⁴⁸

²⁴³ *Ibid.*, §31.

²⁴⁴ *Ibid.*, §39.

²⁴⁵ *Ibid.*, §56.

²⁴⁶ *Ibid.*, §57.

²⁴⁷ *Ibid.*, §61.

²⁴⁸ *Ibid.*, §62-63.

HET RECHT OP GELIJKHEID EN NON-DISCRIMINATIE

De staat gaf ook aan dat het Inter-Amerikaanse systeem gebaseerd was op de legitimiteit en het vertrouwen die de staten hier aan toekennen. Deze verhouding zou wel eens uit balans kunnen geraken indien het Hof verregaand een regulerende rol op zich zou gaan nemen zonder hierin de redenering en visie van het meerderheid van de staten in rekening te nemen. De staat was bij het ondertekenen van het AVMR akkoord gegaan om de bepalingen erin na te leven. Desondanks dat de interpretatie ervan soms flexibel kon zijn en dat het taalgebruik ervan aantoonde dat er weldegelijk progressieve evolutie in kon zitten, zijn de staten niet akkoord gegaan met bepaalde invullingen die ten tijde van het ondertekenen nog niet bestonden. Indien er een nieuwe invulling of categorie aan rechten diende toegevoegd te worden dan bestond hier een specifieke procedure voor om een protocol aan te nemen.²⁴⁹

Seksuele oriëntatie werd niet als een verdacht criteria gezien ten tijde van de beslissing van het Hoogerechtshof van Chili in 2004. Het zou niet proportioneel zijn om te verwachten dat het Hoogerechtshof een bepaalde test doorstond waar er slechts recentelijk een consensus is rond gekomen. Bijkomend geeft deze ook aan dat indien er bepaalde “verdachte super-categorieën” aanvaard zouden worden, de focus zou verdwijnen van een familierechtszaak waar de belangen van de kinderen voorop staan en waar de focus zou liggen op de boordeling van de rechten van de ouders.²⁵⁰

BEOORDELING VAN HET HOF

Het Hof begon de beoordeling door te argumenteren dat zij net zoals het Europees Hof voor de rechten van de mens, erkennen dat mensenrechtenverdragen levende instrumenten zijn en dat de interpretatie ervan duidelijk de veranderende tijden en maatschappij in rekening diende te nemen. Dit soort interpretatie was volgens het Hof ook in lijn met de regels rond interpretatie van het AVMR zelf alsook het verdrag van Wenen inzake verdragenrecht.²⁵¹

Bovendien bevestigde het Hof dat de lijst met gronden in artikel 1 (1) AVMR als niet-exhaustief beschouwd werd en dat aanvullingen via interpretatie mogelijk zijn op basis van de term “ander sociaal kenmerk”. Het Hof was ook van mening dat de invulling hiervan diende te gebeuren op de wijze die het meest voordelig is voor de persoon die de discriminatie aanvoert.²⁵² Het Hof verwees hiernaast naar rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (*Salgueiro da Silva Mouta-zaak*) alsook van het VN-Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties (*Toonen-zaak*) omtrent seksuele oriëntatie als een verboden grond van discriminatie.²⁵³

²⁴⁹ *Ibid.*, §74.

²⁵⁰ *Ibid.*, §75.

²⁵¹ *Ibid.*, §83.

²⁵² *Ibid.*, §84-85.

²⁵³ Amerikaans verdrag voor de Mensenrechten, 22 November 1969. (hierna AVMR)
Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*), §87-88.

Het argument van de staat dat er op het moment van de beslissing van het Hooggerechtshof geen consensus was omtrent seksuele oriëntatie als grond van discriminatie, werd verworpen door het Hof. Een gebrek aan consensus kon niet als een geldige rechtvaardigingsgrond gezien worden om de rechten van seksuele minderheden te ontkennen, te beperken of zelfs de discriminatie die zij historisch gezien en op structurele basis hebben ondergaan, verder te zetten. Het hof stelde dat het loutere feit dat er in sommige domeinen discussie was over deze rechten, er niet toe kon leiden dat het Hof zich zou onthouden om zijn standpunt in te nemen over zaken die hier betrekking op hebben.²⁵⁴

Omtrent het verschil in behandeling argumenteerde het Hof dat het niet noodzakelijk was dat de beslissing op doorslaggevende wijze of uitsluitend werd genomen op basis van de seksuele oriëntatie. Het was voldoende dat de seksuele oriëntatie expliciet of zelfs impliciet in overweging was genomen.²⁵⁵ Er moest natuurlijk wel een causaal verband aangetoond worden, dit aan de hand van de argumenten van de nationale instanties, hun handelingen, het taalgebruik alsook de context waarin de beslissingen werden gemaakt.²⁵⁶

De context van deze zaak was dat deze werd aangespannen door de vader wiens eis geheel gebaseerd was op de seksuele oriëntatie van de moeder alsook was de discussie hierover centraal gedurende de gehele nationale rechtsprocedure.²⁵⁷ Hiernaast vond het Hof ook dat uit de argumenten van het Hooggerechtshof en het taalgebruik dat er duidelijk een link was tussen de uiteindelijke beslissing en het feit dat de moeder samenwoonde met haar partner van hetzelfde geslacht. Deze link indiceerde dan weer dat er toch wel significant belang werd gehecht aan de seksuele oriëntatie van de verzoekster.²⁵⁸

HET NON-DISCRIMINATIEBEGINSEL

In de beoordeling van de zaak onder het non-discriminatiebeginsel, ging het Inter-Amerikaans Hof al de naar voren gebrachte argumenten van de staat onderzoeken en bekijken of deze weldegelijk een rechtvaardiging vormden voor diens beslissing.

Omtrent de rechtvaardiging die gegeven werd door de staat in verband met het belang van het kind, oordeelde het Hof dat dit inderdaad voorop staat. Bovendien diende dit beoordeeld te worden op zulke wijze dat het gedrag van de ouders en de negatieve impact op het welzijn en de ontwikkeling van de kinderen alsook enige echte of bewezen schade of risico voor het welzijn van het kind in rekening werd genomen. Het louter speculeren, veronderstellen, stereotyperen en veralgemenen van de persoonlijke karaktertrekken van de ouders of hun culturele voorkeur omtrent traditionele concepten rond gezinnen, was echter niet toegelaten.²⁵⁹

Het Hof vond dan ook dat het louter in abstracto verwijzen naar het belang van het kind geen legitiem doel kon vormen om een beschermd recht te gaan beperken. De staat diende met bewijzen aan te tonen dat er een specifiek risico was of er reeds schade was opgetreden als gevolg van de seksuele oriëntatie van de moeder.

²⁵⁴ *Ibid.*, §92.

²⁵⁵ *Ibid.*, §94.

²⁵⁶ *Ibid.*, §95.

²⁵⁷ *Ibid.*, 96.

²⁵⁸ *Ibid.*, §97.

²⁵⁹ *Ibid.*, §109.

Het Hof gaf aan dat de seksuele oriëntatie, de sociale status, niet in rekening mag genomen worden bij de beoordeling van een zaak omtrent het hoederecht.²⁶⁰ Een beoordeling van de karaktertrekken, capaciteiten en geschiktheid van de ouders die gebaseerd was op stereotypen en ongefundeerde veronderstellingen alsook de daaruit voortvloeiende conclusies omtrent het welzijn van het kind zijn niet toegelaten.²⁶¹

Omtrent de rechtvaardiging die gegeven werd door de staat in verband met de zogenoemde sociale discriminatie waar de kinderen het slachtoffer van zouden kunnen worden, oordeelde het Hof dat de loutere mogelijkheid hiertoe, zoals het geformuleerd werd door het Hooggerechtshof, geen onderscheid in behandeling of beperking van een recht kon rechtvaardigen. De staat had zelf de plicht om deze sociale discriminatie en intolerantie weg te werken. Deze kon dit niet als excuus gebruiken om zelf een discriminatoire behandeling te bestendigen en te rechtvaardigen.²⁶² Ter beoordeling van het belang van het kind kon het argument van de sociale discriminatie en stigma dus ook niet worden aanvaard volgens het Hof.²⁶³

Omtrent de rechtvaardigingsgrond van de staat dat er verwarring rond gender en seksuele rollen zou ontstaan bij de kinderen, herhaalde het Hof dat de bewijslast werd omgekeerd en dat de staat diende aan te tonen aan de hand van technisch bewijs, rapporten van experts en onderzoekers om de claim te ondersteunen en aan te tonen dat er geen discriminatoir doel of effect was in diens handeling.²⁶⁴ Deze moest bewijzen dat er duidelijk, specifiek en echte schade is aangericht aan de ontwikkeling van de kinderen. De link of causaal verband tussen het gedrag en de schade moest specifiek worden aangetoond. Indien dit niet zou gebeuren loopt men het risico dat men zich gebaseerd op stereotypen. Het Hooggerechtshof van Chili bleef veel te abstract en had het enkel over de mogelijkheid van schade.²⁶⁵ Volgens het Inter-Amerikaans Hof had het Hooggerechtshof onvoldoende de specifieke schade weten te substantiëren.²⁶⁶

Omtrent de rechtvaardiging door de staat dat de moeder haar eigen belangen vooropstelde aan die van de kinderen en als gevolg hiervan incapabel was om haar rol als moeder uit te oefenen, zei het Hof dat het noodzakelijk was om te benadrukken dat zowel seksuele oriëntatie zelf als het gedrag voortvloeiend hieruit zoals het aangaan van een relatie met iemand van hetzelfde geslacht, beschermde gronden zijn. Beiden zijn relevante elementen die deel uitmaken van het privéleven. Het Hof verwees hier naar rechtspraak van het Europees hof voor de rechten van de mens (*Laskey, Jaggard, & Brown v. Verenigd Koninkrijk-zaak*).²⁶⁷ Het Hof vond dus dat de automatische conclusie dat de moeder haar eigen belangen voor die van haar kinderen had geplaatst, louter omdat zij expressie geeft aan haar seksuele oriëntatie, ongegrond. Bovendien werd weer niet aangetoond dat er enige schade was als gevolg hiervan.²⁶⁸

²⁶⁰ *Ibid.*, §110.

²⁶¹ *Ibid.*, §111.

²⁶² *Ibid.*, §120.

²⁶³ *Ibid.*, §121-122.

²⁶⁴ *Ibid.*, §124.

²⁶⁵ *Ibid.*, §130.

²⁶⁶ *Ibid.*, §131.

²⁶⁷ *Ibid.*, §133.

²⁶⁸ *Ibid.*, §139.

Omtrent de rechtvaardiging van de staat dat de kinderen recht hadden op een normaal en traditioneel gezin, gaf het Hof aan dat het concept “gezin” niet gedefinieerd was in het AVMR en ook geen specifieke traditionele vorm van gezinnen zou beschermen. Bovendien omvat dit concept meer dan enkel het huwelijk, zoals bijvoorbeeld ook andere *de facto* gezinsbanden. Het taalgebruik van het Hooggerechtshof reflecteerde volgens het Inter-Amerikaanse Hof een zeer beperkt en stereotype concept van “gezin” dat bovendien geen basis heeft in het AVMR aangezien die geen types of modellen van gezinnen specificeert.²⁶⁹

Concluderend vond het Hof dat er een schending had plaatsgevonden onder artikel 24 en artikel 1 (1) AVMR. Desondanks dat de beslissingen een legitiem doel nastreefden, het belang van het kind, werd er niet aangetoond dat het samenleven van verzoekster met haar partner van hetzelfde geslacht, effectief een negatieve impact had op de belangen van de kinderen. In tegendeel, de beslissende instanties baseerden zich op abstracte, stereotype en/of discriminerende argumenten om de beslissing te rechtvaardigen.²⁷⁰

HET RECHT OP RESPECT VOOR HET PRIVÉLEVEN EN GEZINSLEVEN

Desondanks het vinden van een schending onder het non-discriminatiebeginsel ging het Hof verder en beoordeelde deze de zaak ook onder het recht op privéleven en gezinsleven. Het Hof gaf ten eerste aan dat het recht op privéleven niet absoluut is. Dit recht kan in de praktijk beperkt worden zolang het geen onwettige of arbitraire inmenging of inperking betreft. Om hieraan te voldoen dient de handeling gereguleerd te zijn bij wet, een legitiem doel na te streven en voldoen aan de voorwaarden van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit.²⁷¹

De seksuele oriëntatie van verzoekster maakte volgens het Hof deel uit van haar privéleven. Inmenging of inperkingen hiervan dienden gerechtvaardigd te zijn naar de vorige paragraaf. De nationale instanties en de staat gaven voor het verregaand blootleggen en onderzoeken van het privéleven van A., dezelfde redenen als voor het verschil in behandeling aan. Namelijk het belang van de kinderen. Het Hof was echter van mening dat desondanks het feit dat men in abstracto een legitiem doel nastreefde, de handeling ongeschikt en disproportioneel was. De nationale instanties dienden zich te beperken in onderzoek tot het gedrag van de ouders en hoe zijn hun rol als ouder invulden. Hier zou ook een inmenging nog steeds zijn van het privéleven maar deze zou niet arbitrair zijn.²⁷² Bovendien had de staat niet op dezelfde wijze als bij verzoekster zich gemengd in het privéleven van de vader. Het Hof was van oordeel dat er hier een schending was van artikel 11 in samenhang met artikel 1 (1) AVMR.²⁷³

Aangezien in de beslissing ook grotendeels als centrale argument het samenwonen van de moeder met haar partner van hetzelfde geslacht was aangehaald, vond het Hof het opportuun om ook na te gaan of er een schending was van het gezinsleven. Het Hof verwees omtrent gezinsleven nogmaals naar de brede interpretatie van het concept “gezin” en de rechtspraak van het Europees Hof hierrond.²⁷⁴ Uit de

²⁶⁹ *Ibid.*, §145.

²⁷⁰ *Ibid.*, §146.

²⁷¹ *Ibid.*, §163.

²⁷² *Ibid.*, §166.

²⁷³ *Ibid.*, §168.

²⁷⁴ *Ibid.*, §172-174.

omstandigheden van de zaak alsook de getuigenissen hierrond bleek duidelijk dat er sprake was van een gezin.²⁷⁵

Concluderend vond het Hof ook een schending onder artikel 11 (2) en artikel 17 AVMR. Dit omdat er sprake was van een gezin in de zin van die artikelen en omdat het Hof reeds de aangehaalde argumenten van de staat als onvoldoende heeft beschouwd om de handelingen te rechtvaardigen.²⁷⁶

B. DUQUE V COLOMBIA

De volgende zaak die voor het Inter-Amerikaanse Hof werd gebracht was *Duque v Colombia*. Deze werd aangemeld in 2005 bij de Inter-Amerikaanse Commissie. Een man, Angel Alberto Duque, diende bij de nationale autoriteiten een aanvraag in voor een pensioen waar hij onder de pensioensregeling recht op had vanwege het overlijden van zijn partner. Deze aanvraag werd geweigerd vanwege het feit dat Duque en zijn partner beiden mannen waren. Op basis hiervan waren de verzoekers van mening dat er sprake was van discriminatie met als grond seksuele oriëntatie. Bijkomend zorgde het weigeren van het pensioen er ook voor dat Duque niet langer de middelen had om de medische zorgen te krijgen waar hij nood aan had aangezien hij HIV-positief was.²⁷⁷

Het argument van de staat bestond er onder andere uit dat sinds de petitie werd ingediend bij de Inter-Amerikaanse Commissie, het Grondwettelijk Hof van Colombia de verdere ontwikkeling van gelijke behandeling van koppels van hetzelfde geslacht had bewerkstelligd. Zowel de verzoekers²⁷⁸ als het Inter-Amerikaanse Hof²⁷⁹ waren echter van mening dat dit niet betekende dat er niet langer geoordeeld kon worden over de zaak *Duque*, aangezien er op het moment van het indienen van de petitie, geen gelijke behandeling voorzien was.

De zaak kwam in februari 2016 voor het Inter-Amerikaanse Hof.²⁸⁰ Het Hof bevestigde in deze zaak diens visie uit *Atala Riffo* dat seksuele oriëntatie een beschermde grond is onder het AVMR en dat de staat enkel bepaalde rechten kan beperken op basis van seksuele oriëntatie indien deze dit kon rechtvaardigen. In deze zaak oordeelde het Inter-Amerikaanse Hof dat de staat geen objectieve en redelijke rechtvaardiging kon aanbrengen voor het gemaakte onderscheid en de beperking in rechten die hieruit volgde.²⁸¹

²⁷⁵ *Ibid.*, §176-177.

²⁷⁶ *Ibid.*, §177-178.

²⁷⁷ Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de mens 2 April 2014, rapport nr. 5/14, (Duque/Colombia), §1.

²⁷⁸ *Ibid.*, §13.

²⁷⁹ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 371.

²⁸⁰ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 26 Februari 2016, nr. 310, (Duque/Colombia.).

M. SAEZ, *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019, 341.

²⁸¹ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 372.

Interessant is dat het Hof net zoals in de *Atala*-zaak²⁸² verwees naar andere relevante internationale mensenrechteninstrumenten en beslissingen. Dit keer bouwde deze bijvoorbeeld verder op uitspraken van het Comité voor de economische, sociale en culturele rechten van de Verenigde Naties. Hiernaast verwees het Hof ook naar het bestaande recht van enkele Centraal en Latijns-Amerikaanse staten om zo te beargumenteren dat er sprake was van een universeel mensenrecht.²⁸³ Bijkomend weerlegde het Hof ook zoals in *Atala*²⁸⁴, het argument van de staat dat er een gebrek aan consensus aanwezig is rond de rechten van seksuele minderheden.²⁸⁵

C. FLOR FREIRE V. ECUADOR

In 2002 werd de zaak *Flor Freire v. Ecuador*²⁸⁶ voor het Inter-Amerikaans mensenrechtensysteem gebracht. Deze werd dus nog voor de zaak *Duque* ingediend maar werd pas erna beoordeeld. De zaak heeft betrekking op de man Homero Flor Freire, die militair was bij het Ecuadoraanse leger en de rank van Luitenant droeg. Hij was een actief lid van het leger tot en met 2002. De man werd als gevolg van beweerd wangedrag door de militaire autoriteiten zes maanden in een soort time-out geplaatst en nadien definitief ontslagen uit het leger.²⁸⁷

Het wangedrag zou eruit bestaan hebben dat deze man met zijn mede-militairen naar een feest was geweest waarbij één van hen dronken zou geworden zijn. De man heeft deze persoon als gevolg hiervan naar diens kamer gebracht. Niet lang nadien had een Majoor aangeklopt aan de kamer en had deze beweerd dat de man zich in een “situatie van homoseksualiteit” bevond en hierdoor serieus in de problemen zou komen. Later werd hij ook door andere militaire officieren onder druk gezet om zelf ontslag te nemen door te beweren dat er video en foto materiaal was die de aantijgingen zouden kunnen aantonen.²⁸⁸

De zaak werd voor het Inter-Amerikaanse mensenrechtensysteem gebracht op basis van het feit dat de betrokkenen van mening waren dat de beslissing van de militaire autoriteiten onderbouwd was met vooroordelen die een discriminatoire praktijk of beleid blootlegden omtrent personen hun seksuele oriëntatie. Desondanks dat de man aangaf dat hij niet homoseksueel is, had het discriminatoire beleid wel een verregaande impact op hem en heeft dit er volgens de betrokkene toe geleid dat meerdere van zijn rechten geschonden zijn.²⁸⁹ Er werd op basis hiervan dan ook een schending van artikel 1(1), artikel 2 en artikel 24 AVMR aangevoerd.²⁹⁰

²⁸² Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*), §83+87-90.

²⁸³ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 372.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 26 Februari 2016, nr. 310, (*Duque/Colombia.*), §108-109.

²⁸⁴ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*), §92

²⁸⁵ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 372.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 26 Februari 2016, nr. 310, (*Duque/Colombia.*), §123.

²⁸⁶ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 31 Augustus 2016, nr. 315, (*Flor Freire/Ecuador*).

²⁸⁷ Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de mens 4 November 2013, rapport nr. 81.13 (*Flor Freire/Ecuador*), §12.

²⁸⁸ *Ibid.*, §13.

²⁸⁹ *Ibid.*, §12.

²⁹⁰ *Ibid.*, §25.

In augustus 2016 volgde uiteindelijk het oordeel van het Inter-Amerikaans Hof. Het Hof bouwde in deze uitspraak voort op wat deze al voordien had beslist in de zaak *Atala Riffo*, en breidde de visie rond discriminatie op basis van seksuele oriëntatie verder uit.²⁹¹ Het Hof oordeelde namelijk dat ook de waargenomen of *perceived* seksuele oriëntatie diende beschermd te worden. Zoals in deze zaak hoefde het dus niet over een persoon te gaan die effectief homoseksueel was. De man werd beschouwd als iemand met deze seksuele oriëntatie en de beslissing was gestoeld op basis van deze beweerde seksuele oriëntatie en dus discriminatoir.²⁹²

Hiernaast werd het verbod besproken om seksuele contacten tussen mensen van hetzelfde geslacht anders te behandelen dan die tussen mensen van het verschillend geslacht.²⁹³ Beperkingen van seksuele contacten in een militaire context is op zich geen schending, maar de staat had niet gerechtvaardigd waarom de seksuele contacten tussen mensen van hetzelfde geslacht meer beperkt werden/harder gestraft werden.²⁹⁴ Alsook werd vastgelegd door het Hof dat het gelijkheidsbeginsel geldt in alle contexten, ook een militaire context.²⁹⁵

D. ADVISORY OPINION – COSTA RICA

Naast de bevoegdheid van het Inter-Amerikaans Hof om rechtspraak te ontwikkelen als gevolg van zaken rond schendingen, kunnen de staten aan het Inter-Amerikaans Hof ook vragen om rond de interpretatie van bepaalde artikelen een advies uit te brengen. Dit soort adviezen zijn op zich niet bindend maar kennen wel een bepaalde autoriteit tegenover de lidstaten.

In 2016 besloot Costa Rica aan het Inter-Amerikaanse Hof te vragen of deze een interpretatie kon uitbrengen rond artikel 11 (2), 18, en 24 van het Amerikaanse verdrag voor de mensenrechten.²⁹⁶ Specifieker wou de staat een antwoord op de vraag of er onder deze artikelen een recht op juridische erkenning van een naamsverandering bestond in overeenstemming met de genderidentiteit van een persoon. Alsook hoe de artikelen in de toepasselijke nationale wetgeving zich tegenover het verdrag zouden verhouden.²⁹⁷ Ten laatste werd er een verzoek ingesteld omtrent een interpretatie van het vraagstuk of er enige vorm van bescherming

²⁹¹ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 375.

M. SAEZ, *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019., 340.

²⁹² M. SAEZ, *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019., 340.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 31 Augustus 2016, nr. 315, (Flor Freire/Ecuador), §102-103.

²⁹³ M. SAEZ, *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019, 340.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 31 Augustus 2016, nr. 315, (Flor Freire/Ecuador), §116-117.

²⁹⁴ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 379.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 31 Augustus 2016, nr. 315, (Flor Freire/Ecuador), §127.

²⁹⁵ M. SAEZ, *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019., 340.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 31 Augustus 2016, nr. 315, (Flor Freire/Ecuador), §118-119.

J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 379.

²⁹⁶ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §1.

²⁹⁷ *Ibid.*, §1.A-B

van de patrimoniale rechten die voortvloeiden uit een relatie tussen twee mensen van hetzelfde geslacht bestond onder het verdrag. Zo ja, vroeg de staat ook hoe ver deze bescherming reikte onder artikel 11 (2) en artikel 24 in samenhang met artikel 1 van het verdrag.²⁹⁸ De vragen, antwoorden en interpretatiemethoden van het Hof omtrent patrimoniale rechten voor koppels van hetzelfde geslacht zullen behandeld worden in Deel II van de masterproef.

Costa Rica gaf aan dat deze de zaak *Atala Riffo* had bekeken, maar dat deze onzeker bleef over de werkelijke draagwijdte van het discriminatieverbod op basis van seksuele oriëntatie en genderidentiteit. Er bleven voor de staat dus problemen reizen hieromtrent en het was niet zeker welke handelingen nu net onder dit verbod allemaal vielen.²⁹⁹

De staat stelde vervolgens enkele specifiekere vragen: Betekende het feit dat genderidentiteit een beschermde categorie was onder de betrokken artikelen, dat de staat de naamsverandering in overeenstemming met iemand hun genderidentiteit diende te erkennen en te faciliteren? Zo ja, was het mogelijks een schending van het AVMR indien er enkel een gerechtelijke procedure hiertoe voorzien is en geen administratieve procedure? Zo ja, betekend dit dat de staat eigenlijk dient te voorzien in een kosteloze, toegankelijke en onmiddellijke administratieve procedure?³⁰⁰

BEOORDELING VAN HET HOF

SEKSUELE ORIËNTATIE, GENDERIDENTITEIT EN GENDER EXPRESSIE ALS BESCHERMDE GRONDEN

Het Hof gaf aan dat seksuele oriëntatie, genderidentiteit en genderexpressie beschermde gronden waren onder het verdrag. Het Hof steunde hierbij op het feit dat zij reeds erkend hebben net als het Europees Hof voor de rechten van de mens dat het Amerikaanse verdrag voor de rechten van de mens als een levend instrument wordt gezien en dus met de tijd en maatschappij dient mee te groeien. Het Hof gaf aan dat de evolutieve interpretatie ervan in lijn lag met artikel 29 van het AVMR alsook het verdrag van Wenen inzake verdragenrecht.³⁰¹

Zoals reeds in voorafgaande rechtspraak ook werd vastgesteld, besloot het Hof dat onder “andere sociale status” in artikel 1 AVMR, ook andere groepen vallen die discriminatie ondergaan hebben die voorafgaand en die niet expliciet in het artikel waren opgenomen. De lijst met gronden in artikel 1 is niet exhaustief, slechts indicatief. Hiernaast diende de inhoud van de grond “andere sociale status” steeds geïnterpreteerd te worden op de wijze die het meest voordelig is voor het individu.³⁰² Om opnieuw het universele karakter van deze visie te onderstrepen verwees het Hof naar een hele reeks internationale mensenrechtenstandaarden en instellingen.³⁰³

²⁹⁸ *Ibid.*, §1.C.

²⁹⁹ *Ibid.*, §2.

³⁰⁰ *Ibid.*, §3.

³⁰¹ *Ibid.*, §68-69.

³⁰² *Ibid.*, §70.

³⁰³ *Ibid.*, §71-77.

VERSCHILLENDE BEHANDELING

Het Hof boog zich ook als gevolg van de voorgaande bevindingen, nogmaals over de vraag welke onderscheiden er wel toegelaten zijn. Het moest volgens het Hof gaan over een noodzakelijke maatregel om een legitiem doel te bereiken dat onder het AVMR viel. De maatregel is enkel dan noodzakelijk indien zij het legitiem doel zouden bereiken en als er geen andere maatregelen zijn die minder verregaand zijn. Een strikte proportionaliteitstest diende te gebeuren waarbij de voordelen die de maatregel opleverde overduidelijk groter dienden te zijn dat de beperkingen op bestaande rechten die hierdoor geraakt werden.³⁰⁴

Het Hof herbevestigde ook dat een gebrek aan consensus geen rechtvaardiging is voor een verschil in behandeling.³⁰⁵ Het Hof herhaalde hier de redenering die deze uiteenzette onder *Atala Riffo en Duque*.³⁰⁶

BEOORDELING DRAAGWIJDTE VAN DE VRAGEN

Het Hof antwoorde uitvoerig op de vragen van Costa Rica. Aangezien deze argumentatie te uitvoerig lijkt³⁰⁷ om volledig te bespreken in een soort samenvattend kader, werd er besloten enkel het antwoord van het Hof op de vragen weer te geven.

Omtrent de eerste vraag was het Hof van mening dat de staat inderdaad een naamsverandering of aanpassing van geslacht of gender in registers en op identiteitsdocumenten diende te reguleren en faciliteren als deze in overeenstemming zou blijven met artikel 3, 7, 11 (2), 18 en artikel 24 in samenhang met artikel 1 AVMR.³⁰⁸

Het Hof oordeelde ook in verband met de tweede vraag dat de staat inderdaad de plicht had om de meest gepaste procedure te selecteren om doeleinden uit de eerste rechtsvraag te bereiken. Deze procedures dienden wel aan een aantal voorwaarden te voldoen: de procedure moest centraal staan rond het rechtzetten en aanpassen van alle elementen van de genderidentiteit van een persoon, de procedure mocht enkel gestoeld zijn op de vrijwillige en geïnformeerde toestemming van een persoon en geen voorwaarden op psychologisch of medisch vlak bevatten, de procedure diende vertrouwelijk te zijn en de registers/identiteitsdocumenten mochten geen verwijzing maken naar de verandering, de procedure diende onmiddellijk te zijn en in zoverre als mogelijk goedkoop tot gratis te zijn en tenslotte mocht er tijdens de procedure geen bewijs van medische ingrepen of hormonenbehandeling gevraagd worden.

Aangezien een administratieve of notariële procedure beter geschikt is om aan deze voorwaarden te voldoen vond het Hof het inderdaad pertinent doch niet verplicht voor de staten om een administratieve procedure in te voeren.³⁰⁹ Indien de staat Costa Rica de betrokken nationale wetgeving op zulke wijze interpreteerde dat

³⁰⁴ *Ibid.*, §81.

³⁰⁵ *Ibid.*, §83.

³⁰⁶ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*), §92.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 26 Februari 2016, nr. 310, (*Duque/Colombia.*), §124.

³⁰⁷ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (*Advisory opinion OC-24/17*), §102-115 + §117-160 + §162-170.

³⁰⁸ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (*Advisory opinion OC-24/17*), §116.

³⁰⁹ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (*Advisory opinion OC-24/17*), §160.

deze procedure en rechten werden gegarandeerd zoals uiteengezet in de opinie, dan was deze in overeenstemming met het AVMR.³¹⁰

³¹⁰ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §171.

HOOFDSTUK IV: CONCLUSIE

Wanneer we dieper naar het kader van uitspraken van de rechtsinstellingen kijken, dan valt alvast op dat het Inter-Amerikaans Hof later dan de twee andere geselecteerde rechtsinstellingen zich is beginnen focussen op zaken rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit. Het Europees Hof beoordeelde bijvoorbeeld in 1981 de *Dudgeon*-zaak en het VN-Mensenrechtencomité deed ook voor een eerste maal uitspraak omtrent seksuele oriëntatie in 1985 in de zaak *Hertzberg v Finland* en een tweede maal in 1992 in de *Toonen*-zaak.³¹¹ Dit terwijl het Inter-Amerikaans Hof in 2012 een eerste zaak in deze materie beoordeelde.³¹²

Opmerkelijk is ook dat de eerste zaak voor het Inter-Amerikaans Hof, *Atala Riffo v Chili*, een zaak in het contentieux van het familierecht was. Dit in tegenstelling tot de andere rechtsinstellingen, die zich in hun eerste zaken rond seksuele oriëntatie in het contentieux van het strafrecht bevonden. Deze zaken draaiden rond het doorvoeren van een decriminalisering van seksuele oriëntatie in de strafwetgeving van de respectievelijke landen, terwijl *Atala Riffo v Chili* een rechtszaak was rond discriminatie van ouders op basis van seksuele oriëntatie in het recht rond het ouderlijk gezag.

In rechtsleer wordt dit als een belangrijk onderscheid gezien. Terwijl het Europees Hof en het VN-Mensenrechtencomité hun eerste zaken vooral onder het recht op respect voor privacy gingen bekijken, werd voor het Inter-Amerikaans Hof onmiddellijk een volledige analyse onder het non-discriminatiebeginsel uitgevoerd.³¹³ Waar de decriminaliserings-zaken voor belangrijke maar geleidelijke stappen hebben gezorgd, was de zaak *Atala* volgens rechtsgeleerden³¹⁴ onmiddellijk een grote stap, die de weg vrijmaakte voor de analyse onder de *advisory opinion* van 2017 van het Inter-Amerikaans Hof.³¹⁵ In deze Advisory Opinion ging het Hof verder in deze lijn van interpretatie en beslissingen en verruimde deze de concepten seksuele oriëntatie en genderidentiteit en de daaruit voortvloeiende bescherming aanzienlijk.

Concluderend is het ook opvallend dat zowel in het kader van het VN-Mensenrechtencomité als het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens, consistent schendingen werden gevonden waarmee deze steeds de bescherming van seksuele minderheden bleven uitbreiden. Uit het breder kader van het Europees Hof voor de rechten van de mens blijkt dat er iets meer nuance wordt gebracht, er wordt meer inspraak van de staten toegelaten. Het Europees Hof maakte gebruik van mechanismen/technieken zoals bijvoorbeeld de appreciatiemarge-doctrine en de consensus-redenering, die de staten meer vrijheid gaven omtrent het invullen van de bescherming van seksuele minderheden.

Deze bevinding blijkt duidelijk bijvoorbeeld als men gelijkaardige zaken naast elkaar legt. In de zaak *G v Australië* vond het VN-Mensenrechtencomité dat de staat een schending van het IVBPR had bewerkstelligd

³¹¹ M. SAEZ, *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019., 338.

³¹² Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*).

³¹³ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 Oktober 1981, nr. 7525/756, (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*), §69-70. VN-Mensenrechtencomité 25 December 1992, nr. 488/1992, (*Toonen/Australië*), CCPR/C/50D/488, §11.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*), §83-146.

³¹⁴ M. SAEZ, *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019, 339.

J. CONTESSÉ, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 355.

³¹⁵ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (*Advisory opinion OC-24/17*).

door een voorwaarde tot het beëindigen van een huwelijk had verbonden aan de optie tot juridische geslachtsverandering voor transgender personen. In gelijkaardige zaken voor het Europees Hof voor de rechten van de mens, *Parry v Verenigd Koninkrijk* en *Hämäläinen v. Finland*, vond het Hof geen schending van de respectievelijke bepalingen en oordeelde deze dat deze kwestie deel uitmaakte van de appreciatiemarge van de staten.

Een ander voorbeeld hiervan vindt men in de materie rond juridische erkenning van geslachtsveranderingen *an sich*. Het Europees Hof voor de rechten van de mens erkende pas na een lange lijn van rechtspraak in *Rees*, *Cossey* en *Sheffield & Horsham*, het recht van transgender personen om hun genderidentiteit gereflecteerd te zien in hun identiteitsdocumenten in de zaak *Goodwin v Verenigd Koninkrijk*. In de zaken voorafgaand hieraan had het Hof geoordeeld dat het voorzien in en de invulling van juridische erkenning van de geslachtsverandering van transgender personen ook binnen de appreciatiemarge van de staten viel en er geen positieve verplichting was om dit in te voeren. In de *advisory opinion* van 2017 van het Inter-Amerikaans Hof besloot deze zonder enige inspraak van de staten dat deze verplicht waren om juridische erkenning te voorzien van de geslachtsverandering van transgender personen.

DEEL II: WAT ZIJN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN DE RECHTSINSTELLINGEN I.V.M. HET HUWELIJK VOOR MENSEN VAN HETZELFDE GESLACHT?

In Deel II volgt het meest essentiële onderdeel van dit rechtsvergelijkend onderzoek, de resultaten van dit Deel zullen de basis vormen waar zowel de rechtsvergelijking in Deel III als het verklarend onderzoek in Deel IV op voortbouwen. Door deze zaken uitvoerig te analyseren trachten we tot een diepgaand inzicht te komen in hoe de geselecteerde mensenrechteninstellingen zich hebben gepositioneerd binnen het vraagstuk van het huwelijk.

Voor deze analyse van de zaken in verband met het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht is zoals eerder vermeld in deze masterproef, de keuze gemaakt om op systematische wijze ook rechtsliteratuur te incorporeren. Dit zal er voor zorgen dat de analyse zowel in de breedte als in de diepte zal uitgevoerd worden. De meest relevante kritieken en commentaren zullen besproken en toegelicht worden, dit zullen zowel specifieke commentaren zijn van rechtsgeleerden op de zaken zelf als algemene commentaren op het gebruik van bepaalde redeneerwijzen door deze rechtsinstellingen.

HOOFDSTUK I: WAT ZIJN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS I.V.M. HET HUWELIJK VOOR MENSEN VAN HETZELFDE GESLACHT?

Om tot een zo globaal mogelijk beeld te komen omtrent de visie en de redeneerwijzen van het Europees Hof voor de rechten van de mens in verband met het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht, werd er getracht hieronder een integratief kader te vormen tussen uittreksels van de uitspraken en commentaren uit rechtsleer. Het is niet de bedoeling om hier een exhaustief kader van te maken maar om de noodzakelijke informatie te vergaren die de volgende stappen in het rechtsvergelijkend onderzoek mogelijk zullen maken.

Zoals hierboven reeds vermeld, worden in deze masterproef de zaken rond het huwelijk in verband met transgenderpersonen onder Deel I behandeld en niet onder de analyse van dit hoofdstuk. Deze zaken geven een bijkomend inzicht in de visie en redeneerwijzen van het Hof omtrent het huwelijk maar zijn toch meer te linken aan genderidentiteit en transrechten dan de rechtsvraag rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht op zich. Bovendien liggen de meest relevante zaken *Parry v Verenigd Koninkrijk* en *Hämäläinen v Finland* in dezelfde lijn als de zaken die wel in dit hoofdstuk worden behandeld.

A. SCHALK & KOPF V OOSTENRIJK

In de zaak *Schalk & Kopf v Oostenrijk* werd voor de eerste keer rechtstreeks aan het Europees Hof het vraagstuk voorgelegd omtrent het huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht. Het ging in deze zaak over twee mannen die samenwoonden in Wenen. Zij waren over gegaan tot een aanvraag om te huwen maar werden geweigerd vanwege het feit dat zij twee personen van hetzelfde geslacht waren. Een huwelijk kon enkel rechtsgeldig afgesloten worden tussen twee personen van verschillend geslacht.³¹⁶ De verzoekers waren

³¹⁶ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §7-9.

van mening dat de weigering van toegang tot het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht een schending was van artikel 12 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens.³¹⁷

BEOORDELING ARTIKEL 12 EVRM

Deze zaak vormt zonder meer het middelpunt van de analyse onder dit hoofdstuk. Het Hof zette hierin dan ook in 2010 voor de eerste maal zijn visie uiteen rond dit vraagstuk, een uiteenzetting die tot op heden nog steeds als pertinent en toepasselijk wordt beschouwd door het Hof zelf.

In de beoordeling van het relevante verdragsartikel ging het Europees Hof op volgende wijze te werk: ter ondersteuning van hun argumenten besprak zij eerst en vooral een uiteenzetting van enkele rechtsvergelijkende conclusies. Zo werd er verwezen naar de huidige stand van zaken van het EU recht rond deze kwestie,³¹⁸ alsook het nationale recht van lidstaten uit de Raad van Europa.³¹⁹ Voor de lidstaten werd gefocust op welke staten reeds het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht voorzagen³²⁰ alsook welke staten geen toegang tot het huwelijk voorzagen maar wel een andere vorm van juridische erkenning ter beschikking stelden.³²¹

In verband met de gegrondheid van de vraag zette het Hof eerst enkele algemene principes uiteen. Zo gaf het aan dat artikel 12 consistent doorheen de rechtspraak van het Hof het fundamentele recht beschermd van een man en vrouw om te huwen en een gezin te stichten.³²² Het uitoefenen van dit recht werd volgens het Hof steeds beheerst door het nationale recht van de staten, al mag de staat niet op zulke wijze hier beperkingen op invoeren dat de essentie ervan in het gedrang komt.³²³

Het Hof gaf aan dat desondanks het feit dat het nog nooit had geoordeeld over de mate waarin ook koppels van hetzelfde geslacht dit recht kunnen uitoefenen, er wel bepaalde conclusies konden getrokken worden uit de rechtspraak van het Hof in verband met transgender personen.³²⁴ Het Hof had zoals in Deel I uitvoerig werd besproken, in het verleden in een aantal zaken reeds zijn visie uiteen gezet omtrent postoperatieve transgender personen die wensten ook juridisch hun identiteit gereflecteerd te zien. Het ging hier over personen die op het moment van de aanvraag tot een juridische geslachtsverandering wensten met iemand te huwen.³²⁵ Het Hof verwees onder meer naar de hierboven behandelde zaak *Christine Goodwin*. In deze zaak vond het Hof dat het vasthouden aan biologische criteria om, in het licht van artikel 12, te bepalen of er sprake is van een man en een vrouw, een schending was van dit artikel. Er diende naar meer dan enkel biologische criteria gekeken te worden, gender in zijn geheel dus. Bovendien werd er door het Hof opgemerkt dat er een wijdverspreide aanvaarding was dat postoperatieve transgender personen iemand konden huwen die van verschillend geslacht was.³²⁶

³¹⁷ *Ibid.*, §39.

³¹⁸ *Ibid.*, §24.

³¹⁹ *Ibid.*, §27.

³²⁰ *Ibid.*, §27.

³²¹ *Ibid.*, §28.

³²² *Ibid.*, §49.

³²³ *Ibid.*, §49.

³²⁴ *Ibid.*, §50.

³²⁵ *Ibid.*, §51.

³²⁶ *Ibid.*, §52.

Hiernaast verwees het Hof ook naar de zaken *Parry v. Verenigd Koninkrijk* en *R&F v. Verenigd Koninkrijk*. Hier werd de vraag voorgelegd of het ook een schending was van artikel 12 dat een postoperatieve transvrouw diende te scheiden van de echtgenote met wie ze als man gehuwd was, als ze een juridische erkenning van haar nieuwe geslacht/gender wou bekomen.³²⁷ Het Hof oordeelde in deze zaken dat de vraag manifest onontvankelijk was. Onder artikel 12 vond het Hof dat dit het traditionele concept van het huwelijk als iets tussen een man en een vrouw vastlegde. Het behoorde tot de appreciatiemarge van de staten om te oordelen over de juridische gevolgen van geslachtsverandering met betrekking tot bestaande huwelijken.³²⁸

Na deze algemene principes uiteen te zetten ging het Hof over tot een toepassing hiervan op de rechtsvragen die in de zaak *Schalk & Kopf* voor zich lagen. Het Hof antwoordde eerst en vooral op het argument van de verzoekers dat het taalgebruik in artikel 12 niet zou betekenen dat enkel een man kon huwen met een vrouw en omgekeerd. Het Hof was van mening dat dit inderdaad niet onmiddellijk andere verhoudingen uitsloot, maar dat in vergelijking met andere bepalingen in het verdrag, het wel zo is dat deze verwijzen naar *everyone* of *no one* waar het artikel in verband met het huwelijk specifiekere terminologie gebruikte. Het gebruik van de terminologie in artikel 12 leek het Hof dan ook opzettelijk.³²⁹ Er diende volgens het Hof ook rekening gehouden te worden met de historische context waarin het EVRM werd opgesteld. In de jaren 50 werd het huwelijk als iets traditioneel tussen partners van het verschillend geslacht gezien.³³⁰

Het is volgens rechtsgeleerden duidelijk dat het Hof hier in eerste instantie een tekstuele interpretatie uitvoerde op artikel 12 EVRM. Heel wat auteurs vinden deze redenering van het Hof echter weinig omvattend. Zo stellen enkelen van hen dat het inderdaad onbetwistbaar is dat de opstellers van het Europees Verdrag het huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht niet voor ogen hadden. Er is echter geen historisch bewijs dat de bewoording van artikel 12 EVRM doelbewust zo is vastgesteld om het toepassingsgebied van het huwelijk te beperken tot koppels van het verschillende geslacht.³³¹ De *travaux préparatoires* tonen dat tijdens het opstellen van het verdrag er getracht werd zo sterk mogelijk aan te leunen bij artikel 16 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Het gebruik van de termen *men and women* in het opstellen van deze Universele Verklaring stroomde dan weer voort vanuit de doelstelling om gelijkheid tussen mannen en vrouwen te promoten.³³² Deze nadruk is ook duidelijk wanneer men het artikel zelf erbij neemt. Volgens artikel 16 hebben mannen en vrouwen gelijke rechten bij het aangaan van een huwelijk, tijdens het huwelijk zelf en bij de ontbinding ervan.³³³ Het gebruik van de terminologie was een doelbewuste keuze om discriminatie tegenover vrouwen binnen het huwelijk te bestrijden, niet om bepaalde doelgroepen

³²⁷ *Ibid.*, §53.

³²⁸ *Ibid.*, §53.

³²⁹ *Ibid.*, §55.

³³⁰ *Ibid.*, §55.

³³¹ P. JOHNSON & S. FALCETTA, *Same-Sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights*, in C. ASHFORD & A. MAINE (eds), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2018, 5.

³³² P. JOHNSON & S. FALCETTA, *Same-Sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights*, in C. ASHFORD & A. MAINE (eds), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2018, 5.

M. SHAHID, *The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments concerning Equal Marriage Rights.*, *Erasmus Law Review*, vol. 10, no. 3, 194.

³³³ Artikel 16 Universele Verklaring voor de rechten van de mens.

van het recht om te huwen uit te sluiten. Volgens deze auteurs schreef het Hof een intentie toe aan de opstellers van het verdrag die niet ondersteund kon worden vanuit een historisch standpunt.³³⁴

Anderen gaan enigszins akkoord met deze analyse, maar vullen er wel bij aan dat het vrij logisch was dat de opstellers van het EVRM niet actief het doel hadden om koppels van hetzelfde geslacht uit te sluiten. Homoseksualiteit werd op dat moment in vele staten gecriminaliseerd en relaties tussen mensen van hetzelfde geslacht werden gewoonweg niet in rekening genomen bij het opstellen van artikel 12 EVRM.

Bovendien vindt men de bevinding dat er geen intentie achter deze terminologie zat ook niet doorslaggevend, aangezien het Hof na deze tekstuele interpretatie verder ging en dit artikel ook nog op andere wijzen interpreteerde.³³⁵ Toch haalt een andere auteur aan dat het vreemd is dat het Hof blijft verwijzen naar deze tekstuele en historische interpretatie wanneer deze zelf in rechtspraak heeft benadrukt dat het EVRM als een levend instrument dient gezien te worden en dus in hedendaagse omstandigheden geïnterpreteerd dient te worden, niet in de omstandigheden van 70 jaar geleden.³³⁶

Een gelijkaardig argument legden de verzoekers in de zaak *Schalk & Kopf* voor aan het Hof waarbij zij effectief verwezen naar deze rechtspraak omtrent een evolutieve interpretatie. Volgens de verzoekers diende het verdrag dan ook op zulke wijze geïnterpreteerd te worden dat vandaag de dag er wel een verplichting bestond tot het openstellen van het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht. Het Hof gaf echter aan dat het niet overtuigd was door dit argument.³³⁷ Hoewel het Hof in eerdere rechtspraak zoals *Goodwin* had erkend dat er enorme sociale evoluties hadden plaatsgevonden in verband met het huwelijk, was er omtrent het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht volgens het Hof geen Europese consensus. Het Hof steunde die redenering op het feit dat slechts zes van de zevenenveertig staten van de Raad van Europa het huwelijk hadden opengesteld.³³⁸ Het Hof wenste artikel 12 EVRM dus niet evolutief te interpreteren.

Hierna vergeleek het Hof ook artikel 12 EVRM met artikel 9 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Die laatste liet de verwijzing naar de terminologie “*men and women*” vallen. In een commentaar op het Handvest in 2009 werd duidelijk gemaakt dat dit handvest een ruimer toepassingsgebied had dan andere mensenrechteninstrumenten.³³⁹ Toch steunde het Hof enigszins hierop om te besluiten dat het niet langer het recht onder artikel 12 EVRM beoordeelde als iets wat in alle omstandigheden beperkt zou zijn tot huwelijken tussen mensen van verschillend geslacht.³⁴⁰ Waar vele auteurs het interessant vinden dat

³³⁴ P. JOHNSON & S. FALCETTA, *Same-Sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights*, in C. ASHFORD & A. MAINE (eds), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law.*, Edward Elgar Publishing, 2018, 5-6.

³³⁵ C. POPPELWELL, *The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach*, PluriCourts Research Paper No. 16-10, 2016, 29.

M. SHAHID, *The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments concerning Equal Marriage Rights.*, *Erasmus Law Review*, vol. 10, no. 3, 194.

³³⁶ M. SHAHID, *The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments concerning Equal Marriage Rights.*, *Erasmus Law Review*, vol. 10, no. 3, 194.

³³⁷ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr.. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §57.

³³⁸ *Ibid.*, §58.

³³⁹ *Ibid.*, §60.

³⁴⁰ *Ibid.*, §61.

het Hof hier verwees naar het handvest van de grondrechten van de Europese Unie, zeker en vast vanwege de gender-neutrale bewoording van dit artikel, bleef het vrij onduidelijk wat dit nu exact toevoegde.

Rechtsgeleerden komen grotendeels tot de conclusie dat dit in de praktijk eigenlijk er gewoon toe leidt dat staten onder artikel 12 EVRM, net zoals onder artikel 9 van het handvest, de mogelijkheid hebben om een ruimer toepassingsgebied toe te kennen aan deze artikelen. Het blijft echter aan de staten zelf om hierover te oordelen.³⁴¹ Deze auteurs gingen niet akkoord met de afwijkende visie dat het verwijzen naar het Handvest eigenlijk betekende dat het Hof de hierboven besproken loutere tekstuele en historische interpretatie zou verlaten. Dit vond men misleidend. De staten kregen gewoonweg de optie om zelf deze tekstuele en historische interpretatie te verlaten.³⁴² Eén ding staat vast, het Hof gaf hier zelf geen verdere uitleg bij.

Finaal oordeelde het Hof dat het huwelijk als instituut bepaalde sociale en culturele connotaties had die enorm kunnen verschillen van samenleving tot samenleving. Het Hof gaf aan zich niet te willen in de plaats stellen van de nationale autoriteiten aangezien deze het best in staat zijn om in te spelen op de sociale en maatschappelijke behoeften van hun gemeenschappen.³⁴³ Als gevolg hiervan oordeelde het Hof dat er geen positieve verplichting bestond onder artikel 12 EVRM.³⁴⁴ Het Hof maakte hier duidelijk gebruik van de appreciatiemarge-doctrine, doch niet expliciet. Deze redeneerwijze wordt in rechtsleer wel eens omschreven als een middel om tot een eerder pluralistische dan uniforme rechtsorde te komen, waarbij wel de fundamentele waarborgen behouden blijven.³⁴⁵

Uit het geheel aan argumenten ziet men duidelijk ook hoe het Hof in deze zaak een consensusredenering heeft gebruikt ter ondersteuning van het gebruik van de appreciatiemarge-doctrine. Volgens het Hof zelf hangt de het gebruik en de draagwijdte van de appreciatiemarge af van de omstandigheden, de materie en de context van de zaak. Hiernaast is de mate waarin de staten hieromtrent in nationaal recht gelijkaardig of net verschillend oordelen ook een relevante factor.³⁴⁶ De werking en wisselwerking hiervan wordt in een latere zaak zelfs expliciet beschreven als: “*Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider.*”³⁴⁷

³⁴¹ C. POPPELWELL, *The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach*, PluriCourts Research Paper No. 16-10, 2016, 30-31.

P. JOHNSON & S. FALCETTA, *Same-Sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights*, in C. ASHFORD & A. MAINE (eds), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law* Edward Elgar Publishing, 2018, 8.

³⁴² C. POPPELWELL, *The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach*, PluriCourts Research Paper No. 16-10, 2016, 31.

³⁴³ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §62.

³⁴⁴ *Ibid.*, §63.

³⁴⁵ D. SPIELMANN, *Whither the Margin of Appreciation?*, *Current Legal Problems*, Volume 67, Issue 1, 2014, Pages 49–65, 49.

³⁴⁶ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §98.

³⁴⁷ Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (Oliari e.a./Italië), §162.

Desondanks dat in de zaak *Schalk & Kopf* er niet expliciet wordt uitgedrukt over welke appreciatiemarge de staat beschikt, kunnen we uit het feit dat er een gebrek aan consensus was volgens het Europees Hof afleiden dat staten over een ruime appreciatiemarge beschikken in deze materie.³⁴⁸ Dit wordt bevestigd in deze zaak door het feit dat het Hof geen schending onder artikel 12 EVRM vond.³⁴⁹

BEOORDELING ARTIKEL 8 IN SAMENHANG MET ARTIKEL 14 EVRM

Hierna begon het Europees Hof de analyse van de rechtsvraag onder artikel 8 in samenhang met artikel 14 EVRM. Het Hof verwees zelf naar eigen voorgaande rechtspraak rond discriminatie op basis van seksuele oriëntatie.³⁵⁰ In verband met artikel 8 EVRM stelde het Hof onmiddellijk dat het ontegensprekelijk zo was dat de relatie tussen de twee mannen in kwestie onder de notie privéleven viel. Maar het Hof vond het ook nodig om te bepalen of deze relatie binnen de notie “gezinsleven” zou vallen.³⁵¹

Omtrent “gezinsleven” bepaalde het Hof dat in diens eigen rechtspraak reeds werd vastgelegd dat voor koppels van het verschillend geslacht, het toepassingsgebied niet beperkt was tot het huwelijk. Ook *de facto* gezinsbanden buiten het instituut van het huwelijk konden hieronder vallen.³⁵² In verband met koppels van hetzelfde geslacht had het Hof enkel vastgesteld dat deze onder privéleven vielen en niet gezinsleven.³⁵³ De staten werden een ruime appreciatiemarge toegeschreven om hier zelf over te oordelen en juridische erkenning in te voeren voor zulke relaties.³⁵⁴

Het Hof noteerde echter ook dat de zaak *Mata Estevez v. Spanje*, reeds van het jaar 2001 dateerde en dat er sinds die tijd een zeer snelle evolutie had plaatsgevonden in vele staten in verband met hoe er naar relaties tussen mensen van het zelfde geslacht werd gekeken. Vele van deze staten hadden reeds op verschillende wijzen juridische erkenning voor zulke relaties ingevoerd.³⁵⁵ Het Hof vond het dan ook artificieel om vast te houden aan de visie dat relaties tussen mensen van hetzelfde geslacht geen gezin of deel van een gezinsleven zouden kunnen uitmaken in de zin van artikel 8 EVRM. Volgens het Hof viel de relatie in deze zaak, namelijk één tussen twee samenwonende mannen, onder het concept gezinsleven net zoals dit voor een koppel van verschillend geslacht in exact dezelfde situatie het geval zou zijn.³⁵⁶ Dit betekende dat de zaak zowel onder privéleven als gezinsleven geanalyseerd kon worden.³⁵⁷

Het Hof paste hier opnieuw een vorm van een consensusredenering toe, al week deze af van diegene gemaakt onder artikel 12 EVRM. Dit levert meteen ook een pertinente commentaar op van auteurs over het gebruik van een consensusredenering in het algemeen en in de context van het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht.

³⁴⁸ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §58.

³⁴⁹ *Ibid.*, §64.

³⁵⁰ *Ibid.*, §87.

³⁵¹ *Ibid.*, §90.

³⁵² *Ibid.*, §91.

³⁵³ *Ibid.*, §92.

³⁵⁴ *Ibid.*, §92.

³⁵⁵ *Ibid.*, §93.

³⁵⁶ *Ibid.*, §94.

³⁵⁷ *Ibid.*, §95.

Rechtsgeleerden stellen dat het Europees Hof doorheen diens geschiedenis en rechtspraak meerdere types van consensusredeneringen door elkaar toepast, zonder hier op enige wijze een onderscheid in te maken. Dit brengt enigszins onduidelijkheid over de inhoudelijke betekenis van deze verschillende vormen alsook het belang dat het Hof hier aan hecht. Deze ingebouwde flexibiliteit zorgt voor een gebrek aan consistentie en transparantie, zaken die de legitimiteit van het Hof ondermijnen en daarom kritiek krijgen.³⁵⁸

Een belangrijke kritiek voor deze masterproef is ook dat het Hof geen duidelijkheid verschaft over hoe omvangrijk deze consensus moet zijn. Zo stellen auteurs dat het Hof soms zich tevreden stelt met een trend en er dus niet per sé een meerderheid hoeft te zijn en in andere situaties is dan weer een letterlijke meerderheid vereist.³⁵⁹

Auteurs zijn dan ook van mening dat in *Schalk & Kopf* die onduidelijkheid ook naar boven komt.³⁶⁰ Zo zien we dat in deze zaak twee soorten consensusredeneringen worden toegepast, die sterk van elkaar verschillen.³⁶¹ In deze zaak ziet men bijvoorbeeld dat het Hof een vorm van consensusredenering toepast waarbij een trend voldoende was en een vorm van consensusredenering waarbij dit duidelijk niet het geval was. Uit andere zaken rond seksuele oriëntatie zoals *Vallianatos v Griekenland* bleek ook dat een trend soms voldoende is voor het Hof. Het Hof legt niet uit waarom een trend de ene keer wel voldoende is en de andere keer onvoldoende blijkt te zijn.³⁶²

Een rechtsinstelling die naar eigen voorkeur kan kiezen tussen de toepassing van een consensusredenering waarbij ze duidelijk een meerderheid als standaard nemen, of een consensusredenering waarbij een groeiend aantal staten een visie aannemen, is volgens rechtsgeleerden een mechanisme dat willekeurigheid invoert in de rechtspraak van het Hof.³⁶³ Deze inconsistentie zorgt ervoor dat het Hof onvoldoende transparant is.

Toch zijn er ook rechtsgeleerden die hier niet akkoord mee gaan. Volgens sommigen is het Hof duidelijk en consistent wanneer deze welke consensusredenering toepast. Zo kan men duidelijk een lijn trekken doorheen alle zaken waarin een rechtsvraag rond het huwelijk wordt gesteld, waarbij er steeds een consensusredenering wordt toegepast waarin gekeken werd of er reeds een meerderheid aan staten het huwelijk hadden opengesteld. Omtrent andere rechtsvragen, die vaak onder artikel 8 EVRM behandeld werden, paste het Hof sneller een consensusredenering toe waar het voldoende was om een trend vast te stellen.³⁶⁴ Hier zou dus geen sprake zijn van een willekeurige keuze en er zou een bepaalde systematiek achter zitten.

³⁵⁸ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press., 2015, 39.

³⁵⁹ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press., 2015, 39.

J Murray, *Consensus: Concordance, or Hegemony of Majority' in Dialogues between Judges*, Council of Europe, 2008, 52.

³⁶⁰ H. FENWICK, *Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe : driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis?*, *European human rights law review.*, 2016, 255.

³⁶¹ *Ibid.*, 256.

³⁶² *Ibid.*, 262.

³⁶³ *Ibid.*, 256.

³⁶⁴ C. POPPELWELL, *The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach*, PluriCourts Research Paper No. 16-10, 2016, 40+41+45.

Waar rechtsgeleerden wel akkoord over gaan is dat het Hof niet heeft gespecificeerd wanneer er nu eigenlijk echt sprake is van consensus onder de consensusredenering toegepast voor de rechtsvraag onder artikel 12 EVRM. Het Hof heeft ook geen structuur of standaard hieromtrent. Zelfs indien het Hof in een volgende zaak vaststelt dat er 24 staten (de helft van 47) het huwelijk hebben opengesteld, kan het zijn dat het Hof dit nog steeds onvoldoende zal vinden. Het kan zijn dat het Hof dan overschakelt naar een nog strikter consensusmodel waarbij er een overweldigende meerderheid dient te zijn.³⁶⁵ Deze consensusredenering brengt dus niet echt voorspelbaarheid en transparantie in de redeneerwijzen van het Hof.

In verband met de beoordeling van het Hof van artikel 8 in samenhang met artikel 14 EVRM besprak het Hof volgend hierop de toepassing van het non-discriminatiebeginsel. Volgens het Hof diende er alvast eerst sprake zijn van een verschil in behandeling tussen personen in gelijkaardige situaties vooraleer het non-discriminatiebeginsel mogelijk van toepassing zou zijn. Dit verschil in behandeling kan dan pas effectief discriminatie vormen indien er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het vastgestelde onderscheid is. In andere woorden zou er dan discriminatie zijn indien het gemaakte onderscheid geen legitiem doel nastreeft en/of disproportioneel is.

De staten kregen volgens het Hof wel nog enige appreciatiemarge om zelf te oordelen welke verschillen in behandeling gerechtvaardigd kunnen zijn.³⁶⁶ Langs de ene kant gaf het Hof aan dat het steeds heeft bevestigd in rechtspraak dat verschillen in behandeling op basis van geslacht, net zoals seksuele oriëntatie, gebaseerd moeten zijn op bijzonder gewichtige redenen. Omtrent het organiseren en bepalen van hun economisch en sociaal beleid hebben de staten als gevolg van rechtspraak van het Hof echter een ruime appreciatiemarge.³⁶⁷ De mogelijke aanwezigheid of afwezigheid van consensus onder bepaalde staten vormt zoals reeds besproken onder artikel 12 EVRM ook een onderdeel van de analyse van de appreciatiemarge.

Volgens het Hof bevonden de verzoekers zich alvast in een gelijkaardige situatie als een koppel van twee mensen van verschillend geslacht die juridische erkenning voor hun relatie zoeken. Dit aangezien zij net zo capabel waren als koppels van verschillend geslacht om een stabiele en duurzame relatie te creëren.³⁶⁸ De verzoekers hadden als gevolg van het verschil in behandeling, namelijk het gebrek aan toegang tot het huwelijk of een andere vorm van juridische erkenning, geoordeeld dat er discriminatie was op basis van hun seksuele oriëntatie.³⁶⁹

Het Hof leek echter uit de argumenten te verstaan dat de verzoekers op basis hiervan ook beweerden dat indien er geen positieve verplichting onder artikel 12 EVRM bestond, dit wel zou voortvloeien uit een schending van artikel 14 in samenhang met artikel 8 EVRM. Het Hof kon dit standpunt alvast niet volgen. Het verdrag diende in zijn geheel gelezen te worden en de relevante artikelen hoorden dan ook op een harmonieuze en consistente wijze samen gelezen te worden. Aangezien er onder artikel 12 EVRM door het

³⁶⁵ C. POPPELWELL, *The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach*, PluriCourts Research Paper No. 16-10, 2016, 46.

H. FENWICK, *Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe : driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis?*, *European human rights law review.*, 2016, 286.

³⁶⁶ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §96.

³⁶⁷ *Ibid.*, §97.

³⁶⁸ *Ibid.*, §99.

³⁶⁹ *Ibid.*, §100.

Hof geconcludeerd werd dat er geen verplichting was voor de staten, kon er ook geen zulke verplichting gevonden worden onder een algemenere bepaling zoals artikel 14 in samenhang met artikel 8 EVRM.³⁷⁰

Hierbij werd door heel wat rechtsgeleerden bedenkingen gemaakt. Het weigeren van het Hof om een vraagstuk rond de rechten van minderheden vanuit een standpunt van het non-discriminatiebeginsel effectief te beoordelen, botste bij heel wat auteurs op onbegrip.

Het niet beoordelen van deze zaak onder artikel 14 EVRM vloeit voornamelijk voort uit het feit dat het Hof veel gewicht gaf aan het gebrek aan een consensus onder de staten van de Raad van Europa. Deze werkwijze van het Hof werd sterk in vraag gesteld.³⁷¹ In rechtsleer verwijst men onder andere naar een andere zaak van het Hof, *Bączkowski e.a. v Polen*³⁷², die betrekking had op een groep activisten die via demonstraties aan het grote publiek het probleem van discriminatie tegen allerlei minderheden, waaronder ook seksuele minderheden, wou aankaarten.³⁷³ In deze zaak oordeelde het Hof dat desondanks dat de belangen van een individu soms ondergeschikt zouden zijn aan die van de grotere gemeenschap, democratie niet altijd betekende dat de meerderheid gelijk diende te krijgen. Er moest een balans gezocht worden waarbij minderheden correct behandeld zouden worden en de meerderheid hun dominante positie niet zou misbruiken.³⁷⁴

Volgens auteurs was er in *Schalk & Kopf* duidelijk sprake van een seksuele minderheid die discriminatie onderging op basis van hun seksuele oriëntatie. Het feit dat het Hof deze zaak niet volwaardig vanuit dit standpunt behandelde was een teleurstelling voor hen. Men noemt het betreurenswaardig dat het Hof niet de volgende stap van de beoordeling onder artikel 14 EVRM wenste te nemen en de staat om een rechtvaardiging te vragen. Het uitsluiten van een specifieke groep lijkt toch een kwestie waarbij enige uitleg noodzakelijk is.³⁷⁵ Men stelde zich ook vragen bij de wijze waarop en de mate waarin het Hof het aan de staten overlaet om rechten in het verdrag in te vullen. Waar er discriminatie heeft plaatsgevonden is dit een ontoereikende werkwijze, minderheden zijn zo extra vatbaar voor onderdrukking door de meerderheid, een groep waar meestal de discriminatie net vanuit voortvloeit.³⁷⁶

Door de invulling van dit recht volledig aan de staten te laten, ondermijnt het Hof volgens rechtsgeleerden de eigen normatieve legitimiteit en rol als beschermer van waarden vervat in het EVRM. Het beschermen van minderheden tegen onderdrukking van de meerderheid maakt hier een essentieel deel van uit.³⁷⁷ Zo

³⁷⁰ *Ibid.*, §101.

³⁷¹ C. POPPELWELL, *The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach*, PluriCourts Research Paper No. 16-10, 2016, 35.

³⁷² Europees Hof voor de rechten van de mens 3 Mei 2007, nr. 1543/06, (*Bączkowski e.a./Polen*).

³⁷³ Europees Hof voor de rechten van de mens 3 Mei 2007, nr. 1543/06, (*Bączkowski e.a./Polen*), §7

³⁷⁴ Europees Hof voor de rechten van de mens 3 Mei 2007, nr. 1543/06, (*Bączkowski e.a./Polen*), §63.

³⁷⁵ L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, *Human Rights Law Review*, Volume 11, Issue 1, 2011, 173.

³⁷⁶ L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, *Human Rights Law Review*, Volume 11, Issue 1, 2011, 177.

M. SHAHID, *The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments concerning Equal Marriage Rights.*, *Erasmus Law Review*, vol. 10, no. 3, 193-194.

³⁷⁷ H. FENWICK, *Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe : driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis?*, *European human rights law review.*, 2016, 251+252+284.

verwezen auteurs ook onder andere naar de speech van J.P. Costa, voormalig president van het Europees Hof, die zelf het belang hiervan benadrukte. Costa verklaarde zelf dat het concept van democratie verder ging dan de mening van de meerderheid, en dat het Europees Hof ter bescherming van minderheden, soms zijn rol zo diende uit te oefenen dat zij tegen deze meerderheid in zouden gaan.³⁷⁸

Het argument dat door al deze rechtsgeleerden wordt aangevoerd, wordt in ruimere literatuur over het Europees Hof het *anti-majoritarian* argument genoemd. De groep die zich bij dit argument aansluit, maakt deel uit van een stroming die zich niet in de toepassing van een consensusredenering kan vinden in de context van zaken rond minderheden, omdat dit het doel van het mensenrechteninstrument zou ondergraven. Indien het doel van het mensenrechtenmechanisme is om een barrière in te bouwen ter bescherming van minderheden tegen de onderdrukking van de meerderheid, is het beroep doen op de mening van de meerderheid omtrent de invulling van de bescherming en rechten van de minderheid compleet tegendraads.³⁷⁹ Deze kritiek wordt ook door getrokken naar het gebruik van de appreciatiemarge in zijn geheel, niet enkel bij het onderdeel van de consensusredenering.³⁸⁰ Men stelt dat beroep doen op mechanismen die gebaseerd zijn op het subsidiariteitsbeginsel, wel een plaats hebben in het oordelen over zaken die de gehele bevolking op een gelijke manier zouden raken, maar dat in de kwesties rond minderheden dit enkel de politiek krachtigere meerderheid helpt in het onderdrukken van de politiek zwakkere minderheden.³⁸¹

Een tegenargument dat wel eens wordt aangebracht is dat naast de normatieve legitimiteit, er ook nog sprake is van de legitimiteit van het Hof naar de staten toe. Indien het Hof geen inspraak zou dulden van staten en volledig zelf de uitdieping van het verdrag en de rechten daarin op zich zou nemen, loopt deze het gevaar om activistisch, politiek en arbitrair genoemd te worden. Dit kan er voor zorgen dat het Hof zijn legitimiteit bij de staten en geloofwaardigheid verliest.³⁸² Dit kan er dan weer toe leiden dat de staten de uitspraken van het Hof niet langer zullen naleven. Vanuit dit standpunt lijkt de consensusredenering de perfecte methode om een evenwicht te vinden in de beide vormen van legitimiteit die het Hof probeert te balanceren. Uitspraken dienen dus ook praktisch en effectief te zijn.³⁸³

³⁷⁸ M. SHAHID, *The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments concerning Equal Marriage Rights.*, Erasmus Law Review, vol. 10, no. 3, 195-196.

J.P. COSTA, *The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights*, Helsinki, 2008, 5.

D. KAGIAROS, *When to use European consensus: Assessing the differential treatment of minority groups by the European Court of Human Rights.*, in P. KAPOTAS & V. TZEVELEKOS (eds), *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*. Cambridge University Press, 2019, 2.

K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press., 2015, 116.

³⁸⁰ E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 843 1999, 847.

³⁸¹ E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 843 1999, 847-850.

³⁸² K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press., 2015, 118.

³⁸³ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press., 2015, 118.

D. KAGIAROS, *When to use European consensus: Assessing the differential treatment of minority groups by the European Court of Human Rights.*, in P. KAPOTAS & V. TZEVELEKOS (eds), *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*. Cambridge University Press, 2019, 4.

Het *anti-majoritarian argument* is volgens deze auteurs enkel logisch indien de mening van de meerderheid de enige factor is die de invulling van de rechten bepaald. Maar de Europese Consensus legt volgens een bepaalde auteur enkel een vermoeden in het voordeel van de mening van de meerderheid vast. Het is niet doorslaggevend, al kan het wel veel gewicht met zich meedragen. De claim dat het Europees Hof via de consensusredenering de wens van de meerderheid doordrukt vindt men vergezocht.³⁸⁴

Toch is het zo dat in de kwestie van het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht, in *Schalk & Kopf* het uiteindelijke oordeel volgens rechtsgeleerden wel volledig afhankelijk was van deze consensusredenering.³⁸⁵

Uiteindelijk illustreert deze zaak volgens auteurs duidelijk het ultieme probleem van het Europees Hof waarin deze geen balans weet te vinden tussen langs de ene kant de legitimiteit als bewaker van de waarden en beschermer van de rechten uit het EVRM en langs de andere kant diens legitimiteit als een geloofwaardig en gezaghebbend Hof naar de staten toe, zodat diens uitspraken nageleefd worden.³⁸⁶ Het Hof probeert deze laatste vorm van legitimiteit te behouden via mechanismen die gebaseerd zijn op het subsidiariteitsbeginsel en die de staten meer inspraak te geven. Maar deze kantelt hierdoor volgens de rechtsgeleerden zo ver naar de andere kant dat hun normatieve legitimiteit hier werd aangetast aangezien zij hun rol als beschermer van minderheden onvoldoende uitoefende.

B. OLIARI & ANDEREN V ITALIË

In 2015 werd de rechtsvraag rond het huwelijk nogmaals aan het Europees Hof voorgelegd. In de zaak *Oliari v Italië* herhaalde het Hof echter diens visie zoals deze werd vastgesteld in *Schalk & Kopf*.³⁸⁷ Zoals ook in Deel I werd uiteengezet, ging het hier over twee koppels van hetzelfde geslacht, vier mannen, die vonden dat er discriminatie had plaatsgevonden op basis van seksuele oriëntatie vanwege het feit dat zij geen toegang hadden tot het huwelijk of enig ander juridisch kader.³⁸⁸ Zij brachten ten eerste een schending van artikel 8 en artikel 14 in samenhang met artikel 14 EVRM aan.³⁸⁹ Alsook ten tweede een schending van artikel 12 en artikel 14 in samenhang van artikel 14 EVRM.³⁹⁰ In dit hoofdstuk wordt logischerwijze gefocust op de rechtsvraag rond het huwelijk.

In deze zaak verwees het Hof opnieuw naar rechtsvergelijkende conclusies, waaruit bleek dat op het moment van deze zaak er elf staten waren binnen de Raad van Europa die het huwelijk tussen personen van hetzelfde

³⁸⁴ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press., 2015, 119.

³⁸⁵ D. KAGIAROS, *When to use European consensus: Assessing the differential treatment of minority groups by the European Court of Human Rights.*, in P. KAPOTAS & V. TZEVELEKOS (eds), *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*. Cambridge University Press, 2019, 2+15. L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, *Human Rights Law Review*, Volume 11, Issue 1, 2011, 177.

C. POPPELWELL, *The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach*, PluriCourts Research Paper No. 16-10, 2016, 30.

³⁸⁶ H. FENWICK, *Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe : driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis?*, *European human rights law review.*, 2016, 287.

³⁸⁷ Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (*Oliari e.a./Italië*).

³⁸⁸ Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (*Oliari e.a./Italië*), §3.

³⁸⁹ *Ibid.*, §99.

³⁹⁰ *Ibid.*, §188.

geslacht hadden ingevoerd.³⁹¹ Het Hof verwees ook naar het Unierecht³⁹² en naar de zaak van het Hoogerechtshof van de Verenigde Staten *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al.* Hierin werd besloten dat koppels van hetzelfde geslacht het fundamentele recht om te huwen mochten uitoefenen in alle staten en dat er geen geldige redenen waren om een huwelijk afgesloten in een andere staat niet te erkennen louter op basis van het feit dat het over een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht ging.³⁹³

Het Hof oordeelde dat in verband met artikel 12 EVRM het volledig uiteengezette standpunt hierover uit *Schalk & Kopf* nog steeds van toepassing was.³⁹⁴ Ondanks het toenemende aantal staten die het huwelijk hadden opengesteld, waren de argumentatie en conclusies uit de zaak van 2010 nog steeds pertinent.³⁹⁵ Het Hof was dan ook van mening dat artikel 12 EVRM geen verplichting voor de staten inhield³⁹⁶ en dat dit ook niet af te leiden viel uit artikel 14 in samenhang met artikel 12 EVRM.³⁹⁷

Omtrent deze beslissing rond artikel 14 in samenhang met artikel 12 EVRM wordt geen verdere uitleg gegeven door het Hof. Dit vonden rechtsgeleerden toch opmerkelijk. Men was van mening dat het Hof hier de bevinding in *Schalk & Kopf*, in verband met artikel 8 in samenhang met artikel 14 EVRM, verwarde met de vraag van de verzoekers in deze zaak. Er is duidelijk een onderscheid tussen verzoekers die een afgeleid recht beargumenteren uit een algemene bepaling zoals artikel 8 EVRM en verzoekers die louter de beoordeling van een specifieke bepaling vragen vanuit het non-discriminatiebeginsel. Dit was voor auteurs een duidelijk voorbeeld dat het Hof niet op een transparante wijze redeneerde in zaken rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht.³⁹⁸

Bovendien kunnen we ook in deze zaak de commentaren van rechtsgeleerden benadrukken zoals gemaakt onder de zaak *Schalk & Kopf* omtrent het niet beoordelen van de zaak onder het non-discriminatiebeginsel van het uitsluiten van koppels van hetzelfde geslacht met betrekking tot toegang tot het huwelijk.

³⁹¹ *Ibid.*, §53

³⁹² *Ibid.*, §62-64

³⁹³ *Ibid.*, §65.

³⁹⁴ *Ibid.*, §191.

³⁹⁵ *Ibid.*, §192.

³⁹⁶ *Ibid.*, §192.

³⁹⁷ *Ibid.*, §193.

³⁹⁸ H. FENWICK, *Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe : driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis?*, *European human rights law review.*, 2016, 260-261.

HOOFDSTUK II: WAT ZIJN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN HET VN-MENSENRECHTENCOMITÉ I.V.M. HET HUWELIJK VOOR MENSEN VAN HETZELFDE GESLACHT?

Het VN-Mensenrechtencomité sprak zich sinds diens oprichting tot op heden slechts éénmaal rechtstreeks uit, in de zaak *Joslin v Nieuw-Zeeland*, over de vraag of staten het huwelijk dienden open te stellen voor mensen van hetzelfde geslacht. Zoals in Deel I werd uiteengezet volgden er in 2017 weliswaar twee zaken tegen de staat Australië, *G v Australië* en *C v Australië*, maar werd er dus gekozen om deze binnen het breder kader van Deel I te behandelen.

A. JOSLIN V NIEUW-ZEELAND

De eerste en enige zaak in verband met het vraagstuk rond het huwelijk, kwam in 2002 met *Joslin v Nieuw-Zeeland* voor het Comité. Juliet Joslin, Jennifer Rowan, Margaret Pearl en Lindsay Zelf waren vier vrouwen van Nieuw-Zeelandse nationaliteit die meenden dat er een schending had plaatsgevonden van het internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten aangezien zij niet konden huwen vanwege hun seksuele oriëntatie.³⁹⁹

Juliet Joslin en Jennifer Rowan bevonden zich sinds 1988 in een vaste relatie waarbij de twee vrouwen gedeelde financiën hadden, samen een huis hadden gekocht en zij samen de kinderen uit hun vorig huwelijk opvoedden. In 1995 hadden zij de intentie om te huwen en namen dan ook de nodige administratieve stappen. De verantwoordelijke administratieve autoriteiten weigerden echter dit huwelijk te voltrekken.⁴⁰⁰ Margaret Pearl en Lindsay Zelf bevonden zich in een gelijkaardige situatie en werden door de autoriteiten geïnformeerd dat deze de toenmalige wetgeving rond het huwelijk interpreteerden als enkel van toepassing zijnde op de verhoudingen tussen man en vrouw en dat de weigering van een huwelijk tussen twee vrouwen dus wettelijk was.⁴⁰¹

De zaak werd vervolgens aan het Comité voorgelegd. De vrouwen in kwestie meenden dat er een schending van artikel 26 (non-discriminatiebeginsel) plaatsvond op basis van sekse en indirect op basis van seksuele oriëntatie.⁴⁰² Op basis van artikel 23, paragraaf 1 in samenhang met artikel 2 was er volgens de verzoeksters ook een schending van het verdrag. Zij gaven aan dat hun relatie alle kenmerken van een gezin vertoonde behalve dan de juridische erkenning ervan. Zij argumenteerden dat juridische erkenning van gezinnen op een niet-discriminatoire wijze diende te gebeuren, en dat de nationale wetgeving hier duidelijk in faalde.⁴⁰³

Er zou ook sprake zijn van een schending van artikel 23, paragraaf 2 in samenhang met artikel 2 aangezien het recht voor mannen en vrouwen om te huwen diende geïnterpreteerd te worden op een niet-discriminatoire wijze. Er was een duidelijk onderscheid op basis van verboden gronden zoals sekse en de daarin inbegrepen grond seksuele oriëntatie.⁴⁰⁴ De gebruikte terminologie *men and women* zou volgens hen verwijzen naar

³⁹⁹ VN-Mensenrechtencomité 17 Juli 2002, nr. 902/1999, (*Joslin/Nieuw-Zeeland*), CCPR/C/75/D/902/1999, §1.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, §2.1.

⁴⁰¹ *Ibid.*, §2.2

⁴⁰² *Ibid.*, §3.1

⁴⁰³ *Ibid.*, §3.7.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, §3.8

mannen en vrouwen als groepen, en dit zou impliceren dat deze groepen kunnen trouwen in elke mogelijke combinatie van deze groepen.⁴⁰⁵

BEOORDELING VAN HET COMITÉ

In deze zaak oordeelde het Comité in eerste instantie dat er alvast geen beoordeling onder het non-discriminatiebeginsel kon plaatsvinden. Het Comité gaf aan dat er een specifieke bepaling rond huwen en rond het toepassingsgebied hiervan bestond, namelijk artikel 23, §2 IVBPR.⁴⁰⁶ Aangezien er een specifieke bepaling in het verdrag was opgenomen omtrent het huwelijk, konden de schendingen enkel onder deze bepaling beoordeeld worden.⁴⁰⁷

In rechtsleer stelt men dat het Comité hier het argument van de staat volgt in het gebruik van het interpretatieprincipe *generalia specialibus non derogant*, dat stelt dat een algemene bepaling geen afbreuk mag doen aan de betekenis van specifiekere bepalingen.⁴⁰⁸ Rechtsgeleerden zijn echter kritisch omtrent het gebruik van dit principe aangezien het Comité hier doorheen hun geschiedenis niet altijd consistent in blijft binnen éénzelfde vraagstuk.

Zo is er het voorbeeld van de zaak *L.T.K. v Finland*⁴⁰⁹ uit 1985. In deze zaak oordeelde het Comité over een klacht in verband met het verbod op gedwongen arbeid dat vervat zit in artikel 8(3) IVBPR. Een uitzondering op dit verbod was de legerdienst waardoor staten hun burgers konden verplichten tot het uitvoeren van deze dienst. Deze zaak uit 1985 had betrekking op een persoon die vanwege zijn gewetensbezwaren via artikel 18 en artikel 19 IVBPR, algemene bepalingen, een uitzondering zocht op deze verplichte legerdienst, dat toegelaten werd onder een specifieke bepaling. De zaak werd toen onontvankelijk verklaard.⁴¹⁰

In 1993 bleek echter al dat de visie van het Comité aan het evolueren was. In Algemene Commentaar nr. 22 gaf het Comité aan dat het geloofde dat er onder artikel 18 IVBPR een recht om te weigeren op basis van gewetensbezwaren zou afgeleid kunnen worden.⁴¹¹ Deze ommekeer was volgens rechtsleer te wijten aan het feit dat het Comité had vastgesteld dat er een toenemend aantal staten waren die mensen met gewetensbezwaren een uitzondering toestonden op de legerdienst.⁴¹²

Deze evolutie werd ook bevestigd door het Comité doordat eerst in 1996 in de zaak *Westermann v Nederland*⁴¹³, een claim betreffende dit vraagstuk, onvankelijk werd verklaard.⁴¹⁴ Alsook later in 2006 in de

⁴⁰⁵ *Ibid.*, §3.8

⁴⁰⁶ *Ibid.*, §8.2.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, §8.2

⁴⁰⁸ S. JOSEPH, *Human Rights Committee: Recent Cases*, Human Rights Law Review 91,3(1), 2003, 101.

⁴⁰⁹ VN-Mensenrechtencomité 9 Juli 1985, nr. 185/1984, (L.T.K./Finland), CCPR/C/25/D/185/1984.

⁴¹⁰ S. JOSEPH, *Human Rights Committee: Recent Cases*, Human Rights Law Review 91,3(1), 2003, 101.

VN-Mensenrechtencomité 9 Juli 1985, nr. 185/1984, (L.T.K./Finland), CCPR/C/25/D/185/1984, §5.2.+7.

⁴¹¹ VN-Mensenrechtencomité 30 Juli 1993, Algemene commentaar Nr. 22: Artikel 18 recht op vrijheid van denken, geweten en godsdienst), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

⁴¹² S. JOSEPH, *Human Rights Committee: Recent Cases*, Human Rights Law Review 91,3(1), 2003, 102.

VN-Mensenrechtencomité 30 Juli 1993, Algemene commentaar Nr. 22: Artikel 18 recht op vrijheid van denken, geweten en godsdienst, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, §11.

⁴¹³ VN-Mensenrechtencomité 16 Oktober 1997, nr. 682/1996, (Westerman/Nederland), CCPR/C/61/D/682/1996.

⁴¹⁴ S. JOSEPH, *Human Rights Committee: Recent Cases*, Human Rights Law Review 91,3(1), 2003, 102.

zaak *Yoon & Choi v Zuid-Korea*⁴¹⁵ werd er onder artikel 18 en 19 IVBPR een afgeleid recht vastgesteld ter uitzondering op legerdienst zoals vervat in artikel 8(3)(c)(ii) IVBPR.⁴¹⁶

Hieruit zou men kunnen afleiden dat het Comité gebruik maakte van een impliciete vorm van een consensus-redenering. Alsook lijkt dit de reden voor de toepassing van het *generalia specialibus non derogant*-principe in de zaak *Joslin*. In 2002 had enkel Nederland het huwelijk opengesteld voor koppels van hetzelfde geslacht.⁴¹⁷ Rechtsgeleerden waren van mening dat er een punt zou komen waarbij het groeiend aantal staten er toe zou leiden dat het Comité een gelijkaardige zaak als *Joslin* anders zou beslechten en dus mogelijks wel onder het non-discriminatiebeginsel, een algemene bepaling, een beoordeling zou uitvoeren.⁴¹⁸ Specifieker nog stelt men dat het Comité mogelijks dit interpretatieprincipe zou kunnen laten vallen en voor een dynamische/evolutieve interpretatie zou opteren net zoals in het vraagstuk rond gewetensbezwaren, indien deze duidelijke en ondubbelzinnige gemeenschappelijke grond of trends zou vaststellen op nationaal en regionaal niveau.⁴¹⁹

Naast het oordeel omtrent welk artikel van toepassing zou zijn op deze zaak. Beoordeelde het Comité ook het argument van de verzoeksters waarin zij stelden dat dit zou verwijzen naar mannen en vrouwen als groepen. Maar het Comité wees erop dat artikel 23, §2 IVBPR specifiek refereerde naar termen zoals *men and women* en dat andere bepalingen uit het verdrag die betrekking hadden op groepen, gebruik maakten van terminologie zoals: *everyone, all persons* of *every human being*. Dat artikel 23 §2 IVBPR geen gebruik maakte van deze algemene termen werd volgens het Comité op consistente en uniforme wijze begrepen als een indicatie dat dit enkel een verplichting voor de staten inhield om het huwelijk te erkennen als iets tussen een man en een vrouw.⁴²⁰ Het Hof vond dus dat dit geïnterpreteerd diende te worden als enkel van toepassing zijnde op de verhoudingen tussen een man en een vrouw.⁴²¹

Hieruit blijkt dat het Comité dus gebruik maakte van een letterlijke/tekstuele interpretatiemethode. Het argument van het Comité dat uit deze interpretatie volgde, botste echter op enige kritiek van rechtsgeleerden. Volgens hen had het Comité gebruik gemaakt van de *travaux préparatoires* van het IVBPR om aan te tonen dat er sprake was van intentionele geslachtsspecifieke terminologie. Hierin stond bijvoorbeeld dat nog specifiekere termen zoals *husband and wife* in artikel 23 IVBPR eerst werden overwogen tijdens het opstellen van het verdrag. Dit zou moeten aangeven dat het specifieke en geslachtsgebonden taalgebruik dus weldegelijk intentioneel was en dat een restrictieve interpretatie gepast was.⁴²²

⁴¹⁵ VN-Mensenrechtencomité 3 November 2006, nr. 1321/2004 & 1322/2004, (*Yoon & Choi/Zuid-Korea*), CCPR/C/88/D/1321-1322/2004.

⁴¹⁶ VN-Mensenrechtencomité 3 November 2006, nr. 1321/2004 & 1322/2004, (*Yoon & Choi/Zuid-Korea*), CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, §8.2-8.3.

⁴¹⁷ S. JOSEPH, *Human Rights Committee: Recent Cases*, *Human Rights Law Review* 91,3(1), 2003, 102.

⁴¹⁸ S. JOSEPH, *Latest Case Law Trends: the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 October 2013, <https://castancentre.com/2013/10/28/latest-case-law-trends-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>

S. JOSEPH, *UN Human Rights Committee: Latest trends under the Optional Protocol*, 9 October 2013, International Service for Human Rights, <http://www.ishr.ch/news/un-human-rights-committee-latest-trends-under-optional-protocol>

⁴¹⁹ A. JAKUSZEWICZ, *Doctrinal interpretation of article 23 (2) of the international covenant on civil and political rights*, 2019, 103.

⁴²⁰ VN-Mensenrechtencomité 17 Juli 2002, nr. 902/1999, (*Joslin/Nieuw-Zeeland*), CCPR/C/75/D/902/1999, §8.2

⁴²¹ *Ibid.*, §8.2

⁴²² P. GERBER, K. TAY & A. SIFRIS, *Marriage: a human right for all?*, *Sydney law review*, 36 (4), 2014, 646.

Dit zou echter volgens auteurs een incorrecte interpretatie zijn van de intentie van de opstellers van het verdrag. Het gebruik van de termen: *husband and wife* zou voortkomen uit een noodzaak van het verankeren van gendergelijkheid binnen het huwelijk, het voorkomen van huwelijken met minderjarigen of waar er geen toestemming was. Men verwees naar deze termen om aan te tonen dat er gelijkheid was tussen man en vrouw, dit in het licht van de grote en onrechtvaardige gevolgen van ongelijkheid die zij gekend hadden.⁴²³

Deze conclusie werd onderbouwd door de commentaren van Frankrijk en Brazilië tijdens de debatten gedurende de het opstellen van het verdrag. Frankrijk benadrukte bijvoorbeeld dat het de intentie was van de staat om in verband met het recht om te huwen, gelijkheid te verzekeren gedurende het moment waarop het contract ondertekend wordt, gedurende het huwelijk en bij het beëindigen ervan.⁴²⁴ Alsook had Brazilië de opmerking gemaakt dat deze het restrictieve gebruik van man en vrouw in de bepaling rond het huwelijk als een fout zag. Deze gaf aan dat het gebruik van de termen *everyone of every person* wenselijker zou zijn. Dit zou aantonen dat de staten tijdens het opstellen van het verdrag geen intentie hadden om via dit specifieke taalgebruik, koppels van hetzelfde geslacht uit te sluiten.⁴²⁵

Hiernaast wezen rechtsgeleerden erop dat de specifieke termen *men and women* ook in artikel 3 IVBPR gebruikt werden en dat dit artikel verwijst naar de verplichting van staten om gelijkheid te waarborgen tussen mannen en vrouwen. De betekenis van het taalgebruik in deze bepaling was volgens deze rechtsgeleerden de juiste invulling ook voor deze termen in artikel 23, §2 IVBPR.

Een andere stroming in de rechtsleer was het niet helemaal eens met deze lijn van denken. In eerste instantie gaat men wel akkoord dat er inderdaad geen sprake was van een intentie tot het gebruiken van geslachtsspecifieke terminologie bij het opstellen van het verdrag. Bovendien werden deze conclusies ook verder versterkt doordat rechtsgeleerden tot dezelfde bevinding waren gekomen omtrent artikel 12 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens en de voorbereidende werkzaamheden van dit verdrag.⁴²⁶

Toch stelde deze stroming dat de andere rechtsgeleerden te voorbarig er van uit gingen dat het Comité gebruik had gemaakt van de voorbereidende werkzaamheden in hun beoordeling. Het klopt dat de staat zelf tijdens deze zaak expliciet hiernaar verwees. Maar niets wees er voor deze auteur op dat ook het Comité dit had gedaan. Volgens deze auteur zou het Comité zelf met de woorden “op consistente en uniforme wijze begrepen”, gewoon de alledaagse betekenis van het woord ‘huwelijk’ kunnen bedoeld hebben in 2002.⁴²⁷ Alsook verwees deze mogelijks naar de praktijk van de staten op dat moment in verband met dit artikel.⁴²⁸

⁴²³ *Ibid.*, 646.

⁴²⁴ *Ibid.*, 647.

⁴²⁵ *Ibid.*, 647.

⁴²⁶ M. LANGFORD, *Revisiting Joslin v. New Zealand: Same-Sex Marriage in Polarised Times*, 2017, in E. BREMS & E. DESMET, *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions*, Edward Elgar, 2017, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-12, 11.

P. JOHNSON, *The choice of wording must be regarded as deliberate”: same-sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights*, *European Law Review.*, 2015, 207.

⁴²⁷ M. LANGFORD, *Revisiting Joslin v. New Zealand: Same-Sex Marriage in Polarised Times*, 2017, in E. BREMS & E. DESMET, *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions*, Edward Elgar, 2017, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-12, 11-12.

⁴²⁸ M. LANGFORD, *Revisiting Joslin v. New Zealand: Same-Sex Marriage in Polarised Times*, 2017, in E. BREMS & E. DESMET, *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions*, Edward Elgar, 2017, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-12, 12.

In beide mogelijke situaties werd het huwelijk gezien als iets exclusief tussen man en vrouw. De visie dat deze woorden zouden verwijzen naar een statenpraktijk brengt andere auteurs opnieuw tot de conclusie dat het Comité een impliciete consensusredenering toepaste in deze zaak en dat indien het aantal staten zou stijgen waarin het huwelijk wordt opengesteld, via een consensusredenering er tot een schending zou geoordeeld kunnen worden.⁴²⁹

Deze zelfde auteur ging ook niet akkoord met het argument in verband met artikel 3 IVBPR en de betekenis van het taalgebruik in deze bepaling. Deze bepaling zou betrekking hebben op “inter-gender” verhoudingen terwijl dit voor artikel 23 IVBPR eerder “intra-gender” verhoudingen was. Artikel 3 IVBPR heeft dus eerder betrekking op de verhouding van mannen tegenover vrouwen, vanuit het standpunt van de historische en systematische ongelijkheid tussen deze genders. Terwijl artikel 23, §2 IVBPR betrekking heeft op de verhouding tussen mannen en vrouwen. Als gevolg hiervan denkt men dat deze bepaling eerder als een voorbeeld kan dienen voor het Comité om te onderbouwen waarom de betekenis in artikel 23 IVBPR net anders geïnterpreteerd dient te worden.⁴³⁰

Voor het Comité zelf was het echter duidelijk dat ten gevolge van de verhouding van een algemene en een specifieke bepaling tegenover elkaar alsook het geslachtsspecifieke taalgebruik in artikel 23, §2 IVBPR, het louter weigeren te voorzien in een huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht geen schending was van artikel 16, 17, 23 of 26 IVBPR.⁴³¹

Los van deze specifieke argumenten kwam er ook kritiek op de beslissing en de redeneerwijzen gebruikt door het Comité in zijn geheel. Zo was de nauwe en restrictieve interpretatie toegepast door het Comité volgens sommige rechtsgeleerden onvoldoende indien men de regels rond de uitlegging van verdragen in het Verdrag van Wenen inzake verdragenrecht erbij zou nemen. Deze auteurs zijn van mening dat een interpretatie ter goede trouw, niet enkel rekening houdt met de gewone betekenis van de woorden, maar ook met de context, het voorwerp en het doel van zowel de bepaling als het verdrag zelf.⁴³² Dit werd in artikel 31 van het Verdrag van Wenen inzake verdragenrecht ook beschreven.⁴³³ Bovendien maakten zij ook een link met artikel 5 (1) IVBPR waarin er wordt gesteld dat staten, groepen of personen niet de rechten van het verdrag mogen invullen op zulke wijze dat deze verder beperkt worden dan zoals vastgelegd door het verdrag zelf.⁴³⁴

Deze auteurs waren van mening dat als gevolg hiervan er een evolutieve interpretatie diende te gebeuren van artikel 23, §2 IVBPR.⁴³⁵ Het Comité zelf had reeds in de zaak *Roger judge v Canada* bevestigd dat het IVBPR

⁴²⁹ N. CROMBIE, *A Harmonious Union: The Relationship between States and the Human Rights Committee on the Same-Sex Marriage Issue*, 51 Colum. J. Transnat'l L. 696, 2013, 710-711.

⁴³⁰ M. LANGFORD, *Revisiting Joslin v. New Zealand: Same-Sex Marriage in Polarised Times*, 2017, in E. BREMS & E. DESMET, *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions*, Edward Elgar, 2017, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-12, 10.

⁴³¹ VN-Mensenrechtencomité 17 Juli 2002, nr. 902/1999, (Joslin/Nieuw-Zeeland), CCPR/C/75/D/902/1999, §8.3

⁴³² P. GERBER, K. TAY & A. SIFRIS, *Marriage: a human right for all?*, Sydney law review, 36 (4), 2014, 649.

⁴³³ Artikel 31 Verdrag van Wenen van 23 Mei 1969 inzake het verdragenrecht.

⁴³⁴ P. GERBER, K. TAY & A. SIFRIS, *Marriage: a human right for all?*, Sydney law review, 36 (4), 2014, 649-650.

⁴³⁵ P. GERBER, K. TAY & A. SIFRIS, *Marriage: a human right for all?*, Sydney law review, 36 (4), 2014, 648.

als een levend instrument diende gezien te worden, waarbij de rechten die hierin vervat zitten dienden gezien te worden in het licht van de huidige omstandigheden.⁴³⁶ Een evolutieve interpretatie werd ook ondersteund volgens deze rechtsgeleerden door het Internationaal Hof van Justitie.⁴³⁷ Het Hof beaamde hierin dat in sommige situaties er afgeweken kon worden van de ‘gewone betekenis van termen’ en dat men er van kon uitgaan dat het doel van de statelijke partijen net was geweest om de gebruikte terminologie een betekenis te geven die kan evolueren.⁴³⁸ Omtrent welke situaties dit nu net zijn, oordeelde het Hof dat waar de partijen algemene of vage termen gebruikt hadden, zij moeten geweten hebben dat deze zouden evolueren. Daarom moest er als algemene regel van uitgegaan worden dat de partijen de intentie hadden om deze termen een evoluerende betekenis te geven.⁴³⁹

Er zijn echter ook auteurs die vinden dat de toegepaste interpretatiemethoden van het VN-Mensenrechtencomité in de zaak *Joslin* wel in lijn is met artikel 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake verdragenrecht. Volgens hen maakte het Comité gebruik van de eerste en ook de primaire interpretatiemethode vervat in artikel 31, §1 van Verdrag van Wenen inzake verdragenrecht.⁴⁴⁰ Bovendien werd het gebruik van een letterlijke/tekstuele interpretatie volgens hen ook bevestigd in een zaak voor het Internationaal Hof van Justitie.⁴⁴¹ Het Hof stelde dat het de plicht is van een rechtsinstelling om de bepalingen in een verdrag zo te interpreteren dat zij de gewone en natuurlijke betekenis dragen in hun context. Indien de gewone betekenis gegeven aan termen past in de context, dan betekend dit het einde van de interpretatie.⁴⁴² Bovendien zou het Comité zelf consistent gebruik gemaakt hebben van deze interpretatiemethode aangezien deze reeds in 1982 in de zaak *J.B. et al. v. Canada*⁴⁴³ benadrukte dat deze bij het interpreteren gebruik maakt van artikel 31 Verdrag van Wenen inzake verdragenrecht en pas indien noodzakelijk naar de supplementaire

O. ROOS & A. MACKAY, *The Evolutionary Interpretation of Treaties and the Right to Marry: Why Article 23(2) of the ICCPR Should Be Re-Interpreted to Encompass Same-Sex Marriage*, 2017, 49(4), *George Washington International Law Review*, 890.

⁴³⁶ P. GERBER, K. TAY & A. SIFRIS, *Marriage: a human right for all?*, *Sydney law review*, 36 (4), 2014, 648.

VN-Mensenrechtencomité 5 Augustus 2002, nr. 829/1998, (Roger Judge/Canada), CCPR/C/78/D/829/1998, §10.3.

⁴³⁷ Internationaal Hof van Justitie 13 Juli 2009, Geschil in verband met Navigatie en gerelateerde rechten, (Costa Rica/Nicaragua), <https://www.icj-cij.org/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁴³⁸ O. ROOS & A. MACKAY, *The Evolutionary Interpretation of Treaties and the Right to Marry: Why Article 23(2) of the ICCPR Should Be Re-Interpreted to Encompass Same-Sex Marriage*, 2017, 49(4), *George Washington International Law Review*, 890.

Internationaal Hof van Justitie 13 Juli 2009, Geschil in verband met Navigatie en gerelateerde rechten, (Costa Rica/Nicaragua), §63-64, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁴³⁹ Internationaal Hof van Justitie 13 Juli 2009, Geschil in verband met Navigatie en gerelateerde rechten, (Costa Rica/Nicaragua), §66, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁴⁴⁰ D. GALLO, L. PALDINI., & P. PUSTORINO, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*. 1st ed., 2014, 545.

A. JAKUSZEWICZ, *Doctrinal interpretation of article 23 (2) of the international covenant on civil and political rights*, 2019, 98.

⁴⁴¹ Internationaal Hof van Justitie, 3 Maart 1950, *Adviesopinie omtrent de bevoegdheid van de Algemene Vergadering in het beoordelen van de toelating van een staat tot de Verenigde Naties*, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/9/009-19500303-ADV-01-00-EN.pdf>

⁴⁴² Internationaal Hof van Justitie, 3 Maart 1950, *Adviesopinie omtrent de bevoegdheid van de Algemene Vergadering in het beoordelen van de toelating van een staat tot de Verenigde Naties*, 8., <https://www.icj-cij.org/files/case-related/9/009-19500303-ADV-01-00-EN.pdf>

⁴⁴³ VN-Mensenrechtencomité 18 Juli 1986, nr. 118/1982, (J.B./Canada), CCPR/C/40/41/D/118/1982.

technieken greep uit artikel 32 Verdrag van Wenen.⁴⁴⁴ In deze zaak bekeek het Comité de bepaling in zijn gewone betekenis en was de context van deze bepaling de geschiedenis van het opstellen ervan.⁴⁴⁵

De auteurs zijn van mening dat het Comité artikel 23, §2 IVBPR in het licht van de gewone betekenis van de terminologie alsook de context heeft geïnterpreteerd. Voor deze auteurs was de context die van toen het verdrag tot stand is gekomen en was deze context een reflectie van de intentie van de opstellers van het verdrag. De opstellers van het IVBPR bekeken het huwelijk als een heteroseksueel instituut en hadden dus niet de intentie ten tijde om andere verhoudingen hieronder te laten vallen.⁴⁴⁶

B. WAT NA JOSLIN V NIEUW-ZEELAND?

Na deze zaak kwam er tot op heden geen nieuwe rechtstreekse vraag of het openstellen van het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht een positieve verplichting vormde. Wel volgden er in 2017 twee beslissingen die eerder besproken werden onder Deel I, namelijk *G v Australië* en *C v Australië*. Beiden zaken hielden toch enigszins verband met de vraag uit *Joslin* aangezien de argumenten van de staat in de zaken van 2017 steeds steunden op de continuïteit van de regelgeving rond het huwelijk. Deze continuïteit steunde erop dat het huwelijk enkel openstond voor mensen van verschillend geslacht. Het feit dat deze argumentatie van de staat niet aanvaard werd en er ten eerste steeds een beoordeling plaats vond onder het non-discriminatiebeginsel en in beide zaken een schending van het IVBPR werd gevonden op basis van discriminatie, doet rechtsgeleerden wel eens denken dat het Comité eigenlijk de facto zijn eigen redenering uit *Joslin* heeft ondermijnd en zijn visie misschien veranderd heeft.⁴⁴⁷

Hoewel de zaken enige indicaties geven over hoe het Comité mogelijk zou beslissen of tenminste hoe het zou redeneren bij een nieuwe gelijkaardige rechtsvraag, ging het in deze 2 zaken tegen Australië toch over te specifieke situaties. Er kan niet gesteld worden dat het Comité op enige wijze de verplichting heeft ingevoerd voor staten om twee mensen van hetzelfde geslacht de optie te geven om te huwen. Zolang de rechtstreekse vraag omtrent een positieve verplichting tot het openstellen van het huwelijk niet opnieuw wordt gesteld, blijft de doctrine van *Joslin* overeind.

⁴⁴⁴ D. GALLO, L. PALDINI., & P. PUSTORINO, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*. 1st ed., 2014, 545.

⁴⁴⁵ VN-Mensenrechtencomité 18 Juli 1986, nr. 118/1982, (J.B./Canada), CCPR/C/40/41/D/118/1982, §6.3.

⁴⁴⁶ D. GALLO, L. PALDINI., & P. PUSTORINO, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*. 1st ed., 2014, 545.

⁴⁴⁷ O. ROOS & A. MACKAY, *A Shift in the United Nations Human Rights Committee's Jurisprudence on Marriage Equality? An Analysis of Two Recent Communications from Australia*, 42(2) *University of New South Wales Law Journal*, 2019.

HOOFDSTUK III: WAT ZIJN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN HET INTER-AMERIKAANS HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS I.V.M. HET HUWELIJK VOOR MENSEN VAN HETZELFDE GESLACHT?

Het Inter-Amerikaans Hof zette diens visie en redeneerwijzen omtrent het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht tot nu toe éénmalig uiteen in de *Advisory Opinion* van 2017. Zoals binnen het breder kader in Deel I reeds werd besproken gebeurde dit niet via de gebruikelijke route van rechtspraak maar werd er een vraag tot interpretatie door Costa Rica aan het Hof voorgelegd.

Aangezien de vragen rond genderidentiteit uiteengezet zijn in Deel I van deze masterproef, zal deze analyse enkel focussen op het antwoord van het Hof rond de rechtsvraag: Dient de staat (alle) patrimoniale rechten te erkennen die voortvloeien uit een relatie tussen twee mensen van hetzelfde geslacht? Alsook moet de staat een vorm van juridisch kader aanbieden die deze rechten voor koppels van hetzelfde geslacht erkent en regelt?⁴⁴⁸

A. ADVISORY OPINION COSTA RICA

BEOORDELING VAN HET HOF I.V.M. HET TOEPASSINGSGBIED

Het Inter-Amerikaans Hof ging stapsgewijs tewerk in dit advies, zo onderzochten zij allereerst het toepassingsgebied van de artikelen. Costa Rica had in hun verzoek niet specifiek aangegeven op welk soort relatie tussen twee mensen van hetzelfde geslacht hun vraag nu net betrekking had. Het Hof noteerde dat de staat verwees naar artikel 11 (2) dat de arbitraire inmenging in het privéleven van individuen behandelt. Het Hof gaf aan dat deze de vraag van Costa Rica zo begreep dat het verwees naar relaties tussen twee mensen van hetzelfde geslacht in de zin van de zaak *Duque*. Het Hof gaf aan dat deze emotionele banden vaak ook gedekt worden door de bescherming van het gezin of het gezinsleven.⁴⁴⁹

Het Hof vond volgend op deze bevinding het pertinent om de vraag rond patrimoniale rechten te beoordelen onder het recht op de bescherming van het gezin of het gezinsleven tegen arbitraire inmenging. Deze bepaling omvat geen strikte of exhaustieve omschrijving omtrent welke relaties hier onder vallen. Daarom besloot het Hof om, ten gunste van een volledige en correcte argumentatie, deze eerst en vooral zou na gaan of de relatie tussen twee mensen van het zelfde geslacht kon gezien worden als een “gezin” zoals in artikel 17 (1) AVMR werd bedoeld.⁴⁵⁰

Opmerkelijk was dat het Hof alvorens deze die beoordeling begon, eerst expliciet uiteen zette welke interpretatiemethoden deze zou gebruiken. Hieronder vielen de algemene regels rond interpretatie van internationale verdragen (Verdrag van Wenen inzake verdragenrecht) alsook de specifieke regels vastgelegd in hoofdstuk 5 van het AVMR. Het Hof zou hierdoor de volgende zaken bekijken: de standaardbetekenis van woorden (letterlijke, tekstuele interpretatie), de context (systematische interpretatie), het voorwerp en doel (teleologische interpretatie) en ten laatste ook de evolutieve interpretatie. In lijn met artikel 32 van het verdrag

⁴⁴⁸ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §3.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, §173.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, §174-175.

van Wenen inzake verdragenrecht zou er ook gebruik gemaakt worden van supplementaire vormen van interpretatie, namelijk het gebruik van de documenten van voorbereidende werkzaamheden.⁴⁵¹

HET 'GEZIN' EN 'GEZINSLEVEN' NAAR HET AMERIKAANS VERDRAG VOOR DE MENSENRECHTEN

In verband met het “gezin” vond het Hof dat het noodzakelijk was om te onderstrepen welk belang dit concept had als sociaal instituut. Het vormen van een gezin zou voort vloeien uit de basisbehoeften en verlangens van de mens. Het Hof vond het vanzelfsprekend dat het gezin werd gezien als iets dat verbondenheid creëert binnen gehele gemeenschappen, samenlevingen en volkeren. Bijkomend hieraan noteerde het Hof dat het bestaan van het concept gezin veranderd en geëvolueerd was door de tijd heen. Het Hof bracht ter staving van deze bewering aan dat enkele decennia geleden een onderscheid in het recht kon gemaakt worden tussen kinderen geboren binnen het huwelijk en kinderen geboren buiten het huwelijk. De soort stereotypingen die zulke onderscheiden veroorzaakten werden ook door de tijd heen verlaten, ook al waren deze specifieke neerbuigende stereotypen zeker wel aanwezig toen het verdrag werd opgemaakt.⁴⁵²

Het Hof was van mening dat vandaag gezinnen vele vormen kunnen aannemen en dat dit ook niet beperkt is tot diegene die zich binnen het juridisch kader van het huwelijk bevinden. Op basis hiervan was het Hof dus van mening dat het concept “gezin” niet restrictief kon geïnterpreteerd worden als een gehuwd koppel met hun kinderen. Andere vormen van relaties alsook andere familieleden zoals nonkels en tantes konden ook in bepaalde situaties onder het concept gezin uit het verdrag vallen.⁴⁵³ Er was volgens het Hof bijvoorbeeld geen twijfel dat een alleenstaande ouder en hun kind, net als grootouders die de rol van ouders op zich namen, een gezin vormde in de zin van het verdrag. Een gezin kan bijvoorbeeld ook gevormd worden als gevolg van een adoptieprocedure, ook al kennen de betrokkenen elkaar niet/nog niet. Het Hof gaf ten laatste dan aan dat een gezin ook kon bestaan uit mensen met andere genderidentiteiten en seksuele oriëntaties. Het verdrag beschermde niet slechts één, gelimiteerd en specifiek model van een gezin.⁴⁵⁴

Dit werd door rechtsgeleerden, zeker deze specifiek uit Centraal en Latijns-Amerika zelf, met open armen onthaald. De wijze waarop gezinnen gevormd worden en leven in dit deel van het continent, gaat duidelijk verder dan het klassieke beeld van man, vrouw en kind(eren). Maar dit werd vaak amper gereflecteerd in enige juridische erkenning of kaders. Het zien erkend worden door het Inter-Amerikaans Hof van meerdere vormen van gezinnen, vindt men in rechtsleer een nodige reflectie van de sociale realiteit.⁴⁵⁵

Het Hof ging verder in diens argumentatie door ook een blik te werpen op hoe het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het concept van het “gezin” invulde. Het Europees Hof had enkele factoren uiteen gezet om te identificeren of een bepaalde vorm van relatie onder gezin/gezinsleven in de zin van het EVRM viel. Factoren waren bijvoorbeeld: het samenleven, de duur van de relatie en of de betrokkenen hun engagement naar elkaar toe hebben getoond. Naast het Europees Hof verwees het Inter-Amerikaans Hof ook

⁴⁵¹ *Ibid.*, §175.

⁴⁵² *Ibid.*, §177.

⁴⁵³ *Ibid.*, §178.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, §179.

⁴⁵⁵ M. SAEZ, *In the Right Direction: Family Diversity in the Inter-American System of Human Rights*, 2019, North Carolina Journal of International Law, Vol. XLIV, 2019; American University, WCL Research Paper No. 2019, 346.

naar het Mensenrechtensysteem van de Verenigde Naties. Binnen dit systeem werd er geponeerd dat het concept gezin van staat tot staat en zelfs van regio tot regio binnen een staat kan verschillen, en dat het op basis hiervan niet mogelijk is om een bepaalde standaard of definitie hierrond te creëren.⁴⁵⁶

Het Hof kwam op basis van dit alles tot de conclusie dat via een tekstuele en systematische interpretatie men niet tot een bevredigend antwoord kon komen. Ondanks het feit dat de paragrafen 2, 3, 4 en 5 van artikel 17 naar een specifiek model, namelijk het huwelijk verwijzen, blijft artikel 17 paragraaf 1 bescherming bieden die niet gelimiteerd is.⁴⁵⁷

Een volgende stap was dan om de bepalingen te interpreteren op basis van een blik op het gehele rechtssysteem. Het Hof bedoelde hiermee dat het een blik zou werpen op het gehele Inter-Amerikaanse mensenrechtensysteem.⁴⁵⁸ Specifieker ging deze ook op zoek naar andere documenten in het mensenrechtensysteem waar gelijkaardige bepalingen in voorkwamen of waar het over dezelfde materie, het gezinsleven ging. Het verwees hierbij naar artikel 5 en 6 van de Amerikaanse verklaring inzake de Rechten en Plichten van de mens, artikel 15 van het protocol in verband met economische, sociale en culturele rechten bij het AVMR (protocol San Salvador) en tenslotte ook artikel XVII van de Amerikaanse verklaring inzake rechten van inheemse volkeren.⁴⁵⁹ Het Hof besloot dat geen van deze teksten een definitie van ‘gezin’ bevatten noch enige indicaties hieromtrent. Meer nog deze bepalingen waren over het algemeen nog ruimer dan het AVMR. Hierin werd verwezen naar *everyone* of *every person* en niet naar geslacht, gender of seksuele oriëntatie.⁴⁶⁰

Uit de voorbereidende werkzaamheden concludeerde het Hof dat er geen discussie diende te zijn over de vraag of koppels van hetzelfde geslacht oorspronkelijk onder de notie van het gezin vielen. Dit was niet het geval. Dit volgt van nature uit de periode waarin dit verdrag is aangenomen. Hetzelfde argument zou zoals reeds vermeld echter over andere familiale modellen ook naar voren gebracht kunnen worden.⁴⁶¹ Modellen die ook initieel niet als “gezin” werden gezien maar na sociale evoluties ook als deel hiervan werden beschouwd.

Het Hof gaf dan ook aan dat deze het verdrag als een levend instrument beschouwd, dat met zijn tijd en maatschappij mee evolueert. Hiernaast is het voorwerp en het doel van het verdrag om bescherming te bieden aan mensen. Een evolutieve interpretatie is dan ook in lijn met het voorwerp en doel van het verdrag. Alsook is deze in overeenstemming met de algemene interpretatieregels in artikel 29 van het verdrag zelf en artikel 31 en 32 van het verdrag van Wenen inzake verdragenrecht.⁴⁶²

Om de gegrondheid van deze evolutieve interpretatie aan te tonen duidde het Hof ook op een zaak voor het Internationaal Hof van Justitie. In deze zaak werd beoordeeld dat in sommige internationale verdragen, het doel van de statelijke partijen net was geweest om de gebruikte terminologie een betekenis te geven die kan

⁴⁵⁶ *Ibid.*, §180.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, §181-182.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, §183.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, §184.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, §185.

⁴⁶¹ *Ibid.*, §186.

⁴⁶² *Ibid.*, §187.

evolueren. Dit zodat er ook een mogelijkheid van evolutie in het internationaal recht zou zijn. Om dit doel in ere te houden diende er volgens het Internationaal Hof een evolutieve interpretatie gemaakt te worden. De staten die algemene terminologie gebruiken moesten volgens dit Hof geweten hebben dat termen evolueren. Als algemene regel stelt het Hof dat er moet van uitgegaan worden dat de staten de intentie hadden om deze termen een evoluerende betekenis te geven.⁴⁶³

Volgend hierop stelde het Inter-Amerikaans Hof dat het uitsluiten van de emotionele banden van koppels van hetzelfde geslacht uit het concept gezinsleven, in strijd zou zijn met het doel en het voorwerp het AVMR. Het doel en het voorwerp van het verdrag was volgens het Hof “de bescherming van de basisrechten van de mens” zonder onderscheid.⁴⁶⁴ De emotionele banden beschermd door het verdrag konden niet gekwantificeerd noch gecodificeerd worden. Hierdoor had het Hof vrij vroeg in diens rechtspraak het concept gezin ruim en flexibel geïnterpreteerd.⁴⁶⁵ Het Hof vond geen reden waarom de emotionele banden tussen een koppel van hetzelfde geslacht hiervan uitgesloten diende te worden. Het Hof benadrukte dat het niet diens rol is om een bepaalde voorkeur of een onderscheid tussen types gezinnen te maken.⁴⁶⁶

Op basis hiervan was oordeelde het Hof dat het artificieel zou zijn om te stellen dat een koppel van hetzelfde geslacht geen gezin zou kunnen vormen of een gezinsleven zou kunnen hebben.⁴⁶⁷

WELKE BESCHERMING GENIETEN KOPPELS VAN HETZELFDE GESLACHT?

In verband met de vraag welke rechten koppels van hetzelfde geslacht nu zouden genieten, was het Hof van mening dat de bescherming bestond uit twee aspecten. De bescherming van het gezinsleven vond onder andere uiting via artikel 1 AVMR. Dit artikel kende een algemene verplichting tot het respecteren en waarborgen van al de rechten van alle bepalingen in het Amerikaans verdrag zonder enig onderscheid.⁴⁶⁸ Het tweede aspect had betrekking op artikel 24 AVMR. Deze bepaling draait om gelijkheid onder het recht en had betrekking op alle nationale wetgeving en de uitvoering hiervan.⁴⁶⁹

Hiernaast vermeldde het Hof de “Yogyakarta principes”, een *soft law* instrument, dat stelt dat binnen het internationale mensenrechtendomein, iedereen recht heeft op sociale zekerheid en andere sociale bescherming zonder enige discriminatie op basis van seksuele oriëntatie of genderidentiteit. Als gevolg hiervan dienden staten dan ook alle noodzakelijke wettelijke, administratieve en andere maatregelen nemen om deze gelijkheid te verzekeren.⁴⁷⁰

Het verwijzen naar dit instrument vormt voor rechtsgeleerden een eerste echte punt van kritiek. Rechtsgeleerden vinden dat het Hof, door dit instrument te vermelden, teveel gewicht zou geven aan niet-bindende mensenrechtenstandaarden. Op zich is het verwijzen naar deze bronnen mogelijks wel in lijn met artikel 31 (3) van het Verdrag van Wenen inzake verdragenrecht, dat toelaat dat men naar andere relevante

⁴⁶³ *Ibid.*, §188.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, §189.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, §190.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, §191.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, §192.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, §193.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, §195.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, §196.

internationale standaarden kijkt als hulp bij het interpreteren. De focus van het probleem is echter de wijze waarop het Hof hiervan gebruik maakt. Men stelt zich vragen bij deze methode.⁴⁷¹ Het verwijzen naar *soft law*, dat door experts werd opgesteld maar geenszins een verdrag of een andere bron vormt van bindend recht, geeft auteurs het idee dat het Hof hier zeer selectief sommige bindende bronnen omzeilt door naar *soft-law* te verwijzen die wel gelijk lopen met hun standpunt.⁴⁷² Aan de basis van deze kritiek ligt de mening dat het Hof in het algemeen vaak heel selectief interpretatiemethoden vermeldt en toepast die hun reeds gekozen standpunt ondersteunen.⁴⁷³ Hier wordt verderop dieper op ingegaan.

Op basis van de bepalingen in het AVMR en het *soft-law* instrument concludeerde het Hof dat koppels van hetzelfde geslacht meer en meer ook andere rechten, voordelen en bescherming genoten. Bijvoorbeeld in verband met belastingen, erfrecht, eigendomsrechten, bewijsrecht tussen partners, autoriteit om medische beslissingen te nemen, rechten en voordelen voor de langstlevende partner, geboorte en overlijdensaktes, ziekteverzekeringen en hoederecht over kinderen. Al deze zaken zouden volgens het Hof door alle staten dienen voorzien te worden zonder discriminatie.⁴⁷⁴

Hieruit vloeide de mening voort dat het toepassingsgebied van de bescherming van het gezinsleven van koppels van hetzelfde geslacht verder ging dan louter patrimoniale rechten. De erkenning van deze vorm van relatie als gezinsleven leidde ertoe dat zij ook andere rechten zoals burgerlijk, politieke, economische en sociale rechten genoten. Het toepassingsgebied diende hetzelfde te zijn onder nationale wetgeving als dat het geval is voor koppels van verschillend geslacht, over de gehele lijn.⁴⁷⁵

Het feit dat het Hof verder ging dan een loutere beoordeling van de vraag gesteld door Costa Rica, namelijk de draagwijdte van patrimoniale rechtsbescherming, is volgens rechtsgeleerden een duidelijk voorbeeld van het Hof die *ultra vires* optrad en dus zijn bevoegdheid te buiten ging.⁴⁷⁶ Dat dit een impact heeft op de legitimiteit van het Hof naar de staten toe blijkt uit het feit dat in Costa Rica volgend op deze uitspraak een presidentskandidaat massa's aan stemmen kon verwerven op basis van een programma dat louter gestoeld was op een anti-Inter-Amerikaans Hof sentiment.⁴⁷⁷

⁴⁷¹ M. DE PAUW, *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, in Y. HAECK, O. RUIZ-CHIRIBOGA & C. B. HERRERA (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, 2015, 13.

⁴⁷² N. SANTARELLI, *Gender Identity, and Equality and Non-discrimination of Same Sex Couples.*, *American Journal of International Law*, 112(3), 2018, 484.

M. DE PAUW, *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, in Y. HAECK, O. RUIZ-CHIRIBOGA & C. B. HERRERA (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, 2015, 13.

⁴⁷³ L. LIXINSKI, *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights.*, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 3, 2017, 68.

⁴⁷⁴ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §196.

⁴⁷⁵ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §197.

⁴⁷⁶ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, *North Carolina Journal of International Law* 353, 44, 2019, 381.

⁴⁷⁷ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, *North Carolina Journal of International Law* 353, 44, 2019, 383.

J. CONTESSE, *Resisting the Inter-American Human Rights System*, 44 *YALE J. INT'L L.*, 180.

The Economist, *Latin America's Human-Rights Court Moves into Touchy Territory*, <https://www.economist.com/the-americas/2018/02/01/latin-americas-human-rights-courtmoves-into-touchy-territory>, 2018.

WELK MECHANISME IS GEPAST OM DEZE RECHTEN TE WAARBORGEN?

Om een volwaardig antwoord te geven op de laatste vraag van de staat Costa Rica, vond het Hof het pertinent om te gaan kijken naar relevante internationale standaarden inzake mechanismen waarmee deze rechten gewaarborgd worden.⁴⁷⁸

Een eerste blik werd geworpen op het Mensenrechtensysteem van de Verenigde Naties. Specifieker benadrukte het VN-Mensenrechtencomité dat staten ervoor moeten zorgen dat hun wetgeving niet discriminatoir is in verband met niet-traditionele vormen van relaties. Het Inter-Amerikaans Hof verwees ook naar de zaak *Young* voor hetzelfde Comité, waarin bepaald werd dat een verschil in behandeling omtrent sociale zekerheidsvoordelen voor partners van hetzelfde geslacht, discriminatie op basis van seksuele oriëntatie vormde.⁴⁷⁹ Hiernaast verwees het Hof ook naar het VN-Comité voor economische, sociale en culturele rechten en het VN-Comité inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.

Beiden Comités hebben staten opgeroepen om verregaande juridische erkenning van koppels van hetzelfde geslacht te faciliteren.⁴⁸⁰ Het Inter-Amerikaans Hof verwees ook naar het Hoog-Commissariaat voor de mensenrechten dat had vastgelegd dat in 34 staten het huwelijk of het geregistreerd partnerschap was opengesteld voor koppels van hetzelfde geslacht, waarin dezelfde voordelen en rechten als die uit het huwelijk worden aangeboden.⁴⁸¹

Uiteindelijk greep het Hof ook naar rechtspraak van het Europese Hof. In *Karner v Oostenrijk* erkende het Europese Hof dat een langstlevende samenwonende partner van hetzelfde geslacht het recht had om niet uitgezet te worden uit de gemeenschappelijke verblijfplaats. Het Europese Hof had ook erkend dat een onderscheid maken op basis van seksuele oriëntatie om een onverzekerde partner geen toegang te geven tot een ziekteverzekering ontoelaatbaar was.⁴⁸² Pertinenter omtrent mechanismen was er ook de zaak *Vallianatos v Griekenland*. Hierin besloot het Europese Hof dat het geregistreerd partnerschap enkel openstellen voor heteroseksuele koppels een schending was van artikel 8 en 14 EVRM. Dit bevestigde het Europese Hof nogmaals in *Oliari v Italië*.⁴⁸³

Zoals hierboven reeds kort werd aangehaald, bestaat er een stroming aan rechtsgeleerden die het verwijzen naar andere mensenrechtenstandaarden veel te subjectief vinden. Vooral het feit dat het Hof eigenlijk geen duidelijkheid verschaft over hoe deze standaarden nu in rekening worden genomen en welk belang zij hieraan hechten in hun beslissing wekt kritiek op. Deze werkwijze van het Hof creëert volgens hen een klimaat van rechtsonzekerheid en komt de legitimiteit van het Hof niet ten goede. Indien het Hof zou motiveren waarom men specifiek naar bepaalde standaarden verwijst en welk gewicht deze hieraan toekent, zou deze het probleem van rechtsonzekerheid alvast kunnen verminderen. Het Hof zou zo de specifieke kritieken dat ze

⁴⁷⁸ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §200.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, §203.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, §203.

⁴⁸¹ *Ibid.*, §203.

⁴⁸² *Ibid.*, §204.

⁴⁸³ *Ibid.*, §205.

hun argumentatie overnemen van andere stelsels en dus geen eigen argumentatie ontwikkelen alsook dat ze aan *cherry-picking* doen, kunnen counteren. Het zou ook hun argumenten kracht bij kunnen zetten.⁴⁸⁴

Het Hof verwees echter niet enkel naar andere mensenrechtenstandaarden maar ook naar het heersend nationaal recht in Centraal en Latijns-Amerikaanse landen. Deze vond het noodzakelijk om te kijken welke mechanismen reeds in deze landen werden voorzien.

In dit segment vermeldde het Hof onder andere dat in Mexico City de wettelijke samenwoning wordt erkend voor koppels van hetzelfde geslacht sinds 2006 en het huwelijk werd opengesteld in 2009. Ook federaal gezien werd door het Hooggerechtshof van Mexico bepaald dat het discriminatoir was om het huwelijk te zien als iets dat enkel dient ter voortplanting en enkel tussen mannen en vrouwen.⁴⁸⁵ In Uruguay staat sinds 2007 het geregistreerd partnerschap ook voor koppels van hetzelfde geslacht open, en in 2013 werd het huwelijk opengesteld.⁴⁸⁶ In Argentinië werd het huwelijk in 2010 opengesteld.⁴⁸⁷ In Brazilië werd alvast door het Hooggerechtshof beslist dat dezelfde rechten voor koppels van hetzelfde geslacht als aan heteroseksuele koppels dienden voorzien te worden. Bijkomend gaf ditzelfde Hooggerechtshof later ook aan dat op basis van het non-discriminatiebeginsel het huwelijk of het geregistreerd partnerschap niet geweigerd kon worden aan koppels van hetzelfde geslacht.⁴⁸⁸ In Chili is sinds 2015 het geregistreerd partnerschap opengesteld voor koppels van hetzelfde geslacht en voorziet dit kader in zowel patrimoniale als niet-patrimoniale rechten.⁴⁸⁹ Hetzelfde geldt in Ecuador waar in 2014 *de facto* relaties juridisch werden erkend.⁴⁹⁰ Tenslotte konden koppels in Colombia na een uitspraak van het Hooggerechtshof hun relatie voor een rechter of notaris contractueel laten vaststellen. Sinds 2016 werd door het Hooggerechtshof ook het huwelijk doorgetrokken voor koppels van hetzelfde geslacht.⁴⁹¹

Het Hof verwees uiteindelijk ook naar twee Noord-Amerikaanse landen, Canada en de Verenigde Staten. In Canada werd het huwelijk reeds in 2005 opengesteld en in de Verenigde Staten werd het recht voor koppels van hetzelfde geslacht om te huwen in 2015 door het Hooggerechtshof vastgelegd.⁴⁹²

KEUZE TUSSEN MECHANISMEN, OF LOSSE RECHTEN?

In al deze voorbeelden van hierboven werden dus bepaalde mechanismen of kaders door staten ingevoerd. Maar er waren ook sommige staten die via andere wegen louter de rechten op zich hadden uitgebreid in hun toepassingsgebied, zonder dat hier een heel mechanisme rond werd ingevoerd. De staat Costa Rica was daar één van. Deze had geen specifiek juridisch kader gecreëerd maar had via administratieve weg wel sociale

⁴⁸⁴ M. DE PAUW, *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, in Y. HAECK, O. RUIZ-CHIRIBOGA & C. B. HERRERA (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, 2015, 14.

⁴⁸⁵ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §206.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, §207.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, §208.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, §209.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, §210.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, §211.

⁴⁹¹ *Ibid.*, §212.

⁴⁹² *Ibid.*, §213.

rechten uitgebreid.⁴⁹³ Hiernaast werd bijvoorbeeld in Colombia via een reeks uitspraken van het Hooggerechtshof een aantal rechten toegekend.⁴⁹⁴ Het was dus volgens het Hof duidelijk dat staten op verschillende wijzen getracht hebben aan hun positieve verplichting te voldoen.⁴⁹⁵

Het Hof oordeelde echter dat het uitbreiden van bestaande juridische kaders de meest efficiëntste wijze was.⁴⁹⁶ Voor rechtsgeleerden zou het echter logischer geweest zijn indien het Hof hier had besloten om de keuze open te laten voor de staten. Dit zou de legitimiteit van het Hof naar de staten en andere rechtstelsels toe ten goede komen.⁴⁹⁷

Omtrent het voorzien van deze bescherming in een bestaand juridisch kader verwierp het Hof zelf het argument dat er een gebrek aan consensus rond de rechten van seksuele minderheden zou zijn. Dit kon niet als een geldig argument gezien worden ter rechtvaardiging van het beperken of zelfs verwerpen van mensenrechten of zelfs het reproduceren en bestendigen van historische en systematische discriminatie.⁴⁹⁸ Het Hof maakte dus geen gebruik van de consensusmethode zoals deze bijvoorbeeld wordt toegepast door het Europees Hof.

Hierboven zien we echter wel dat het Hof verwijst naar nationale wetgeving van staten en dus enigszins impliciet een consensus aanduidt. Dit is een werkwijze die het Hof wel vaker toepast. Rechtsgeleerden wijzen er hier dan ook nogmaals op dat het Hof wel op consensus lijkt te leunen indien het een progressieve, evolutieve interpretatie van mensenrechten ondersteunt. Deze selectieve praktijk legt nogmaals bloot dat het Hof eerder normatieve legitimiteit zoekt dan procedurele legitimiteit naar de staten toe.⁴⁹⁹

Volgens rechtsgeleerden is het zo dat het Hof vanuit een *anti-majoritarian* argument wilt vermijden dat een consensusredenering de rechten van minderheden en de bescherming van mensenrechten in het geheel in het gedrang zou kunnen brengen. Daarom zal het Hof wel kijken naar wat de staten omtrent een bepaald vraagstuk beslissen en zal deze dit zelfs incorporeren in beslissingen om eigen argumenten te onderbouwen, maar zal het Hof deze niet gebruiken indien dit het risico creëert dat vooruitgang beperkt zou worden of minderheden hierdoor gediscrimineerd zouden worden.⁵⁰⁰

Toch zou het voor andere rechtsgeleerden beter zijn indien het Inter-Amerikaans Hof vanuit het subsidiariteitsbeginsel een volwaardige consensusredenering in beide richtingen zou toepassen en zou trachten de vormen van legitimiteit te balanceren. Het Hof neemt een zeer proactieve positie aan en er is

⁴⁹³ *Ibid.*, §214.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, §215.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, §217.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, §218.

⁴⁹⁷ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 383.

⁴⁹⁸ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §219.

⁴⁹⁹ L. LIXINSKI, *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights.*, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, 3, 2017, 65+68.

⁵⁰⁰ L. LIXINSKI, *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights.*, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, 3, 2017, 93-94.

weinig ruimte voor enige subsidiariteit of inspraak van staten.⁵⁰¹ Dit zou wel eens de effectiviteit van het stelsel kunnen ondermijnen. Het in rekening nemen van lokale omstandigheden en visies zou voor een aantal staten alvast zeer welkom zijn. Venezuela bijvoorbeeld ziet op dit moment het Hof als een koloniale macht die alles opdringt van bovenaf.⁵⁰² Subsidiariteit en subsidiariteitsmechanismen vormen volgens deze rechtsgeleerden de basis van de verhouding tussen internationale mensenrechteninstellingen en nationale autoriteiten. Het internationaal mensenrechtenregime is complementair aan het nationaal recht. De staten moeten als eerste de kans krijgen om vraagstukken op te lossen.⁵⁰³

Het gebrek aan mechanismen die op subsidiariteit gebaseerd zijn, vloeit volgens rechtsgeleerden voort vanuit een soort wantrouwen naar de nationale overheden in Latijns-Amerika toe, dat zo gegroeid is als gevolg van de geschiedenis van deze staten. Vanuit de specifieke context dat het Hof in het begin van diens ontstaansgeschiedenis te maken kreeg met grove mensenrechtenschendingen van autoritaire regimes, was het logisch dat er weinig werd gekeken naar hoe de staten zelf de vraagstukken hierrond zouden oplossen.⁵⁰⁴ Toch stellen deze auteurs dat men op dit moment naar een ander tijdperk met andere soorten vraagstukken is geëvolueerd, en dat de voormalige autoritaire regimes nu democratisch verkozen overheden zijn geworden. De vraagstukken die nu worden voorgelegd aan het Hof zouden dan ook volgens de literatuur enige subsidiariteit of toch alvast een collaboratievere aanpak verdienen.⁵⁰⁵

BEOORDELING NON-DISCRIMINATIEBEGINSEL

Finaal beoordeelde het Hof dan of het onderscheid tussen koppels van hetzelfde geslacht en het verschillend geslacht in toegang tot iedere vorm van juridische erkenning een rechtvaardigingstest zou kunnen doorstaan. Dit was niet het geval. Er zou volgens het Hof geen legitiem doel onder het verdrag bestaan waarvoor het gemaakte onderscheid als noodzakelijk en proportioneel gezien kan worden.⁵⁰⁶ Zo was een vaak aangebracht argument dat het onderscheid van het huwelijk gebaseerd was op voortplanting. Dit was echter niet in lijn met artikel 17 AVMR dat als doel heeft het gezin te beschermen als sociaal instituut. Het onderscheid is ook neerbuigend naar andere koppels die om bepaalde redenen geen kinderen kunnen of willen hebben.⁵⁰⁷

⁵⁰¹J.CONTESSE, *Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System*, 79 *Law and Contemporary Problems*, Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss2/6>, 2016

E. ABRUSCI, *The IACtHR Advisory Opinion: one step forward or two steps back for LGBTI rights in Costa Rica?*, EJIL Talk!, <https://www.ejiltalk.org/the-iacthr-advisory-opinion-on-gender-identity-equality-and-non-discrimination-for-same-sex-couples-one-step-forward-or-two-steps-back-for-lgbti-rights-in-costa-rica/>

L. LIXINSKI, *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights*, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, 3, 2017, 91.

⁵⁰²L. LIXINSKI, *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights*, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, 3, 2017, 74.

⁵⁰³J.CONTESSE, *Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System*, 79 *Law and Contemporary Problems*, 2016, Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss2/6>, 144.

⁵⁰⁴J.CONTESSE, *Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System*, 79 *Law and Contemporary Problems*, 2016, Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss2/6>, 144-145.

⁵⁰⁵ D. MCGOLDRICK, *Affording States a Margin of Appreciation: Comparing the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights*, Leiden, The Netherlands: Brill, 2017, 344-345.

J.CONTESSE, *Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System*, 79 *Law and Contemporary Problems*, 2016, Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss2/6>, 144-145

⁵⁰⁶ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §220.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, §221.

Bijkomend was volgens het Hof de betekenis van het woord “huwelijk” net zoals “gezin” doorheen de tijd geëvolueerd en veranderd.⁵⁰⁸

Op basis van deze argumenten zou het volgens het Hof bovendien onlogisch zijn om een ander instituut speciaal voor mensen van hetzelfde geslacht in het leven te roepen dat exact dezelfde rechten en plichten met zich meebracht als het “huwelijk” maar dat niet deze naam droeg. Dit zou een onderscheid in het leven roepen op basis van seksuele oriëntatie dat discriminatoir is.⁵⁰⁹

Het Hof gaf als gevolg van dit besluit wel aan dat het begreep dat voor staten waar het huwelijk nog niet was opengesteld, er eerst soms complexe legislatieve wijzigingsprocedures dienden te gebeuren en dat dit soms niet vanzelfsprekend was. Het was aan de staten om te goede trouw deze wijziging te promoten en te bestendigen.⁵¹⁰ In de tussentijd waren zij ook verplicht om dezelfde rechten als onder het huwelijk bestaan reeds toe te kennen en wees het Hof erop dat dit enkel een transitieperiode zou zijn.⁵¹¹ Het einddoel was duidelijk. Waar zij dus wel de ruimte kregen om over te schakelen was er geen sprake van enige subsidiariteit.

Ten slotte is het zo dat waar dit zeker en vast een vooruitstrevende beslissing van het Inter-Amerikaans Hof was er ook wat te zeggen valt over de aanpak van het Hof om onmiddellijk in zijn beperktere *corpus* over te gaan tot het beoordelen en positief beantwoorden van de vraag rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht. Volgens bepaalde rechtsgeleerden was het logischer om eerst ook de rechten van ongehuwde koppels en andere mensen die buiten het kader van het huwelijk vallen, uit te diepen.⁵¹² Het Europees Hof voor de rechten van de mens en het VN-Mensenrechtencomité lijken alvast eerder voor deze aanpak kiezen. Ten eerste is er het feit dat de staten zo geleidelijk aan worden gevraagd hun nationale wetgeving aan te passen, en het minder ervaren als een inmenging in hun soevereiniteit. Ten tweede loopt men zo ook niet het risico dat door teveel te focussen op de personen binnen het huwelijk, men al de mensen die in andere parallele situaties leven hun rechten uit het oog verliest. Zo blijkt uit onderzoek dat het huwelijk vooral voor personen uit de middenklasse en rijkere klassen een veel gebruikt instituut is.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, §222.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, §224.

⁵¹⁰ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §226.

⁵¹¹ *Ibid.*, §227.

⁵¹² M. SAEZ, *In the Right Direction: Family Diversity in the Inter-American System of Human Rights*, 2019, North Carolina Journal of International Law, Vol. XLIV, 2019; American University, WCL Research Paper No. 2019, 351-352.

HOOFDSTUK IV: CONCLUSIE

Na het bekijken van zowel het breder kader aan uitspraken van de mensenrechteninstellingen en het analyseren van de specifieke zaken rond het huwelijk en kritiek van rechtsgeleerden, kunnen we toch bepaalde lijnen trekken omtrent de visie en redeneerwijzen die werden vastgesteld.

Ten eerste kunnen we voor het Europees hof de zaken in het kader van het vraagstuk rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht plaatsen binnen een bredere context van dit mensenrechtensstelsel, namelijk een regionale aanpak en een grote focus op regionale consensus waarbij zij een balans trachten te maken tussen zowel normatieve en procedure legitimiteit.⁵¹³ De kritieken in het algemeen op dit stelsel maar vooral ook rond de zaken van het huwelijk zijn erop gericht dat het Hof deze balans niet goed weet te behouden en teveel leunt op diens subsidiariteitsmechanismen.

Langs de andere kant heeft men dan het Inter-Amerikaans Hof dat eerder een universele aanpak heeft, waarbij deze nadruk legt op evoluerende concepten binnen het mensenrechtendomein en minder op inspraak van de staten zelf.⁵¹⁴ Hierbinnen ziet dit Hof zichzelf als enige autoriteit op het vlak van het invullen van het mensenrechtenskader waarbij weinig subsidiariteit aan te pas komt. Dit kunnen we ook opnieuw binnen een bredere context terugplaatsen zoals blijkt uit Deel I. Kritieken op het Hof vloeien grotendeels voort uit het feit dat het Hof sterk op normatieve legitimiteit eerder dan procedurele legitimiteit focust.

Het VN-Mensenrechtencomité blijkt dan eerder een uitzondering te vormen op de bevinding dat de aanpak van de instellingen in Deel II kan gekaderd worden in de breder context van Deel I. Dit aangezien het Comité in diens uitspraak rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht eerder een impliciete regionale aanpak toepast, maar deze dan weer weinig inspraak of enige vorm van subsidiariteit lijkt toe te passen in het breder kader rond de rechten van seksuele minderheden.

⁵¹³ M. DE PAUW, *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, in Y. HAECK, O. RUIZ-CHIRIBOGA & C. B. HERRERA (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, 2015, 16.

L. LIXINSKI, *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights.*, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 3, 2017, 74.

⁵¹⁴ M. DE PAUW, *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, in Y. HAECK, O. RUIZ-CHIRIBOGA & C. B. HERRERA (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, 2015, 16.

L. LIXINSKI, *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights.*, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 3, 2017, 74.

DEEL III: WAT ZIJN DE GELIJKENISSEN EN VERSCHILLEN IN DE VISIES EN REDENEERWIJZEN VAN DE RECHTSINSTELLINGEN?

In Deel III van deze masterproef is het de bedoeling dat we de besproken uitspraken van de analyse uit Deel II in verband met het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht, met elkaar gaan vergelijken. Op basis hiervan willen we komen tot het vaststellen van mogelijke gelijkenissen tussen de rechtsinstelling maar eveneens tot de verschillen. Indien er bepaalde linken kunnen gemaakt worden betreffende gelijkenissen en verschillen van de analyse in Deel II en die van Deel I, het breder kader, dan zullen deze ook hieronder besproken worden.

Er zal ook in dit hoofdstuk in drie onderscheiden onderdelen gewerkt worden, te beginnen met de vaststelling van gelijkenissen en verschillen in verband met de ‘visie’ van de rechtsinstellingen. In Hoofdstuk II zal er dan de vaststelling gebeuren voor de redeneerwijzen. Uiteindelijk zal ik trachten een concluderend onderdeel in te voeren waarin ik algemene bevindingen benadruk.

HOOFDSTUK I: WAT ZIJN DE GELIJKENISSEN EN VERSCHILLEN IN DE VISIES VAN DE RECHTSINSTELLINGEN?

In Hoofdstuk I van dit deel bekijken we welke gelijkenissen en/of verschillen we kunnen vaststellen omtrent de visie van de rechtsinstellingen in verband met het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht. Met ‘visie’ wordt bedoeld de zienswijze of mening. Visie zal in deze context zowel de huidige zienswijze alsook de mogelijke evolutie hierin bevatten.

A. VISIE OP HET CONCEPT “GEZIN” EN “GEZINSLEVEN”

Een eerste gelijkenis omtrent de visie van de rechtsinstellingen, vinden we tussen het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens⁵¹⁵ en het Europees Hof voor de rechten van de mens.⁵¹⁶ Beiden hebben uitdrukkelijk in hun uitspraken aangegeven dat een relatie tussen twee mensen van hetzelfde geslacht onder het concept “gezin” en “gezinsleven” valt. Onmiddellijk vinden we ook een eerste verschil. Zo oordeelde het VN-Mensenrechtencomité in de analyse rond het huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht niet over de vraag of deze relatie onder het concept gezinsleven viel. Dit ondanks het feit dat er door de verzoekers wel een schending onder artikel 11 en 17 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten werd aangevoerd.⁵¹⁷

Voor het Inter-Amerikaans Hof kan men deze visie ook doortrekken naar het breder kader dat in Deel I werd uiteengezet. Indien we dit punt van dichterbij bekijken dan valt bijvoorbeeld op dat het Inter-Amerikaans Hof in diens eerste uitspraak die betrekking had op seksuele oriëntatie, *Atala Riffo* een zaak uit 2012, deze visie reeds uiteenzette.⁵¹⁸ Voor het Europees Hof was de zaak in verband met de rechtsvraag van het huwelijk echter de eerste keer dat het deze visie aannam en uiteenzette. Het Hof gaf in *Schalk & Kopf* zelf aan dat dit

⁵¹⁵ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §192.

⁵¹⁶ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §94-95.

⁵¹⁷ VN-Mensenrechtencomité 17 Juli 2002, nr. 902/1999, (*Joslin/Nieuw-Zeeland*), CCPR/C/75/D/902/1999, §3.6.

⁵¹⁸ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*), §172-174.

bijvoorbeeld nog niet het geval was in de zaak *Mata Estevez v. Spanje* uit 2001.⁵¹⁹ Het VN-Mensenrechtencomité zette zijn standpunt omtrent deze rechtsvraag nog nooit expliciet uiteen. Het vond pas later, in 2017, in de zaak *G v Australië* uit het breder kader dat er een inmenging was geweest in het gezinsleven van de verzoekers aangezien zij vanwege hun genderidentiteit en seksuele oriëntatie verplicht werden te scheiden indien één van hen een juridische geslachtsaanpassing wenste.⁵²⁰ Vanwege het niet expliciet uiteenzetten van hun visie hierover, kan men echter niet stellen dat voor deze rechtsinstelling relaties tussen twee personen van hetzelfde geslacht standaard onder ‘gezinsleven’ zullen vallen. Alsook is het mogelijk dat in volgende zaken het VN-Mensenrechtencomité hierdoor tot andere conclusies zou komen dan in *G v Australië*.

B. VISIE OP HET TOEPASSINGSGEBIED VAN DE BEPALINGEN OMTRENT HET HUWELIJK

Een tweede verschilpunt is er tussen het VN-Mensenrechtencomité en het Europees Hof voor de Rechten van de mens alsook het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens. Volgens het Comité kunnen relaties tussen twee mensen van hetzelfde geslacht niet onder het toepassingsgebied van artikel 23 IVBPR vallen.⁵²¹

Voor het Europees Hof en het Inter-Amerikaans Hof vinden we dan weer een gelijkennis omtrent deze vraag. Deze instellingen zijn van mening dat deze relaties wel onder artikel 12 EVRM en onder artikel 17 AVMR kunnen vallen. Het Europees Hof formuleerde deze visie in *Schalk & Kopf* door te stellen dat het recht om te huwen dat is vastgelegd in artikel 12 EVRM niet langer in alle omstandigheden dient gelimiteerd te worden tot twee personen van verschillend geslacht.⁵²² Het Inter-Amerikaans Hof oordeelde in de Advisory Opinion van 2017, dat er geen rechtvaardiging was om relaties van personen van hetzelfde geslacht van het toepassingsgebied van artikel 17 AVMR uit te sluiten.⁵²³

C. VISIE OP DE RECHTSVRAAG ROND DE VERPLICHTING TOT HET OPENSTELLEN VAN HET HUWELIJK

In verband met de visie op de rechtsvraag of staten verplicht zijn onder de respectieve mensenrechtenverdragen om het huwelijk open te stellen voor koppels van hetzelfde geslacht, vinden we een gelijklopend standpunt van het Europees Hof voor de rechten van de mens en het VN-Mensenrechtencomité.

Eerst en vooral zien we een gelijkennis omtrent hun visie op het toepassingsgebied van het non-discriminatiebeginsel. Het VN-Mensenrechtencomité stelde dat deze kwestie enkel onder artikel 23 IVBPR, het specifieke artikel rond het huwelijk, kon beoordeeld worden en niet onder artikel 26, het non-discriminatiebeginsel dat een algemene bepaling vormde.⁵²⁴ Het Europees Hof oordeelde *de facto* hetzelfde door te stellen dat er geen verplichting kon gevonden worden onder artikel 14, het non-discriminatiebeginsel,

⁵¹⁹ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §92.

⁵²⁰ VN-Mensenrechtencomité 17 Maart 2017, nr. 2172/2012, (*G/Australië*), CCPR/C/119/D/2172/2012, §7.9-7.10.

⁵²¹ VN-Mensenrechtencomité 17 Juli 2002, nr. 902/1999, (*Joslin/Nieuw-Zeeland*), CCPR/C/75/D/902/1999, §8.2

⁵²² Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §61.

⁵²³ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (*Advisory opinion OC-24/17*), §221-222.

⁵²⁴ VN-Mensenrechtencomité 17 Juli 2002, nr. 902/1999, (*Joslin/Nieuw-Zeeland*), CCPR/C/75/D/902/1999, §8.2.

in samenhang met artikel 8 EVRM, aangezien dit algemene bepalingen zijn, indien er geen verplichting werd vastgesteld onder de specifiekere bepaling artikel 12 EVRM.⁵²⁵ In een latere zaak oordeelde het Europees Hof ook dat er geen verplichting kon gevonden worden onder artikel 14 in samenhang met artikel 12 indien er onder artikel 12 EVRM alleenstaand geen verplichting werd vastgesteld.⁵²⁶ Beiden rechtsinstellingen kregen ook kritiek vanuit rechtsleer vanwege deze visie.

Zowel het Europees Hof als het Comité oordeelden dat er geen verplichting op basis van het verdrag kon afgeleid worden voor staten om het huwelijk open te stellen.⁵²⁷

Een verschilpunt is er duidelijk met het Inter-Amerikaanse Hof. Het Inter-Amerikaanse Hof besloot wel dit vraagstuk te beoordelen onder zowel artikel 17 AVMR, het specifieke artikel rond het huwelijk, als onder artikel 1 en 24 AVMR, het non-discriminatiebeginsel. Het Hof oordeelde in tegenstelling tot het Europees Hof en VN-Mensenrechtencomité dat er wel een verplichting onder het AVMR bestond.⁵²⁸

⁵²⁵ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §101.

⁵²⁶ Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (Oliari e.a./Italië), §193.

⁵²⁷ VN-Mensenrechtencomité 17 Juli 2002, nr. 902/1999, (Joslin/Nieuw-Zeeland), CCPR/C/75/D/902/1999, §8.3
Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §63.

Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (Oliari e.a./Italië), §192.

⁵²⁸ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §218-224.

HOOFDSTUK II: WAT ZIJN DE GELIJKENISSEN EN VERSCHILLEN I.V.M. DE REDENEERWIJZEN VAN DE RECHTSINSTELLINGEN?

In Hoofdstuk II is het de bedoeling om de standpunten van de rechtsinstellingen verder te ontmantelen door de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen te analyseren. Redeneerwijzen wordt in de context van deze masterproef ruim omschreven. Dit omvat zowel interpretatiemethoden in enge zin als technieken, benaderingen, mechanismen etc.

Een analyse van dit element is van essentieel belang. Zoals uit Hoofdstuk I bleek hebben bepaalde rechtsinstellingen soms dezelfde visie aangenomen rond rechtsvragen. Het kan echter zijn dat men via verschillende redeneerwijzen tot dit standpunt is gekomen. Om een volledig en correct beeld te krijgen over het onderwerp van deze masterproef is het dan ook noodzakelijk om voor elke rechtsinstelling ook dit element te gaan vergelijken.

A. VERWIJZEN NAAR ANDERE MENSENRECHTENSTANDAARDEN, MENSENRECHTENSTELSLS EN RECHTSVERGELIJKENDE STUDIES

In verband met het verwijzen naar andere mensenrechtenstandaarden, stelsels etc. vinden we ten eerste een gelijkenis terug tussen het Europees Hof voor de rechten van de mens en het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens.

Binnen dit onderdeel worden zowel het verwijzen naar andere standaarden en stelsels als het gebruiken en verwijzen naar rechtsvergelijkende studies behandeld. Hoewel de twee technieken om informatie te vergaren verschillen van elkaar is er toch enigszins overlapping.

Het verwijzen naar andere standaarden en stelsels is dan ook een impliciete vorm van rechtsvergelijking. De rechtsinstellingen trachten de stand van zaken van één of meerdere stelsels of instellingen af te wegen tegenover elkaar en te vergelijken zodat zij een beslissing kunnen nemen over hoe zij het eigen recht en hun eigen rechtsstelsels zullen invullen. Beide technieken zijn bedoeld om de latere interpretatie van het eigen rechtskader van de rechtsinstelling te ondersteunen en kracht bij te zetten. Zo worden de rechtsvergelijkende conclusies grotendeels ingezet bij de consensus-redenering van het Europees Hof.⁵²⁹ Het verwijzen naar andere mensenrechtenstandaarden en stelsels door het Inter-Amerikaans Hof wordt dan weer ingezet ter ondersteuning van een evolutieve interpretatie. Om bepalingen en concepten evolutief te interpreteren in het licht van veranderingen in de maatschappij en ontwikkelingen, moeten deze ontwikkelingen eerst geïdentificeerd en geanalyseerd worden.⁵³⁰

⁵²⁹ E. POLGARI, *European Consensus: A Conservative and a Dynamic Force in European Human Rights Jurisprudence*, ICL Journal, Vienna Journal on International Constitutional Law, Vol. 12 issue 1, 64.

A. KOVLER, V. ZAGREBELSKY, L. GARLICKI, D. SPIELMANN, R. JAEGER and R. LIDELL, *The Role of Consensus in the System of the European Convention on Human Rights*, in *Dialogue between Judges*, Council of Europe 2008, 17, 26.

⁵³⁰ M. DE PAUW, *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, in Y. HAECK, O. RUIZ-CHIRIBOGA & C. B. HERRERA (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, 2015, 6.

Doorheen het repertoire van zowel het Inter-Amerikaans Hof als het Europees Hof werd er druk verwezen naar andere mensenrechtenstandaarden en rechtsstelsels. Zo verwees het Europees Hof in de zaak *Schalk & Kopf* naar het Unierecht van de Europese Unie⁵³¹ en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁵³² In *Oliari* verwees deze nogmaals naar het Unierecht, maar ook naar het arrest *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al.* van het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten.⁵³³

Het Inter-Amerikaanse Hof verwees onder andere naar zowel het Europees Hof⁵³⁴ als het Mensenrechtensysteem van de Verenigde Naties⁵³⁵, het bredere Inter-Amerikaans mensenrechtensysteem⁵³⁶, rechtspraak van het Internationaal Hof van Justitie⁵³⁷, de Yogyakarta principes⁵³⁸ alsook het nationale recht van Latijns-Amerikaanse staten⁵³⁹ en de twee Noord-Amerikaanse landen (Canada en de Verenigde Staten).⁵⁴⁰ Dit is iets dat we voor het Inter-Amerikaans Hof ook zien terugkomen doorheen het bredere kader. Zo verwees het Hof in de zaak *Atala* bijvoorbeeld naar rechtspraak van zowel het Europees Hof als het VN-Mensenrechtencomité.⁵⁴¹ In *Duque* verwees het Hof dan weer naar het VN-Comité voor de economische, sociale en culturele rechten en het nationaal recht van Latijns-Amerikaanse staten.⁵⁴²

Een verschilpunt tussen het Europees Hof en het Inter-Amerikaans Hof is het gebruik van rechtsvergelijkende conclusies. Het Europees Hof verwijst expliciet naar rechtsvergelijkend materiaal, terwijl het Inter-Amerikaans Hof eerder zelf het materiaal gaat gaan verzamelen. Het Europees Hof verwees onder andere naar rechtsvergelijkende conclusies in verband met het nationale recht rond het huwelijk van de lidstaten uit de Raad van Europa.⁵⁴³ In de *Oliari*-zaak verwees het opnieuw naar recentere rechtsvergelijkende conclusies. Dit verwijzen naar rechtsvergelijkende conclusies is iets dat we voor het Europees Hof ook terugkomt doorheen het breder kader. Zo verwees het Europees Hof ook naar rechtsvergelijkende conclusies in de zaak *Hämäläinen v. Finland*.⁵⁴⁴

B. TEKSTUELE/LETTERLIJKE INTERPRETATIE

Een eerste interpretatiemethode die we konden terugvinden in zowel de zaken van het Europees Hof als de zaak van het VN-Mensenrechtencomité was de tekstuele of letterlijke interpretatie. Een tekstuele interpretatie houdt in dat men enkel de tekst die voor zich ligt in rekening gaat nemen. Men gaat het taalgebruik en de

⁵³¹ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §24.

⁵³² Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §60.

⁵³³ Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (*Oliari e.a./Italië*), §53-65.

⁵³⁴ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (*Advisory opinion OC-24/17*), §180+204-205.

⁵³⁵ *Ibid.*, §180+203.

⁵³⁶ *Ibid.*, §183.

⁵³⁷ *Ibid.*, §188.

⁵³⁸ *Ibid.*, §196.

⁵³⁹ *Ibid.*, §206-215.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, §213.

⁵⁴¹ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*), §87-88. + §133.

⁵⁴² J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 372.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 26 Februari 2016, nr. 310, (*Duque/Colombia.*), §108-109.

⁵⁴³ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §27.

⁵⁴⁴ Europees Hof voor de rechten van de mens 16 Juli 2014, nr. 37359/09, (*Hämäläinen/Finland*), §31-32.

woordenschat letterlijk analyseren en beoordelen. Er blijft natuurlijk een element van interpretatie aangezien een persoon steeds vanuit zijn eigen achtergrond bepaalde woorden gaat opvatten.

Zowel het VN-Mensenrechtencomité⁵⁴⁵ als het Europees Hof⁵⁴⁶ maakten tijdens hun analyse gebruik van een tekstuele interpretatie. Zoals reeds besproken waren de conclusies die hieruit getrokken werden verschillend, maar beiden rechtsinstellingen erkenden dat de bepaling rond het huwelijk in de respectievelijke verdragen verwees naar “mannen en vrouwen” en niet naar “iedereen” of “alle personen”. Op basis van hun tekstuele interpretatie moesten de woorden “mannen en vrouwen” dus letterlijk gelezen worden als de verhouding tussen mannen en vrouwen. Andere verhoudingen waren daarvan uitgesloten aangezien deze bepaling zich qua woordenschat onderscheidde van andere bepalingen in het verdrag. Waar het Europees Hof dit wel nog nuanceert verderop in de analyse van de zaak *Schalk & Kopf*, blijft deze methode een onderdeel van de wijze waarop het vraagstuk rond het huwelijk werd beoordeeld.

Verschillend hieromtrent is het Inter-Amerikaans Hof. Hoewel deze wel verwees naar een mogelijke tekstuele interpretatie en dit dus in rekening nam, zag het Hof uiteindelijk zulke interpretatie als ontoereikend en verwierp dus de toepassing ervan.⁵⁴⁷

C. APPRECIATIEMARGE-DOCTRINE

Een ander verschil dat we kunnen opmerken is dat het Europees Hof expliciet gebruik maakt van de ‘margin of appreciation’ of appreciatiemarge-doctrine⁵⁴⁸, terwijl het Inter-Amerikaans Hof en het VN-Mensenrechtencomité dit niet doen. Er wordt nagegaan in welke mate de staten veel ruimte hebben om concepten of regels zelf in te vullen of dat zij hier weinig discretionaire bevoegdheid in hebben. Zowel doorheen de zaken in het breder kader⁵⁴⁹ van het Europees Hof als in de zaken rond het huwelijk zien we de toepassing van deze doctrine.

In *Schalk & Kopf* benadrukte het Hof eerst expliciet dat zij omtrent het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht hadden gevonden dat de staten steeds een ruime appreciatiemarge hadden genoten aangezien het hier ging over een gevoelig onderwerp zowel op sociaal, politiek en religieus vlak.⁵⁵⁰ In wisselwerking met een consensusredenering besloot het Hof in *Schalk & Kopf* dat vanwege het gebrek aan consensus er een ruime appreciatiemarge werd gegeven aan de staten en er dus geen verplichting onder artikel 12 EVRM

⁵⁴⁵ VN-Mensenrechtencomité 17 Juli 2002, nr. 902/1999, (Joslin/Nieuw-Zeeland), CCPR/C/75/D/902/1999, §8.2

⁵⁴⁶ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §55.

⁵⁴⁷ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §181-182.

⁵⁴⁸ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §96-97.

⁵⁴⁹ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 Oktober 1981, nr. 7525/756, (Dudgeon/Verenigd Koninkrijk), §52.

Europees Hof voor de rechten van de mens 17 Oktober 1986, nr. 9532/81, (Rees/Verenigd Koninkrijk), §37.

Europees Hof voor de rechten van de mens 26 November 2006, nr. 42971/05, (Parry/Verenigd Koninkrijk), 11-12.

Europees Hof voor de rechten van de mens 16 Juli 2014, nr. 37359/09, (Hämäläinen/Finland), §75.

Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §105.

Europees Hof voor de rechten van de mens 7 November 2013, nr. 29381/09 & 32684/09, (Vallianatos/Griekenland), §77.

Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (Oliari e.a./Italië), §185

⁵⁵⁰ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §46.

bestond.⁵⁵¹ In *Oliari* paste het Hof deze doctrine opnieuw toe door te stellen dat de argumentatie en conclusies uit *Schalk & Kopf* nog steeds pertinent waren.⁵⁵²

Zoals uiteengezet onder Deel II, wordt er zowel in de context van het vraagstuk rond het huwelijk als algemeen veel kritiek geuit op het Europees Hof vanwege het gebruik van deze doctrine, maar krijgt het Inter-Amerikaans Hof net kritiek vanwege het feit dat zij deze doctrine helemaal niet toepast. Het Europees Hof zou volgens deze kritiek teveel focus leggen op subsidiariteit en inspraak van de staten waardoor hun normatieve legitimiteit afneemt, iets wat verregaande gevolgen kan hebben voor minderheden, die kwetsbaar staan tegenover de staat. Dit terwijl het Inter-Amerikaans Hof volgens deze kritiek te weinig focus legt op subsidiariteit waardoor hun procedurele legitimiteit afneemt en zij het gevaar lopen om de steun van de staten te verliezen. Dit kan ertoe leiden dat deze staten de uitspraken niet langer zullen gaan naleven en implementeren.

D. EVOLUTIEVE INTERPRETATIE

Op vlak van de beoordeling van de vraag of een relatie tussen twee personen van hetzelfde geslacht onder het concept ‘gezinsleven’ valt, is er een gelijkenis tussen het Europees Hof en het Inter-Amerikaans Hof, alsook een verschil met het VN-Mensenrechtencomité in het gebruik van een evolutieve interpretatietechniek.

Kenmerkend is hier het concept van het “levend” instrument. Het Europees Hof zette doorheen diens geschiedenis uiteen dat het EVRM als een levend instrument beschouwde en dit dan ook zo diende te interpreteren. Het Hof benadrukte dat dit ook in de zaak *Schalk & Kopf* het geval zou zijn.⁵⁵³ Het Inter-Amerikaans Hof verwees zowel in de *advisory opinion*⁵⁵⁴ als in het bredere kader naar dit concept van het Europees Hof en stelde dat het AVMR ook als een “levend” instrument beschouwde. Dit betekende dat het mee met de evoluties van de maatschappij diende geïnterpreteerd te worden. Desondanks het feit dat het VN-Mensenrechtencomité in het verleden dit concept ook heeft erkend, paste deze die niet toe in de zaak *Joslin*.⁵⁵⁵

In verband met het beoordelen van dit concept, zien we zowel het Europees Hof als het Inter-Amerikaans Hof een evolutieve interpretatie toepassen. Het Inter-Amerikaans Hof interpreteerde zowel het concept “gezin” als “huwelijk” op evolutieve wijze.⁵⁵⁶ Het stelde dat deze begrippen doorheen de tijd duidelijk geëvolueerd waren en dus op zulke wijze ook begrepen dienden te worden. Het Europees Hof interpreteerde het concept “gezin” en “gezinsleven” op evolutieve wijze in *Schalk & Kopf*. Het redeneerde dat er “*een zeer snelle evolutie had plaatsgevonden in vele staten in hoe er naar relaties tussen mensen van het zelfde geslacht*

⁵⁵¹ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §58 + 62.

⁵⁵² Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, no 18766/11 & 36030/11, (*Oliari e.a./ Italië*), §192.

⁵⁵³ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §57.

⁵⁵⁴ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (*Advisory opinion OC-24/17*), §187.

⁵⁵⁵ P. GERBER, K. TAY & A. SIFRIS, *Marriage: a human right for all?*, *Sydney law review*, 36 (4), 2014, 648. VN-Mensenrechtencomité 5 Augustus 2002, nr. 829/1998, (*Roger Judge/Canada*), CCPR/C/78/D/829/1998, §10.3.

⁵⁵⁶ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (*Advisory opinion OC-24/17*), §222.

werd gekeken”.⁵⁵⁷ Alsook dat “op basis van deze argumenten het dan ook artificieel zou zijn om te blijven stellen dat de relaties tussen mensen van hetzelfde geslacht geen gezinsleven uitmaakten”⁵⁵⁸

Hier zien we de nauwe samenhang en de fijne lijn tussen de evolutieve interpretatie en de consensus-redenering duidelijk. Het Europees Hof keek naar hoe de staten zich reeds hadden gepositioneerd tegenover dit concept. Als gevolg hiervan interpreteerde het Europees Hof het concept “gezin” en “gezinsleven” op evolutieve wijze. Het is ook niet uitzonderlijk dat het Hof deze beide methoden in éénzelfde uitspraak toepast⁵⁵⁹, al hebben ze wel verschillende doeleinden. Zo is de evolutieve interpretatie er meer op gericht een hedendaagse en effectieve invulling te geven aan de rechten in het EVRM en is de consensus-redenering eerder gericht op het brengen van voorspelbaarheid in de rechtspraak van het Hof.⁵⁶⁰

Er is echter ook een verschil tussen het Europees Hof en het Inter-Amerikaans Hof omtrent deze interpretatiemethode. Bij het Europees Hof valt het grotendeels impliciet af te leiden wanneer een evolutieve interpretatie wordt toegepast. Het Inter-Amerikaanse Hof zette steeds uitvoerig uiteen wanneer en waarom het een evolutieve interpretatie gepast vond en verwees expliciet naar een uitspraak van het IGH rond evolutieve interpretatie en naar artikel 31 en 32 van het verdrag van Wenen inzake verdragenrecht om de wijze waarop het deze toepaste te ondersteunen.⁵⁶¹

E. CONSENSUS-REDENERING

De consensus-redenering is een in het algemeen veelgebruikte techniek in de rechtspraak van het Europees Hof alsook zien we binnen het Europese mensenrechtensysteem deze methode ook terugkomen in zowel het breder kader als de nauwere analyse van deze masterproef. Hier vinden we een gelijkenis tussen het VN-Mensenrechtencomité en het Europees Hof. Beiden gebruiken de consensus-redenering ter verwerping van een evolutieve of dynamische interpretatie. Een verschilpunt is echter dat het VN-Mensenrechtencomité dit niet op een expliciete wijze deed, terwijl dit voor het Europees Hof wel het geval was.⁵⁶²

Het VN-Mensenrechtencomité maakte in principe geen vermelding omtrent het gebruik of het verwerpen van deze redeneerwijze. Toch is het zo dat indien men het standpunt volgt van rechtsgeleerden omtrent het gebruik van het *generalia specialibus non derogant* interpretatieprincipe⁵⁶³, de vermelding van de woorden “op consistente of uniforme wijze begrepen”⁵⁶⁴ alsook gewoon het toepassen van een restrictieve/letterlijke

⁵⁵⁷ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §93.

⁵⁵⁸ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk), §94.

⁵⁵⁹ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, German Law Journal, Vol. 12, 1731.

⁵⁶⁰ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, German Law Journal, Vol. 12, 1730.

⁵⁶¹ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §187-188.

⁵⁶² Y. SHANY, *All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 9, Issue 2, 2018, 196-197.

⁵⁶³ S. JOSEPH, *Human Rights Committee: Recent Cases*, *Human Rights Law Review* 91,3(1), 2003, 102.

⁵⁶⁴ N. CROMBIE, *A Harmonious Union: The Relationship between States and the Human Rights Committee on the Same-Sex Marriage Issue*, 51 Colum. J. Transnat'l L. 696, 2013, 710-711.

interpretatie⁵⁶⁵, het Comité impliciet in Joslin een consensus-redenering heeft toegepast. Op dat moment was er slechts één staat die het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht had opengesteld, Nederland, en was er dus geen consensus.⁵⁶⁶

In tegenstelling tot het VN-Mensenrechtencomité dus, paste het Europees Hof expliciet een consensus-redenering toe. In *Schalk & Kopf* ondersteunde het Hof diens visie omtrent het vallen van relaties tussen mensen van hetzelfde geslacht onder het concept gezinsleven vervat in artikel 8 EVRM door te verwijzen naar het feit dat “er een zeer snelle evolutie had plaatsgevonden in vele staten in verband met hoe er naar relaties tussen mensen van het zelfde geslacht werd gekeken”.⁵⁶⁷ Alsook gebruikte deze een consensusredenering omtrent het gebrek aan verplichting tot het openstellen van het huwelijk door te stellen dat slechts zes van de zevenenveertig staten van de Raad van Europa het huwelijk hadden opengesteld voor koppels van hetzelfde geslacht.⁵⁶⁸ In *Oliari* merkte het Hof op dat er op dat moment een stapsgewijze evolutie doorlopen was en er elf van de zevenenveertig staten het huwelijk hadden opengesteld.⁵⁶⁹ Voor het Europees Hof zagen we ook dat binnen het breder kader omtrent de rechtsvraag in het voorzien van een juridische erkenning zoals een geregistreerd partnerschap, deze redenering uitvoerig werd toegepast.⁵⁷⁰

Het Inter-Amerikaans Hof past de consensusredenering niet toe zoals dit gebeurde door het VN-Mensenrechtencomité en het Europees Hof. Meer nog het Hof verwierp reeds in *Atala rizzo v Chili* en hierna in al diens zaken omtrent seksuele oriëntatie en genderidentiteit expliciet het gebruik van de consensusredenering als argument om te stellen dat er geen schendingen zouden zijn. Een gebrek aan consensus kon niet als een geldig argument gezien worden ter rechtvaardiging van het beperken of zelfs verwerpen van mensenrechten of zelfs het reproduceren en bestendigen van historische en systematische discriminatie.⁵⁷¹ Het Hof herhaalde deze redenering ook in de advisory opinion van 2017 in verband met het vraagstuk rond het huwelijk.⁵⁷² Wanneer het Inter-Amerikaans Hof toch naar het nationaal recht van staten verwijst, dan gebruikt deze dit om de eigen bevindingen, ter bescherming van bepaalde waarden en ter ondersteuning van een evolutieve interpretatie, kracht bij te zetten.⁵⁷³

⁵⁶⁵ Y. SHANY, *All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 9, Issue 2, 2018, 197.

⁵⁶⁶ S. JOSEPH, *Human Rights Committee: Recent Cases*, *Human Rights Law Review* 91,3(1), 2003, 102.

⁵⁶⁷ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §93.

⁵⁶⁸ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §58.

⁵⁶⁹ Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (*Oliari e.a./Italië*), §192.

⁵⁷⁰ Europees Hof voor de rechten van de mens 22 November 2010, nr. 30141/04, (*Schalk & Kopf/Oostenrijk*), §105.

Europees Hof voor de rechten van de mens 21 Juli 2015, nr. 18766/11 & 36030/11, (*Oliari e.a./Italië*), §178.

⁵⁷¹ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 Februari 2012, nr. 239, (*Atala Rizzo/Chili*), §92.

J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter-American Human Rights Law.*, *North Carolina Journal of International Law* 353, 44, 2019, 372.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 26 Februari 2016, nr. 310, (*Duque/Colombia.*), §123.

Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §83.

⁵⁷² Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17), §219.

⁵⁷³ *Ibid.*, §206-215.

M. DE PAUW, *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, in Y. HAECK, O. RUIZ-CHIRIBOGA & C. B. HERRERA (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, 2015, 10.

Het Europees Hof gebruikt deze methode dus eerder als een veruiterlijking van hun focus op het subsidiariteitsbeginsel terwijl het Inter-Amerikaans Hof een impliciete vorm van consensus toepast ter ondersteuning van diens eigen visie waarbij weinig subsidiariteit in rekening wordt genomen. Het Inter-Amerikaans Hof kreeg hier dan ook kritiek op het feit dat zij ten eerste heel selectief interpretatiemethoden kozen en toepasten en ten tweede te veel zelf diens visie opdrong en te weinig rekening hield met de staten uit het rechtstelsel. Dit ondermijnde volgens de critici hun procedurele legitimiteit naar de staten toe. Het Europees Hof kreeg dan weer kritiek te verwerken vanwege het feit dat deze ten eerste willekeurig en dus niet consistent gebruik maakte van deze consensusredenering alsook niet steeds dezelfde standaard van consensus toepaste. Ten tweede kreeg deze ook de kritiek dat hun beoordeling in te grote mate het oordeel van de staten zelf in rekening nam. Zo ondermijnde het Europees Hof volgens de critici hun normatieve legitimiteit als beschermer van de mensenrechten.

HOOFDSTUK III: CONCLUSIE

In verband met vastgestelde gelijkenissen en verschillen zijn er op het eerste zicht bij een analyse van de visies van de geselecteerde rechtsinstellingen veel gelijkenissen aan te treffen tussen het VN-Mensenrechtencomité en het Europees Hof voor de rechten van de mens. De grootste verschillen zijn op dat vlak te vinden in vergelijking met de visie van het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens.

Alsook kunnen we dit doortrekken naar de redeneerwijzen. Het VN-Mensenrechtencomité paste net zoals het Europees Hof een letterlijke/tekstuele interpretatie toe en voerde impliciet een consensusredenering in. Zo nam het VN-Mensenrechtencomité impliciet de inspraak van de staten in rekening in de beslissing. Er is dus niet geheel sprake van een gelijkend profiel aangezien het Europees Hof wel veel uitgebreider alsook explicieter met subsidiariteitsmechanismen de zaken rond het huwelijk heeft beredeneerd.

Omtrent de redeneerwijzen hebben het Europees Hof en het Inter-Amerikaans Hof dan weer op veel vlakken zeer verschillend geredeneerd, waarbij het Inter-Amerikaans Hof eerder duidelijk koos in functie van normatieve legitimiteit zijn redeneerwijzen te selecteren en toe te passen. Dit blijkt uit het feit dat deze een evolutieve interpretatie toepaste alsook enkel een impliciete consensusredenering toepaste en verwees naar andere mensenrechtenstandaarden indien dit hun eigen evolutieve interpretatie ondersteunde. Het Europees Hof koos dan weer eerder in functie van procedurele legitimiteit naar de staten toe om diens redenering op te bouwen. Dit blijkt uit het weigeren om het verdrag evolutief te interpreteren en te focussen op het gebruik van de appreciatiemarge-doctrine alsook de expliciete consensusredenering. Voor beiden rechtsinstellingen kaderde dit duidelijk ook steeds binnen een ruimere context zoals blijkt uit de breder kaders.

Het grootste verschil dat dus voortvloeit uit deze rechtsvergelijking is het al dan niet gebruiken van subsidiariteitsmechanismen door de rechtsinstellingen, alsook de wijze waarop. Vanwege deze vaststelling zal dit element ook de grootste focus van Deel IV, het verklarend onderzoek, vormen.

DEEL IV: HOE VERKLAREN WE DE VASTGESTELDE GELIJKENISSEN EN VERSCHILLEN TUSSEN DE RECHTSINSTELLINGEN?

Het verklaren van de gelijkenissen en verschillen die werden vastgesteld in Deel III van deze masterproef, is een essentieel onderdeel van het rechtsvergelijkend proces. Het louter vaststellen heeft in se weinig inherente waarde. Het is de bespreking en verklaring van deze vaststellingen die zullen leiden tot het verwerven van kennis.⁵⁷⁴ Volgens KOKKINI is dit de moeilijkste stap van het rechtsvergelijkend proces. Het vaststellen van enige methodologische regels op grond waarvan men kan beslissen welke observaties men gaat doen, welke soort verhoudingen/relaties men gaat onderzoeken en welke potentiële wegen men allemaal dient te volgen is onmogelijk.⁵⁷⁵

Toch zijn er enkele handvatten op basis waarvan men het verklarend onderzoek gestroomlijnd kan starten. Dit houdt in om onder meer de geschiedenis, de politieke/culturele/sociale (r)evoluties en de bewuste ingrepen van wetgevers (en dus de reden hiertoe) te gaan bestuderen van de onderzoeksobjecten.⁵⁷⁶ Uiteindelijk is het ook belangrijk om te benadrukken dat het mogelijk is dat er voor sommige zaken gewoon geen verklaring is en dat gelijkenissen en verschillen optreden vanwege toeval.⁵⁷⁷ Hieronder worden de verklaringen uiteengezet die binnen dit onderzoek zijn gevonden en als relevant werden beschouwd.

HOOFDSTUK I: HOE VERKLAREN WE DE VERSCHILLEN IN GEBRUIK VAN SUBSIDIARITEITSMECHANISMEN?

AFDELING I: ALGEMENE VERKLARINGEN

A. GESCHIEDENIS

Een verklaring voor het verschil tussen het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens en het Europees Hof voor de rechten van de mens in verband met het gebruik van subsidiariteitsmechanismen, ligt in de ontstaansgeschiedenis alsook de evolutie doorheen deze geschiedenis van de rechtsinstellingen.

De periode voorafgaand aan de oprichting van het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens, was er één met veel spanningen in Centraal en Latijns-Amerikaanse landen. De arbeidersklasse die gedurende het begin van de 20^{ste} eeuw weinig sociale rechten had, ging zich organiseren en politiek engageren. Dit was een tendens die zich duidelijk voordeed in bijvoorbeeld Mexico, Argentinië en Chili. De elite, die op dat moment aan het hoofd stond van deze landen, vond het steeds een normale reactie om tegen deze arbeidersklasse op te komen met militair en brutaal geweld.⁵⁷⁸

Toch zette deze trend zich voort en werden er een reeks 'linkse' partijen opgericht die meer en meer succes vergaarden. Dit succes kon de comfortabele positie van de heersende elite in gevaar brengen. In Chili,

⁵⁷⁴ F. GORLE, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN, F. REYNTJENS, W. DE BONDT & K. LEMMENS, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 66.

⁵⁷⁵ D. KOKKINI-IATRIDOU, *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek.*, Deventer, Kluwer, 1988, 155.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, 67.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, 68.

⁵⁷⁸ T. WRIGHT, *Human Rights in Latin America: History and Projections for the Twenty-First Century*, 30 Cal. W. Int'l L.J. 303, 2000, 305.

Uruguay en Cuba werden de wensen van deze politieke partijen, en specifiek van de arbeidersklasse, tenminste gedeeltelijk vervuld, waardoor zij meer inspraak kregen. Desondanks dat hier een eerder vreedvolle oplossing werd gevonden, werden de leiders van deze linkse politieke partijen echter wel vervolgd voor hun bijdrage in deze arbeidersrevolutie. In El Salvador daarentegen kende deze revolutie echter een veel bloederig verloop, waarbij de burgers die deel uitmaakten van deze partijen en organisaties afgeslacht werden door overheidstroepen. In 1932 werden er tussen 10.000 tot 30.000 burgers om het leven gebracht.⁵⁷⁹

In Argentinië kwam er met de verkiezing van Juan Péron eerst een overheid aan de macht die de economische en sociale rechten sterk bevorderden, maar in 1955 werd deze overheid door een gewapende groepering verjaagd en werden de burgers nogmaals van hun verworven rechten en vrijheden gestript.⁵⁸⁰

Een volgende stap in de geschiedenis van Latijns-Amerika brengt ons in het jaar 1959, waar we het begin van de Cubaanse revolutie kunnen plaatsen. Deze revolutie had een sterk mobiliserend en wijdverspreid effect over heel het continent, waar vooral in Centraal en Latijns-Amerikaanse landen er een oproep naar het oprichten van een socialistisch/communistisch beleid en het verlaten van het kapitalistisch maatschappelijk model ontstond. In andere landen begon de heersende elite op dat moment te begrijpen dat zo'n revolutie kans op slagen had en dat niet enkel hun rijkdom en politieke macht op het spel stond, maar ook hun bestaansrecht. Revolutionaire groeperingen rezen en militaire overheidsgroeperingen kwamen hen tegemoet. Dit leidde tot een ongezien conflict gedurende de jaren 60, 70 en 80.⁵⁸¹

In vele Latijns-Amerikaanse landen leidde dit ertoe dat bij een overwinning van de overheidsgroeperingen, er een volledige verwerping van enige democratische overheidsvormen plaatsvond en er vormen van dictaturen werden geïnstalleerd. In Uruguay bijvoorbeeld verloren de 'Tupamaro urban guerillas' hun strijd tegen de militaire overheidsgroepering begin jaren 70 waarna in 1973 het land verzeild geraakte in een dictatuur.⁵⁸²

In Argentinië dan waren in de jaren 60 meerdere revolutionaire bewegingen ontstaan die allen het toenmalige Ogania militair regime bestreden, waarna in 1973 de weggevluchte Juan Péron terugkeerde en opnieuw president zou worden. In 1974 stierf Péron plotseling waarna zijn vrouw het roer in handen nam. Het regime onder de vrouw van Péron werd in 1976 echter alweer door militaire groeperingen omver geworpen. Dit was de zesde keer sinds 1930 dat een democratisch regime in Argentinië zou beëindigd worden ten gevolge van een coup. Na de coup in 1976 mondde dit echter uit tot een regelrechte oorlog genaamd de 'dirty war'. De grens tussen gewapende groeperingen en ongewapende burgers werd dun. In de naam van het christendom en nationale veiligheid gingen militairen willekeurig arresteren en ondervragen. Ongeveer 15.000 mensen verdwenen gedurende de periode van 1976 tot 1982 waarvan 5.000 bevestigd als vermoord door het regime. Mensenrechtenorganisaties schatten het aantal verdwenen personen echter op minstens 30.000.

⁵⁷⁹ T. WRIGHT, *Human Rights in Latin America: History and Projections for the Twenty-First Century*, 30 Cal. W. Int'l L.J. 303, 2000, 306.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, 306

J. ARCHIBALD, A. DEGAETANI, M. FRAME, S. KEMP, N. KNOWLTON, S. MUTTERSBAUGH, W. OSBORNE, S. RAESSLER & T. ROBINSON, *Human rights in Latin-America*, Review Digest, 2006, 4.

⁵⁸¹ T. WRIGHT, *Human Rights in Latin America: History and Projections for the Twenty-First Century*, 30 Cal. W. Int'l L.J. 303, 2000, 307.

⁵⁸² *Ibid.*, 308.

Ontvoeringen, foltering en moord waren een constant zwaard van damocles boven het hoofd van de bevolking.⁵⁸³

Een gelijkaardig verloop speelde zich af in de jaren 70 in Chili. Daar werd in 1970 Salvador Allende verkozen. Dit was een president die via een socialistisch beleid de private economie van het land bijna volledig onder controle van de staat had gebracht en zodanig de rijkdom en macht van de elites had uitgehold dat hij in 1973 net zoals Pérons vrouw opzij werd geschoven door een militaire beweging.⁵⁸⁴ De dictatuur van Pinochet die hierop volgde zorgde er voor dat minstens 200.000 Chilenen dienden te vluchten en minstens 3.000 mensen werden vermoord.⁵⁸⁵

Het verschil tussen de grote militaire machten die aan het begin van de 20^{ste} eeuw over deze landen heersten en die gedurende de jaren 70 en jaren 80 aan de macht waren gekomen, zat verscholen in het feit dat er niet enkel voor een behoud van het kapitalistisch economisch systeem en de macht van de elites werd gevochten maar dat er een heuse afbraak en nadien heropbouw van het land gebeurde. In de ogen van de nieuwe militaire regimes dienden hun landen op vlak van moraliteit, politiek en economie volledig van begin af aan opgestart te worden. Er was geen middel te verregaand in deze opdracht. Moorden, verdwijningen, censuur en revisionisme waren machtige wapens in de strijd tegen andersdenkenden maar vooral ook onschuldige burgers.⁵⁸⁶

Dezelfde trend was zichtbaar in Centraal-Amerikaanse landen, waar vooral in Guatemala en El Salvador er enorme bloedbaden werden aangericht. In Guatemala werden gemiddeld 150.000 mensen, waarvan het merendeel ongewapende burgers waren, vermoord en dienden 2 miljoen mensen hun land uit te vluchten.⁵⁸⁷ In El Salvador werden hele gemeenschappen op het platteland en dorpen uitgeroeid.⁵⁸⁸

Het is in deze conflictrijke periode, in 1979, dat het Inter-Amerikaanse Hof voor de rechten van de mens werd opgericht. De eerste reeks zaken waarover deze oordeelde in de jaren 80, betroffen de grove mensenrechtenschendingen die zich in Honduras hadden voorgedaan, een land in Centraal-Amerika. De bekendste onder deze zaken is die van Angel Manfredo Velsquez Rodriguez. In 1981 verdween Rodriguez en werd deze man nooit meer teruggezien. Zijn vrienden en familie waren ervan overtuigd dat het toenmalig militair regime deze verdwijning had bevolen maar de staat voerde nooit een onderzoek uit, ook niet na het vallen van dit militair regime. Dit gaf een duidelijk signaal aan het Hof dat de staten zelf geen oplossing

⁵⁸³ T. WRIGHT, *Human Rights in Latin America: History and Projections for the Twenty-First Century*, 30 Cal. W. Int'l L.J. 303, 2000, 308+311.

J. ARCHIBALD, A. DEGAETANI, M. FRAME, S. KEMP, N. KNOWLTON, S. MUTTERSBAUGH, W. OSBORNE, S. RAESSLER & T. ROBINSON, *Human rights in Latin-America*, Review Digest, 2006, 4.

⁵⁸⁴ T. WRIGHT, *Human Rights in Latin America: History and Projections for the Twenty-First Century*, 30 Cal. W. Int'l L.J. 303, 2000, 309.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, 311.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, 309-311.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, 312-313.

J. ARCHIBALD, A. DEGAETANI, M. FRAME, S. KEMP, N. KNOWLTON, S. MUTTERSBAUGH, W. OSBORNE, S. RAESSLER & T. ROBINSON, *Human rights in Latin-America*, Review Digest, 2006, 90.

⁵⁸⁸ T. WRIGHT, *Human Rights in Latin America: History and Projections for the Twenty-First Century*, 30 Cal. W. Int'l L.J. 303, 2000, 312-313.

J. ARCHIBALD, A. DEGAETANI, M. FRAME, S. KEMP, N. KNOWLTON, S. MUTTERSBAUGH, W. OSBORNE, S. RAESSLER & T. ROBINSON, *Human rights in Latin-America*, Review Digest, 2006, 72.

zouden proberen te vinden. Dit gebrek aan medewerking leidde ertoe dat de Inter-Amerikaanse Commissie de zaak dan voor het Inter-Amerikaans Hof bracht.⁵⁸⁹

Deze context waarbinnen het Hof gedurende diens eerste decennium diende te opereren heeft de toon gezet voor de relatie en vooral het vertrouwen tussen het Hof en de staten. Het Hof diende zaken te beoordelen van autoritaire regimes die tegenover hun eigen burgers verregaande schade aanrichtten en waarvan niet verwacht werd dat zij enige schade zelf zouden rechtzetten. Het Hof zag zichzelf hierdoor als de enige beschermer van mensenrechten in de regio, waarbij inspraak van de staten niet aan de orde was vanwege de houding van de staten. Er was een sfeer van wantrouwen.⁵⁹⁰

Een heel andere geschiedenis en daaruit voortvloeiende context zien we voor het Europees Hof voor de rechten van de mens. Dit Hof werd opgericht in 1959 ten tijde van de periode volgend op WOII, gekend als de Koude Oorlog alsook de periode waarin er in meerdere kolonies van Europese landen opstanden ontstonden vanuit de lokale bevolking. Als gevolg hiervan wensten de staten zich niet te binden aan een mensenrechteninstelling met verregaande autoriteit. Ten eerste wouden zij een verenigd front vormen vanuit de westerse staten tegenover de Sovjet Unie, waardoor interstatelijke zaken uit den boze waren. Ten tweede zou een mensenrechteninstelling er voor kunnen zorgen dat de mogelijke mensenrechtenschendingen van de staten in hun kolonies zouden bestraft worden. Vooral voor Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk waren dit belangen die sterk meespeelden.⁵⁹¹ Het Europees Hof werd dan ook op zulke wijze opgericht dat het ten eerste optioneel was voor staten om de jurisdictie van het Hof te aanvaarden en ten tweede om een individueel klachtensysteem aan te bieden aan hun burgers. Indien men hier niet mee akkoord ging dan bleef de draagwijdte van het Hof logischerwijze beperkt.⁵⁹²

Om de draagwijdte van de autoriteit van dit Hof uit te breiden was het dus nodig dat alle grote Europese Staten volledig mee aan boord van dit project zouden komen. Het Hof paste hierdoor in diens eerste jaren een vrij staat-vriendelijke interpretatie toe op zaken die voor hen werden gebracht.⁵⁹³ In deze zaken werd

⁵⁸⁹ C. GROSSMAN, *The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future*, 83 Ind. L.J., 2008, 1268-1269.

⁵⁹⁰ D. MCGOLDRICK, *Affording States a Margin of Appreciation: Comparing the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights.*, Leiden, The Netherlands: Brill, 2017, 344-345.

J.CONTESSE, *Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System*, 79 *Law and Contemporary Problems*, 2016, Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss2/6>, 144-145.

⁵⁹¹ M. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 *Law and Contemporary Problems*, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016, 146-147.

M.MADSEN, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*. In J. CHRITOFFERSEN, & M. MADSEN, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press., 2011, 46.

⁵⁹² M. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 *Law and Contemporary Problems*, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016, 146-147.

⁵⁹³ *Ibid.*, 143 + 149.

impliciet al enige discretie aan de staten overgelaten om zelf bepaalde conflicten te reguleren.⁵⁹⁴ In de jaren 70 begon het Hof dan ook expliciet de appreciatiemarge-doctrine toe te passen.⁵⁹⁵

Deze aanpak van het Hof leek te werken. De staten oordeelden dat het Hof geen bedreiging zou zijn voor diens eigen soevereiniteit en dat de kosten van deelname laag zouden zijn. De grote Europese actoren aanvaardden de jurisdictie en het individueel klachtensysteem van het Hof.⁵⁹⁶ In 1966 stapte zo het Verenigd Koninkrijk volwaardig in het verhaal door het klachtensysteem te aanvaarden en volgden in 1973 Italië en Zwitserland het voorbeeld. In 1974 aanvaarde Frankrijk de jurisdictie van het Hof, al duurde het tot 1981 voor deze ook zou opteren voor het klachtensysteem.⁵⁹⁷

Het gebruik van subsidiariteitsmechanismen stroomt dus eigenlijk rechtstreeks voort uit de ontstaansgeschiedenis en werking van het Hof in diens beginjaren.

B. POLITIEKE, SOCIALE EN CULTURELE (R)EVOLUTIES

Eind jaren 70 bracht het aanvaarden van de autoriteit van het Hof met zich mee dat het Hof de ruimte had om over te gaan tot een extensievere interpretatie van het Europees verdrag voor de rechten van de mens. Dit proces werd versterkt doordat in deze periode de politiek binnen de Koude Oorlog eerder aan het versoepelen was, deze *détente* leidde ertoe dat de Europese staten niet binnen het NAVO-verhaal koste wat kost een verenigd front dienden te vormen tegenover de Sovjet-Unie. Hierdoor zouden interstatelijke zaken alvast veel minder moeilijk liggen. Bovendien was in deze periode de dekolonisatie van de voormalige Europese kolonies zo goed als een feit. De vrees dat het Hof zich zou inmengen in deze situatie viel dus ook weg.⁵⁹⁸

Dit leidde ertoe dat het Hof bijna op drastische wijze een andere weg insloeg en overging tot dynamische en evolutieve interpretatie van het EVRM. Het Hof transformeerde het Europese mensenrechtensysteem van

⁵⁹⁴ Y. SHANY, *All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 9, Issue 2, 2018, 181.

⁵⁹⁵ P. POPELIER, S. LAMBRECHT, & K. LEMMENS, *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level.*, Intersentia, 2016, 26.

Europees Hof voor de rechten van de mens 7 december 1976, nr. 5493/72, (Handyside/Verenigd Koninkrijk).

⁵⁹⁶ M. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 *Law and Contemporary Problems*, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016, 151.

M. MADSEN, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*. In J. CHRITOFFERSEN, & M. MADSEN, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press., 2011, 51.

⁵⁹⁷ M. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 *Law and Contemporary Problems*, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016, 151.

M. MADSEN, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*. In J. CHRITOFFERSEN, & M. MADSEN, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press., 2011, 52.

⁵⁹⁸ M. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 *Law and Contemporary Problems*, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016, 151-152.

een project gelinkt aan de politiek en doelstellingen van de Koude Oorlog naar een project dat op zichzelf stond en als doel had gemeenschappelijke mensenrechtenstandaarden vast te leggen en te beschermen.⁵⁹⁹

Vanwege deze evolutie van het Hof werd het Verenigd Koninkrijk gedurende de jaren 80 een vaste klant. Met 22 zaken tussenin 1975 en 1989 begon men in het Verenigd Koninkrijk op een nationaal niveau opnieuw het systeem rond individuele klachten in vraag te stellen. Vanuit de toenmalige regering, die onder leiding stond van Margaret Thatcher, kwam de kritiek dat het VK zich niet diende weg te trekken uit het project maar dat het Hof zich diende in te houden.⁶⁰⁰ Desondanks deze kritiek bleef de autoriteit van het Hof en de uitwerking van de zaken in deze periode echter beperkt. Deze hadden enkel een zichtbare impact voor de betrokken partijen.⁶⁰¹

Het is in de loop van de jaren 90 pas dat het Hof de mensenrechtenstandaarden uit het verdrag werkelijk gereflecteerd zag op het nationaal niveau in de lidstaten. Na een reeks zaken tegen Frankrijk, die ook vaste klant was geworden, volgde er eerst een tendens van verzet van de staat. Het Hof werd meer en meer als een laatste instantie gebruikt waarbij deze oordeelde over de werking van de constitutionele hoven en instanties van de staat. Uiteindelijk vloeide uit deze reeks aan zaken voort dat er een diepere nationale implementatie van het EVRM ontstond. In vele landen werd via een wettelijke ingreep het verdrag in de nationale hiërarchie van rechtsnormen ingebouwd waardoor de nationale rechtsinstanties het verdrag ook begonnen toe te passen. Deze tendens zette zich voort over heel Europa. Het is dus pas op dit punt dat het Hof zich echt als enige autoriteit op vlak van de toepassing van het EVRM begon te gedragen.⁶⁰²

Het aanvaarden van deze extensieve autoriteit en rol van het Hof was echter geen gekristalliseerd gegeven. De voormalig grootste criticaster van het Hof, het Verenigd Koninkrijk, kwam opnieuw in conflict met het Hof gedurende het ingaan van de nieuwe eeuw. Een terroristische aanslag in 2001 in de Verenigde Staten luidde de *war on terror* in, waar staten in strijd tegen terrorisme een hele reeks maatregelen en een ommezwaai van hun beleid inluiden. Zo wenste het Verenigd Koninkrijk radicale en/of terroristische individuen het land uit te zetten maar werd deze hierin tegengehouden door het Hof. Dit leidde er uiteindelijk toe dat het Hof zwaar onder vuur werd genomen in de media, waar er werd gesteld dat het Hof zijn bevoegdheid te buiten ging door legitieme en democratische politieke beslissingen van een overheid opzij te schuiven. Dit zette zich verder in het uiteindelijk niet implementeren en naleven van de zaken waarin de staat vond dat het Hof zijn bevoegdheid te buiten was gegaan.⁶⁰³

Deze visie bleef echter niet beperkt tot één staat. Meer en meer begonnen onder andere juridische experts, rechtsgeleerden, maar ook voorzitters van nationale grondwettelijke hoven in andere landen zoals België, Finland en Nederland, kritiek te geven op het Hof en diens verhouding met de nationale rechtsordes.⁶⁰⁴ Deze

⁵⁹⁹ M. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 Law and Contemporary Problems, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016, 152.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, 156-157.

⁶⁰¹ *Ibid.*, 158.

⁶⁰² *Ibid.*, 164-167.

⁶⁰³ *Ibid.*, 170.

⁶⁰⁴ M. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 Law and Contemporary Problems, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016, 174.

kritiek leek ook zijn effect niet te missen. Het Hof begon zowel in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk op zich als in het algemeen systematisch meer subsidiariteitsmechanismen te incorporeren in diens redeneerwijzen.⁶⁰⁵ Toch culmineerde de bestaande kritiek uiteindelijk in 2012 in de *Brighton Declaration* waarbij alle 47 staten van de Raad van Europa een vraag naar hervorming van het systeem lanceerden.⁶⁰⁶ Het principe van subsidiariteit als het anker van de verhouding tussen de staten en het Hof stond hierin voorop.⁶⁰⁷ Het doel van de staten was om de nationale rechtsinstanties maar ook nationale parlementen een centralere rol te geven in het Europese mensenrechtensysteem.⁶⁰⁸

Uiteindelijk mondde deze niet bindende verklaring in 2013 uit in een protocol 15 waarbij de preambule van het EVRM aangepast werd en een expliciete vermelding werd gemaakt van het subsidiariteitsbeginsel en de appreciatiemarge-doctrine.⁶⁰⁹ Uit onderzoek blijkt dat dit ertoe heeft geleid dat het Hof veel meer subsidiariteitsmechanismen is gaan gebruiken in diens uitspraken. Met die nuance dat het Hof dit vooral voor West-Europese landen toepaste en in veel mindere mate voor staten die recentelijk pas democratieën zijn geworden.⁶¹⁰

Het Inter-Amerikaans Hof bleef echter ook niet gespaard van kritiek op diens extensieve en dynamische interpretatie gedurende diens bestaan. Zo kwam er in de jaren 90 sterke kritiek en een scheur in de relatie van het Hof en Peru. In deze staat was er ten gevolge van een economische crisis en terroristische aanslagen een nieuwe president aan de macht gekomen. Alberto Fujimori pakte deze problemen op een geheel eigenwijze manier aan door terrorisme te bestrijden met verdwijningen, foltering en massa-executies. Uiteindelijk mondde dit regime ook uit in een afschaffing van het Congres en verwijdering van enige controlemechanismen op de macht van de president. De media kwam in handen van de overheid, repressieve wetten werden ingevoerd, speciale rechtbanken werden in het leven geroepen om terroristen te vervolgen en rechters in gewone rechtbanken werden uit hun positie geheven. Het is omtrent dit soort zaken dat het Inter-Amerikaans Hof een standpunt diende in te nemen in deze periode.⁶¹¹ De kritiek die voortkwam vanuit het

P. POPELIER, S. LAMBRECHT, & K. LEMMENS, *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level.*, Intersentia, 2016, 23-24.

⁶⁰⁵ M. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 Law and Contemporary Problems, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016, 171.

P. POPELIER, S. LAMBRECHT, & K. LEMMENS, *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level.*, Intersentia, 2016, 23-24.

⁶⁰⁶ M. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 Law and Contemporary Problems, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016, 169.

⁶⁰⁷ Brighton Declaration, the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 2012, https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf

⁶⁰⁸ M. MADSEN, *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, Journal of International Dispute Settlement ; iCourts Working Paper Series No. 100., 2017,

⁶⁰⁹ Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 2013, https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf.

⁶¹⁰ M. MADSEN, *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, Journal of International Dispute Settlement ; iCourts Working Paper Series No. 100., 2017, 33.

⁶¹¹ X. SOLEY & S. STEINIGER, *Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights.*, International Journal of Law in Context, 14(2), 2018, 247.

regime van Fujimori op het Hof was dan ook geen kritiek van een democratische staat maar van een autoritair regime dat geen inmenging wenste en zelf kritiek wou ontlopen.⁶¹²

Een gelijkaardige conclusie kan ook getrokken worden rond de kritiek die de staat Venezuela uitte tegenover het Hof. Deze kritiek volgde op een reeks uitspraken van het Hof omtrent ten eerste het gebrek aan respect voor de positie van rechters, die willekeurig werden ontslagen. Ten tweede de onderdrukking van media die kritiek uitte op het regime en ten derde de vervolging van politieke tegenstanders.⁶¹³ Het Chavez-regime tolereerde geen inmenging van het Inter-Amerikaans mensenrechtensysteem in de soevereiniteit van Venezuela.⁶¹⁴ Vanaf 2008 begon het toenmalige regime te dreigen met het terugtrekken van de staat uit het mensenrechtensysteem, dit gebeurde uiteindelijk ook in 2012.

Beiden regimes uitten dus voornamelijk eerder kritiek op het bestaan van het Hof en niet op het functioneren van het Hof, de staten wouden zelf zich onttrekken van kritiek.⁶¹⁵ Desondanks dat het Inter-Amerikaans Hof ook kritiek kreeg van staten die niet met zulke autoritaire regimes te maken hadden, zoals dit in Trinidad en Tobago⁶¹⁶ en de Dominicaanse republiek⁶¹⁷ het geval was, had deze kritiek van autoritaire regimes waarschijnlijk het effect dat het wantrouwen zoals dit bij het ontstaan van het Inter-Amerikaans Hof werd gecreëerd, versterkt werd.

Binnen het Inter-Amerikaans mensenrechtensysteem in 2011-2012 vond er een *strengthening process*⁶¹⁸ plaats zoals dit ook rond dezelfde periode in het Europese mensenrechtensysteem het geval was. Het systeem stelde zich dus open voor hervormingen, maar het wantrouwen van het Hof naar de staten toe leidde waarschijnlijk ertoe dat deze in verband met zaken rond de rechten van minderheden zoals seksuele minderheden, geen subsidiariteitsmechanismen heeft ingevoerd in diens redeneerwijzen. Het Inter-Amerikaans Hof koos dus mogelijks vanwege deze redenen in de zaken rond seksuele oriëntatie en het huwelijk voor diens universalistische aanpak waarbij evolutieve interpretatie en het verwijzen naar externe mensenrechtenstandaarden voorop stonden.⁶¹⁹

C. DE DIVERSITEIT VAN DE STATEN

Zoals vastgesteld in Deel II van deze masterproef maakt het VN-Mensenrechtencomité enkel op een impliciete gebruik van subsidiariteitsmechanismen in diens uitspraak rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht. Hiernaast maakt deze op inconsistente wijze hier gebruik van indien men deze uitspraak rond het huwelijk terugplaatst binnen het breder kader rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit.

⁶¹² *Ibid.*, 248.

⁶¹³ *Ibid.*, 249.

⁶¹⁴ *Ibid.*, 248.

⁶¹⁵ C. QUIROGA, *The Inter-American Court of Human Rights: 35 Years*, 33 *Neth. Q. Hum. Rts.* 118, 2015, 119+121-122.

⁶¹⁶ X. SOLEY & S. STEINIGER, *Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights.*, *International Journal of Law in Context*, 14(2), 2018, 243-247.

⁶¹⁷ *Ibid.*, 248-250.

⁶¹⁸ *Ibid.*, 254.

⁶¹⁹ M. DE PAUW, *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, in Y. HAECK, O. RUIZ-CHIRIBOGA & C. B. HERRERA (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, 2015, 17.

Een eerste verklaring die kan gegeven worden voor het feit dat het Comité slechts impliciet en inconsistent hiervan gebruik maakt is de diversiteit van de staten binnen het mensenrechtensysteem. Zo is het aantal leden van de Raad van Europa en dus het Europees Hof veel lager dan die van de Verenigde Naties en dus het Comité. De lidstaten van de Raad van Europa waarop de subsidiariteitsmechanismen het meest worden toegepast hebben over het algemeen een gedeelde geschiedenis, cultuur en politieke traditie. Dit zorgt ervoor dat er geen extreme variaties in interpretatie van het EVRM zouden ontstaan. Dit kan niet gesteld worden voor de lidstaten van het Comité. Het is veel moeilijker voor het Comité om enige gemeenschappelijke grond te vinden bij hun staten waardoor het gebruik van subsidiariteitsmechanismen ervoor zou kunnen zorgen dat er enorme divergenties zouden zijn in interpretatie.⁶²⁰

Bovendien is het ook zo dat het Europees Hof zoals aangegeven in de verklaring van het verschil met het Inter-Amerikaans Hof, het gebruik van subsidiariteitsmechanismen bij West-Europese staten wenselijk vindt aangezien dit democratische staten zijn. Het Hof vertrouwt de staten in zoverre dat zij hun rol zullen vervullen. Binnen het mensenrechtensysteem van het VN-Mensenrechtencomité bevinden zich echter ook zeer duidelijk niet-democratische staten waarbij mechanismen vaak ontbreken om deze mensenrechten lokaal net te garanderen.⁶²¹ Het is dus waarschijnlijk hierdoor dat het Comité geen algemene alsook expliciete mechanismen toepast maar enkel op impliciete wijze waar het hen opportuun lijkt.

D. DE AARD VAN DE RECHTSINSTELLING

Hiernaast volgt uit de aard van het VN-Mensenrechtencomité ook een mogelijke verklaring voor waarom deze inconsistent gebruik maakt van vormen van subsidiariteit. Het is namelijk zo dat het Comité ten eerste slechts jurisdictie heeft aan de hand van een optioneel protocol over 2/3den van het aantal staten die het IVBPR hebben geratificeerd en dat het ten tweede geen bindende uitspraken kan doen. Dit leidt er mogelijk toe dat het Comité geen inspraak van staten zal toelaten in bepaalde zaken zodat de standaarden die worden vastgelegd in zo'n niet bindende uitspraak niet verder verwaterd door ook nog eens veel discretie aan de staten te geven.⁶²² Het Europees Hof heeft wel de rechtsmacht om bindende uitspraken te doen, en kan dus als een soort compromis enige inspraak toelaten zodat wat dan wel wordt beslist in de uitspraak geen kritiek zal ontvangen en dus effectief zal geïmplementeerd worden. Doordat het resultaat dan bindend is, is er minder kans op verwatering van de standaarden.⁶²³

E. TIJDSTIP

Een mogelijke reden voor het toepassen op impliciete wijze van enige subsidiariteit in de zaak rond het huwelijk door het Comité en het afwijken hiervan in het breder kader zou de timing kunnen zijn. In vergelijking met de andere rechtsinstellingen zien we dat het vraagstuk rond het huwelijk reeds in 2002 aan het Comité werd voorgelegd. Het Comité had op dit moment nog niet veel zaken binnen de materie i.v.m.

⁶²⁰ Y. SHANY, *All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 9, Issue 2, 2018, 189.

⁶²¹ *Ibid.*, 189-190.

⁶²² Y. SHANY, *All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 9, Issue 2, 2018, 197-198.

⁶²³ *Ibid.*, 197-198.

seksuele oriëntatie beoordeeld en dus ook nog geen lijn hierrond opgebouwd. Dit waar het Europees Hof in 2010 en het Inter-Amerikaans Hof in 2017 weldegelijk al een kader hadden opgebouwd. Een rechtsinstelling die een bepaalde lijn heeft aangenomen rond een onderwerp, zal de hierop volgende zaken sneller in overeenstemming met dit bestaand kader beoordelen.

AFDELING II: SPECIFIEKE VERKLARINGEN

A. POLITIEKE EVOLUTIE OMTRENT SEKSUELE MINDERHEDEN IN DE STATEN

Binnen het Europese mensenrechtensysteem is er het laatste decennium een opmerkelijke trend ontstaan waarbij er naast een groeiend aantal staten die het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht heeft ingevoerd ook een heel aantal staten zijn die hun grondwet hebben aangepast om deze vorm van huwelijk net expliciet te gaan uitsluiten. In een aantal staten was dit weliswaar al zo omschreven in de grondwet nog voor in 2001 Nederland als allereerste het huwelijk had opengesteld voor koppels van hetzelfde geslacht. Toch is het duidelijk dat sindsdien het aantal staten die overgaan tot een grondwettelijke hervorming blijft stijgen. Met Bulgarije, Litouwen, Wit-Rusland, Moldavië, Oekraïne, Polen, Letland, Servië, Montenegro, Hongarije, Kroatië, Slovakije, Armenië en Georgië kan dit toch als een expliciete vorm van verzet gezien worden dat mogelijk impact kan hebben op de beoordeling en visie van het Europees Hof voor de rechten van de mens.⁶²⁴ Aangezien de Raad van Europa uit 47 lidstaten bestaat is dit toch enigszins een grote groep aan staten.

Het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens heeft in tegenstelling weinig tot geen georganiseerde reactie gekend op diens ontwikkeling van rechten van seksuele minderheden. De enige zaak die hier uit springt betrof de presidentskandidaat uit Costa Rica die zijn campagne volledig had gebaseerd op een anti-Inter-Amerikaans programma als gevolg van de advisory opinion van 2017 rond het huwelijk. Deze kandidaat kreeg veel stemmen maar werd uiteindelijk niet verkozen.⁶²⁵ Toch is het zo dat er een tendens is waarin staten de rechtspraak van het Inter-Amerikaans Hof rond seksuele oriëntatie aanvaarden. Desondanks dat de staat Chili in de zaak *Atala Riffo* verwees naar de legitimiteit van het Hof en dat deze geen verregaande regulerende rol diende aan te nemen, stuitte het Hof niet op extreem verweer na de uitspraak in deze zaak.⁶²⁶ Meer nog zowel Chili als Costa Rica zelf hebben bijvoorbeeld ook de *advisory opinion* van 2017 in de praktijk toegepast.⁶²⁷ Het feit dat er geen extreme tegenkanting volgde op al deze zaken valt ook op aan het

⁶²⁴ M. MOS, *The anticipatory politics of homophobia: explaining constitutional bans on same-sex marriage in post-communist Europe, East European Politics*, 2020, <https://www.tandfonline.com/action/showCitFormats?doi=10.1080%2F21599165.2020.1733983&area=0000000000000001>, 1-2.

⁶²⁵ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 383.

J. CONTESSE, *Resisting the Inter-American Human Rights System*, 44 YALE J. INT'L L., 180.

M. SAEZ, *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019, 348-349.

⁶²⁶ Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 februari 2012, nr. 239, (*Atala Riffo/Chili*), §74.

⁶²⁷ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 384.

M. SAEZ, *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019, 349-350.

<https://www.globalcitizen.org/en/content/costa-rica-same-sex-marriage-ruling-2020/>

aantal staten die al legislatief hierrond hebben ingegrepen en toch minstens in bepaalde mate dus deze progressieve rechtspraak hebben nageleefd.⁶²⁸

HOOFDSTUK II: CONCLUSIE

Een verklaring over waarom het Europees Hof algemeen gezien wel gebruikt maakt van subsidiariteitsmechanismen in de zaken rond seksuele oriëntatie en het Inter-Amerikaans Hof dit niet doet, ligt dus vooral in een wisselwerking tussen de ontstaansgeschiedenis alsook politieke evoluties van de rechtsstelsels. Beide rechtsinstellingen kenden als gevolg van politieke evoluties een vorm van kritiek op hun extensieve interpretatie van de respectievelijke verdragen.

Het Europees Hof begon als een instelling waarbij zowel diens jurisdictie als het individueel klachtensysteem optioneel waren, waardoor deze een zeer beperkte en staatsvriendelijke interpretatie van het EVRM afleverde. Het in rekening nemen van de visies van de staten was op dat moment dus gebruikelijk. Toen deze dan toch overstapte naar een extensievere en dynamischere interpretatie kreeg deze zaken voorgeschoteld die van een heel andere aard waren dan degene die voor het Inter-Amerikaans Hof gedurende deze periode werden gebracht. Dit waren geen zaken die betrekking hadden op grove en massale mensenrechtenschendingen. Desondanks het feit dat het Europees Hof een sterkere positie begon in te nemen als beschermer van de rechten vervat in het EVRM, had deze niet te maken met autoritaire regimes maar democratische staten.

Het is dan ook hierdoor dat wanneer er kritiek van de staten begon te komen over de vergaande en extensieve interpretatiemethoden van het Hof, deze het wenselijk vond om over te schakelen naar een systeem waarin meer inspraak en subsidiariteit voor de staten mogelijk was. Alsook om volgend op de *Brighton declaration* dit ook te gaan verankeren in de preambule van het EVRM via protocol 15. Het Hof kon democratische staten in principe vanwege hun gezamenlijke geschiedenis vertrouwen om effectief hun aandeel in het verhaal te vervullen. Dit lijkt bevestigd te worden doordat het Hof deze mechanismen grotendeels vooral toepast in zaken met betrekking tot de West-Europese democratische staten en minder voor de staten die recenter democratieën zijn geworden, zoals bijvoorbeeld de Oost-Europese landen die als gevolg van het uiteenvallen van de Sovjet-Unie deel van het Europees mensenrechtensysteem zijn geworden. Dit komt dus voort uit een relatie van vertrouwen, in schril contrast met het wantrouwen van het Inter-Amerikaans Hof naar de meeste staten toe in het inter-Amerikaans systeem.

Indien we kijken naar de ontstaansgeschiedenis van het Inter-Amerikaans Hof waarbij deze gevat werd om over grove mensenrechtenschendingen van autoritaire regimes te oordelen en waarbij er een relatie van wantrouwen werd gecreëerd, vinden we een verklaring voor waarom deze geen subsidiariteitsmechanismen origineel toepaste alsook waarom deze niet op dezelfde wijze als het Europees Hof heeft gereageerd op kritiek. Bovendien is het zo dat de kritiek vanuit de hoek van Peru en Venezuela, die op het moment van verzet tegen het Hof terug autoritaire regimes vormden, het wantrouwen van het Inter-Amerikaans Hof in de hand kan gewerkt hebben.

⁶²⁸ J. CONTESSE, *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019, 353-354.

De verklaringen voor de vastgestelde verschillen tussen het VN-Mensenrechtencomité en vooral het Europees Hof voor de rechten van de mens stromen grotendeels voort uit het verschil in aard van de rechtsinstellingen. Vanwege de niet-bindende kracht van het Comité dient deze een geheel andere werkwijze toe te passen om toch tot een substantieel resultaat te komen. Voor het Europees Hof is het toestaan van inspraak van de staten iets wat ertoe kan leiden dat deze staten de uitspraken beter gaan naleven aangezien deze bindend zijn. Voor het Comité is deze garantie er niet en zou inspraak de normatieve legitimiteit sterk kunnen ondermijnen, de inhoud zou kunnen verwateren.

Bovendien is er uiteindelijk ook het element van timing van de uitspraken rond het huwelijk. Het Comité diende als eerste internationale mensenrechteninstelling over dit vraagstuk te oordelen en had ten tijde nog geen uitgebreid kader van zaken rond seksuele oriëntatie opgebouwd. Hierdoor had deze dus ook nog geen bepaalde lijn hierrond ontwikkeld. Dit kan verklaren waarom het Comité in 2002 impliciet wel gebruik maakte van subsidiariteitsmechanismen en in de zaken na deze uitspraak rond seksuele oriëntatie hier amper tot geen gebruik van leek te maken.

Tenslotte kan men ook concluderen dat het al dan niet toepassen van subsidiariteitsmechanismen specifiek mogelijk beïnvloed is geweest door de politieke evolutie vooral binnen het Europese Mensenrechtensysteem waar een tegenreactie van voornamelijk Oost-Europese staten is ontstaan als gevolg van de evoluerende rechten van seksuele minderheden in Europa.

DEEL V: ALGEMENE CONCLUSIE

Deze masterproef werd vanwege de gekozen onderzoeksmethode, de rechtsvergelijking, gestart met een blik op het bredere kader van uitspraken van de geselecteerde mensenrechteninstellingen. Het bekijken van ook de zaken algemeen in verband met seksuele oriëntatie en genderidentiteit was noodzakelijk om een essentiële stap in het rechtsvergelijkend proces te voltooien. Het terug plaatsen van de het onderzoeksobject in diens eigen context. Enkel zo kon men zowel in het vergelijkend als het verklarend stuk van deze masterproef tot conclusies komen.

Uit deel I concludeerden we dat de opbouw van een kader door de mensenrechteninstellingen rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit reeds al verschillen opleverde. Waar het VN-Mensenrechtencomité en het Europees Hof voor de rechten van de mens hun eerste uitspraken in de jaren 80 en 90 vielen en decriminaliseringszaken betroffen, beslechte het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens in 2012 een eerste maal een zaak, binnen het domein van het familierecht. Hiernaast kon men ook vaststellen dat het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens en het VN-Mensenrechtencomité consistentere schendingen onder het Amerikaans Verdrag voor de mensenrechten en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten vaststelden terwijl er binnen het kader van het Europees Hof voor de rechten van de mens duidelijk meer ruimte werd gelaten aan de staten en er meer gebruik werd gemaakt van subsidiariteitsmechanismen zoals de appreciatiemarge-doctrine.

In deel II volgde dan de analyse van het werkelijke onderwerp van deze masterproef, in het kader van de onderzoeksvraag: wat zijn de gelijkenissen en verschillen in visie en redeneerwijzen van de mensenrechteninstellingen in de uitspraken rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht?

Uit deze analyse volgde dat het VN-Mensenrechtencomité het interpretatieprincipe *generalia specialibus non derogant* en een tekstuele/letterlijke interpretatie van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten had toegepast. Volgend hierop besloot het Comité in 2002 dat er onder het verdrag geen huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht werd voorzien en er dus geen verplichting was voor staten om dit in te voeren. Uit de redeneerwijzen van het Comité bleek dat deze ook toepassing maakte van een impliciete consensusredenering, een mechanisme waarbij de visie van de staten in rekening wordt genomen en die dus voor subsidiariteit in de verhouding tussen de mensenrechteninstelling en de staten zorgt.

Het Europees Hof voor de rechten van mens maakte in vergelijking met het Comité expliciet toepassing van een consensusredenering als onderdeel van diens appreciatiemarge-doctrine. Hierbij kwam deze in 2010 en in 2015 tot het oordeel dat er onder het Europees Verdrag voor de rechten van de mens geen verplichting tot het openstellen van het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht bestond. Het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens paste in tegenstelling tot de andere mensenrechteninstellingen een evolutieve/dynamische interpretatie toe op het Amerikaans verdrag voor de mensenrechten. Deze verwierp hier expliciet ook een toepassing van een consensusredenering zoals deze gebruikt werd door het Europees Hof voor de rechten van de mens. Als gevolg hiervan besloot het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens dat er wel een verplichting bestond onder het verdrag voor de staten om het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht in te voeren.

Hieruit konden we concluderen dat het Inter-Amerikaans Hof en het Europees Hof in de materie rond het huwelijk elkaars tegenpolen zijn in verband met het gebruik van interpretatiemechanismen die subsidiariteit brengen in de uitspraken. Het Inter-Amerikaans Hof weigerde deze in overweging te nemen terwijl het Europees Hof hier expliciet gebruik van maakte. Deze conclusie kon men ook doortrekken naar deel I van de masterproef, waar het Inter-Amerikaans Hof consistent hier geen gebruik van maakte en waar het Europees Hof consistent deze wel in rekening nam. Voor het VN-Mensenrechtencomité was dit echter anders. Waar deze impliciet wel subsidiariteit invoerde in diens zaak rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht, was dit niet het geval voor de andere zaken in het breder kader.

Uiteindelijk is er getracht om ter beantwoording van de tweede en laatste onderzoeksvraag voor deze vastgestelde verschillen en gelijkenissen een verklaring te vinden. In deel III werd duidelijk dat de ontstaansgeschiedenis van zowel het Europees als het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens een sterke impact heeft gehad op diens respectievelijke redeneerwijzen. Waar het Inter-Amerikaans Hof te maken kreeg in diens eerste jaren met massale en grove mensenrechtenschendingen van de staten op hun burgers alsook het gebrek aan onderzoek van de staten in deze schendingen, leidde ertoe dat er een wantrouwen gegroeid is. Het Europees Hof startte vanwege diens ontstaansgeschiedenis als een bescheiden en staatsvriendelijk orgaan, dit viel te wijten aan het landschap dat gedomineerd werd door de realiteit van de Koude Oorlog en het kolonisatieverhaal. Het Europees Hof stond dus van bij het begin open voor inspraak van de staten om deze zo meer en meer aan boord van het project te krijgen. Uiteindelijk kregen beiden kritiek te verwerken, maar de kritiek op het Europees Hof was afkomstig van democratische staten waar de kritiek op het Inter-Amerikaans voortkwam van recent opnieuw ontstane dictatoriale regimes. Een combinatie van zowel deze ontstaansgeschiedenis als politieke evoluties leidde ertoe dat het voor het Europees Hof, na een periode van zeer extensieve en dynamische rechtspraak, logisch was om inspraak van de staten toe te laten vanwege een soort vertrouwensrelatie. Deze vertrouwensrelatie ontbrak geheel bij het Inter-Amerikaans Hof en de staten uit diens mensenrechtensysteem.

Een verklaring voor de vastgestelde verschillen tussen het VN-Mensenrechtencomité en het Europees Hof voor de rechten van de mens kon dan weer gevonden worden in het verschil in aard van de instellingen. Zo is het Europees Hof een instelling die bindende uitspraken kan vaardigen terwijl het VN-Mensenrechtencomité ten eerste slechts jurisdictie heeft indien de staten hiervoor kiezen en ten tweede diens uitspraken niet bindend zijn op zichzelf. Indien het Comité inspraak van de staten zou toelaten dan zou dit in combinatie met het gebrek aan bindende kracht dus kunnen leiden tot een verwatering van de standaarden.

Hiernaast is er ook een verschil in het landschap van staten van de instellingen. Het Europees Hof maakt deel uit van een regionaal mechanisme waardoor deze over het algemeen te maken heeft met staten die een gedeelde geschiedenis, cultuur en politieke traditie kennen. Waar dit niet het geval is blijkt dat het Europees Hof minder snel zal gebruik maken van subsidiariteitsmechanismen. Het VN-Mensenrechtencomité als onderdeel van de Verenigde Naties heeft echter een meer gediversifieerd bereik waaronder ook staten waar er minder waarborgen aanwezig zijn inherent aan een democratische staatsvorm. Deze staten kunnen minder goed garanderen dat ze zelf de standaarden zullen waarborgen waardoor het Comité ten eerste niet expliciet en ten tweede niet consistent subsidiariteitsmechanismen zal toepassen.

Uiteindelijk valt ook de impact van de timing niet te onderschatten. Het VN-Mensenrechtencomité kreeg als eerste instelling het vraagstuk rond het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht voorgelegd en had op dat moment nog geen werkelijk kader opgebouwd rond seksuele oriëntatie en genderidentiteit zoals dit voor het Inter-Amerikaans en Europees Hof wel het geval was. Op het moment dat deze instellingen over dit vraagstuk dienden te oordelen hadden zij al een kader opgebouwd waarin een duidelijke lijn in visie en redeneerwijzen werd toegepast. Het feit dat dit voor het Comité niet het geval was kan verklaren waarom deze in de zaak rond het huwelijk wel enige subsidiariteit invoerde en in latere zaken niet meer ook al hadden alle zaken betrekking op de rechten van seksuele minderheden.

Ten laatste kunnen we het verschil in gebruik van subsidiariteitsmechanismen tussen de mensenrechteninstellingen ook specifiek situeren en enigszins verklaren door de reactie van de staten op het onderwerp van het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht. Vanuit het Europese Mensenrechtensysteem is er bijvoorbeeld een tegenreactie ontstaan waarbij staten hun grondwet hebben aangepast om het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht specifiek uit te sluiten. Dit kan ertoe geleid hebben dat het Europees Hof in 2015 besloot om diens visie alvast niet bij te sturen of te versoepelen. Het Inter-Amerikaans Hof kende geen zulke tegenkanting op diens rechtspraak rond seksuele oriëntatie en de *pushback* tegen de advisory opinion 2017 is uiteindelijk in het voordeel van het Hof beslecht door het Hooggerechtshof van Costa Rica. Vanuit deze specifieke context werden de verschillen dus waarschijnlijk versterkt.

Hierbij acht ik dan ook de onderzoeksvragen beantwoord en deze masterproef afgerond.

BIBLIOGRAFIE

Wetgeving

- Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, 4 november 1950.
- Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, 19 december 1966.
- Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, 23 mei 1969.
- Amerikaans verdrag voor de Mensenrechten, 22 november 1969.
- Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, 10 december 1948.

Rechtsleer

- ABRUSCI, E., *The IACtHR Advisory Opinion: one step forward or two steps back for LGBTI rights in Costa Rica?*, EJIL Talk!, <https://www.ejiltalk.org/the-iacthr-advisory-opinion-on-gender-identity-equality-and-non-discrimination-for-same-sex-couples-one-step-forward-or-two-steps-back-for-lgbti-rights-in-costa-rica/>.
- ARCHIBALD, J., DEGAETANI, A., FRAME, M., KEMP, S., KNOWLTON, N., MUTTERSBAUGH, S., OSBORNE, W., RAESSLER, S. & ROBINSON, T., *Human rights in Latin-America*, Review Digest, 2006.
- BEJZYK, M., *Developments on LGBTI Rights at the United Nations*, 110 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 25, 30, 2016.
- BENVENISTI, E., *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 843 1999.
- CONTESSE, J., *Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System*, 79 *Law and Contemporary Problems*, 2016.
- CONTESSE, J., *Resisting the Inter-American Human Rights System*, 44 YALE J. INT'L L., 2019.
- CONTESSE, J., *Sexual Orientation and Gender Identity in Inter- American Human Rights Law.*, North Carolina Journal of International Law 353, 44, 2019.
- COOPER, S., *Marriage, family, discrimination contradiction: An evaluation of the legacy and future of the European court of human rights' jurisprudence on lgbt rights.*, German Law Journal, 12 (10), 2011.
- COSTA, J., *The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights*, Helsinki, 2008.
- CROMBIE, N., *A Harmonious Union: The Relationship between States and the Human Rights Committee on the Same-Sex Marriage Issue*, 51 Colum. J. Transnat'l L. 696, 2013.
- DE PAUW, M., *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, in HAECK, Y., RUIZ-CHIRIBOGA, O. & HERRERA, C., (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, 2015.
- DZEHTSIAROU, K., *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press., 2015.
- EDEL, F., *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity.*, Council of Europe, 2015.
- FENWICK, H., *Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe : driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis?*, European human rights law review., 2016.

- GALLO, D., PALDINI, L. & PUSTORINO, P., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*. 1st ed., 2014.
- GERBER, G., TAY, K. & SIFRIS, A., *Marriage: a human right for all?*, Sydney law review, 36 (4), 2014.
- GORLE, F., BOURGEOIS, G., BOCKEN, H., REYNTJENS, F., DE BONDT, W. & LEMMENS, K., *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007.
- GROSSMAN, C., *The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future*, 83 Ind. L.J., 2008.
- HODSON, L. *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, *Human Rights Law Review*, Volume 11, Issue 1, 2011.
- JAKUSZEWICZ, A., *Doctrinal interpretation of article 23 (2) of the international covenant on civil and political rights*, 2019.
- JOHNSON, P. & FALCETTA, S., *Same-Sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights*, in ASHFORD, C. & MAINE, A., (eds), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law* (Edward Elgar Publishing, Forthcoming), 2018.
- JOHNSON, P., *The choice of wording must be regarded as deliberate”: same-sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights*, *European Law Review.*, 2015.
- JOSEPH, S., *Human Rights Committee: Recent Cases*, *Human Rights Law Review* 91,3(1), 2003.
- JOSEPH, S., *Latest Case Law Trends: the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 October 2013, <https://castancentre.com/2013/10/28/latest-case-law-trends-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>.
- JOSEPH, S., *UN Human Rights Committee: Latest trends under the Optional Protocol*, 9 Oktober 2013, International Service for Human Rights, <http://www.ishr.ch/news/un-human-rights-committee-latest-trends-under-optional-protocol>.
- KAGIAROS, D., *When to use European consensus: Assessing the differential treatment of minority groups by the European Court of Human Rights.*, in P. KAPOTAS & V. TZEVELEKOS (eds), *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*. Cambridge University Press, 2019.
- KOKKINI-IATRIDOU, D., *Een Inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*. Deventer: Kluwer”, 1988.
- LANGFORD, M., *Revisiting Joslin v. New Zealand: Same-Sex Marriage in Polarised Times*, 2017, in BREMS, E. & DESMET, E., *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions*, Edward Elgar, 2017, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-12.
- LIESKER, H., *Caught in a Balancing Act: The European Court of Human Rights and the Road to Recognition for Sexual Minorities*, *Oslo Law Review*, Vol. 4, No. 3-2017, 2017.
- LIXINSKI, L., *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights.*, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 3, 2017.
- MADSEN, M. *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*. In CHRITOFFERSEN, J. & MADSEN, M., *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press? 2011.
- MADSEN, M., *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, *Journal of International Dispute Settlement ; iCourts Working Paper Series No. 100.*, 2017.

- MADSEN, M., *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79:1 Law and Contemporary Problems, iCourts Working Paper Series, nr. 20., 2016.
- MCGOLDRICK, D., *Affording States a Margin of Appreciation: Comparing the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights.*, Leiden, The Netherlands: Brill, 2017.
- MOS, M. *The anticipatory politics of homophobia: explaining constitutional bans on same-sex marriage in post-communist Europe*, East European Politics, 2020, <https://www.tandfonline.com/action/showCitFormats?doi=10.1080%2F21599165.2020.1733983&area=0000000000000001>.
- MURRAY, J., *Consensus: Concordance, or Hegemony of Majority' in Dialogues between Judges*, Council of Europe, 2008.
- POPELIER, P., LAMBRECHT, S. & LEMMENS, K., *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level.*, Intersentia, 2016.
- POPPELWELL, C., *The European Court of Human Rights and Same-Sex Marriage. The Consensus Approach*, PluriCourts Research Paper No. 16-10, 2016.
- QUIROGA, C., *The Inter-American Court of Human Rights: 35 Years*, 33 Neth. Q. Hum. Rts. 118, 2015.
- ROOS, O. & MACKAY, A., *A Shift in the United Nations Human Rights Committee's Jurisprudence on Marriage Equality? An Analysis of Two Recent Communications from Australia*, 42(2) University of New South Wales Law Journal, 2019.
- ROOS, O., & MACKAY, A., *The Evolutionary Interpretation of Treaties and the Right to Marry: Why Article 23(2) of the ICCPR Should Be Re-Interpreted to Encompass Same-Sex Marriage*, 2017, 49(4), George Washington International Law Review.
- SAEZ, M., *In the right direction: Family diversity in the inter-American system of human rights.*, North Carolina Journal of International Law, 44(2), 2019.
- SANTARELLI, N. *Gender Identity, and Equality and Non-discrimination of Same Sex Couples.*, American Journal of International Law, 112(3), 2018.
- SHAHID, M., *The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments concerning Equal Marriage Rights.*, Erasmus Law Review, vol. 10, no. 3, 2017.
- SHANY, Y., *All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 9, Issue 2, 2018.
- SOLEY, X. & STEINIGER, S., *Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights.*, International Journal of Law in Context, 14(2), 2018.
- SPIELMANN, D., *Whither the Margin of Appreciation?*, Current Legal Problems, Volume 67, Issue 1, 2014.
- WRIGHT, T., *Human Rights in Latin America: History and Projections for the Twenty-First Century*, 30 Cal. W. Int'l L.J. 303, 2000.

Rechtspraak

- Internationaal Hof van Justitie, 3 maart 1950, *Adviesopinie omtrent de bevoegdheid van de Algemene Vergadering in het beoordelen van de toelating van een staat tot de Verenigde Naties*, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/9/009-19500303-ADV-01-00-EN.pdf>.
- Europees Hof voor de rechten van de mens 22 oktober 1981, nr. 7525/756, (Dudgeon/Verenigd Koninkrijk).
- VN-Mensenrechtencomité 2 april 1982, nr. 61/1979, (Hertzberg/Finland), CCPR/C/15/D/61/1979.
- VN-Mensenrechtencomité 9 juli 1985, nr. 185/1984, (L.T.K./Finland), CCPR/C/25/D/185/1984.
- VN-Mensenrechtencomité 18 juli 1986, nr. 118/1982, (J.B./Canada), CCPR/C/40/41/D/118/1982.
- Europees Hof voor de rechten van de mens 17 oktober 1986, nr. 9532/81, (Rees/Verenigd Koninkrijk).
- Europees Hof voor de rechten van de mens 27 september 1990, nr. 10843/84, (Cossey/Verenigd Koninkrijk).
- VN-Mensenrechtencomité 25 december 1992, nr. 488/1992, (Toonen/Australië), CCPR/C/50D/488.
- VN-Mensenrechtencomité 16 oktober 1997, nr. 682/1996, (Westerman/Nederland), CCPR/C/61/D/682/1996.
- Europees Hof voor de rechten van de mens 30 juli 1998, nr. 22985/93 en 23390/94, (Sheffield & Horsham/Verenigd Koninkrijk).
- Europees Hof voor de rechten van de mens 11 juli 2002, nr. 28957/95, (Goodwin/Verenigd Koninkrijk).
- VN-Mensenrechtencomité 17 juli 2002, nr. 902/1999, (Joslin/Nieuw-Zeeland), CCPR/C/75/D/902/1999.
- VN-Mensenrechtencomité 5 augustus 2002, nr. 829/1998, (Roger Judge/Canada), CCPR/C/78/D/829/1998.
- VN-Mensenrechtencomité 6 augustus 2003, nr. 941/2000, (Young/Australië), CCPR/C/78/D/941/2000.
- VN-Mensenrechtencomité 3 november 2006, nr. 1321/2004 & 1322/2004, (Yoon & Choi/Zuid-Korea), CCPR/C/88/D/1321-1322/2004.
- Europees Hof voor de rechten van de mens 26 november 2006, nr. 42971/05, (Parry/Verenigd Koninkrijk).
- VN-Mensenrechtencomité 30 maart 2007, nr. 1361/2005, (X/Colombia), CCPR/C/89/D/1361/2005.
- Europees Hof voor de rechten van de mens 3 mei 2007, nr. 1543/06, (Bączkowski e.a./Polen).
- Internationaal Hof van Justitie 13 juli 2009, *Geschil in verband met Navigatie en gerelateerde rechten*, (Costa Rica/Nicaragua), <https://www.icj-cij.org/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf>.
- Europees Hof voor de rechten van de mens 22 november 2010, nr. 30141/04, (Schalk & Kopf/Oostenrijk).
- Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 februari 2012, nr. 239, (Atala Riffo/Chili).
- VN-Mensenrechtencomité 31 oktober 2012, nr. 1932/2010, (Fedotova/Rusland), CCPR/C/106/D/1932/2010.
- VN-Mensenrechtencomité 25 juli 2013, nr. 2149/2012, (M.I./Zweden), CCPR/C/108/D/2149/2012.
- Europees Hof voor de rechten van de mens 7 november 2013, nr. 29381/09 & 32684/09, (Vallianatos/Griekenland).
- Europees Hof voor de rechten van de mens 16 juli 2014, nr. 37359/09, (Hämäläinen/Finland).
- Europees Hof voor de rechten van de mens 21 juli 2015, no 18766/11 & 36030/11, (Oliari e.a./Italië).
- Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 26 februari 2016, nr. 310, (Duque/Colombia).
- Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 31 augustus 2016, nr. 315, (Flor Freire/Ecuador).
- VN-Mensenrechtencomité 17 maart 2017, nr. 2172/2012, (G/Australië), CCPR/C/119/D/2172/2012.

- VN-Mensenrechtencomité 28 maart 2017, nr. 2216/2012, (C/Australië), CCPR/C/119/D/2216/2012.
- Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens 24 November 2017, (Advisory opinion OC-24/17).

Andere documenten

- Brighton Declaration, the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 2012, https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf.
- https://ilga.org/downloads/ILGA_Sexual_Orientation_Laws_Map_2019.pdf.
- https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf.
- https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf.
- <https://www.globalcitizen.org/en/content/costa-rica-same-sex-marriage-ruling-2020/>.
- Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de mens 2 april 2014, rapport nr. 5/14, (Duque/Colombia).
- Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de mens 4 november 2013, rapport nr. 81.13 (Flor Freire/Ecuador).
- Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 2013, https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf.
- The Economist, *Latin America's Human-Rights Court Moves into Touchy Territory*, <https://www.economist.com/the-americas/2018/02/01/latin-americas-human-rights-courtmoves-into-touchy-territory>, 2018.
- VN-Mensenrechtencomité 20 juli 1993, Algemene commentaar Nr. 22: Artikel 18 recht op vrijheid van denken, geweten en godsdienst), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.