

RECHT IN KORT BESTEK

De homoseksueel en zijn relatie tot een partner in het kader van artikel 8 § 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)

Bart Goossens

De opzet van dit artikel is na te gaan in welke mate de homoseksueel beroep kan doen op art. 8 § 1 ter bescherming van het seksueel leven als deel van het privé-leven en in hoeverre de homoseksuele relatie te beschouwen is als een gezinsrelatie in de zin van art. 8 § 1.

Vooraleer we deze vraag vanuit de juridische hoek zullen benaderen, is het interessant het probleem te situeren in zijn maatschappelijke context.

§ 1. HOMOSEXUALITEIT: ANDERS OF ... GEWOON HET-ZELFDE? (1)

“Homosexualiteit is zo oud als de mens”, schreef Goethe eens, “en kan daarom als iets natuurlijks worden beschouwd” (2). In sommige culturen werden ze zelfs sociaal aanvaard (3) en ook nu nog wordt ze in 49 van de 76 samenlevingen, waarvan de sexuologen Ford en Beach informatie hadden, in verschillende vormen geaccepteerd (4). In onze westerse cultuur speelde de homosexualiteit zich altijd af in een taboe-

(1) Een deel van de titel is overgenomen van de titel van het boek van SENGERS, W.J., *Gewoon hetzelfde? Een visie op de vragen rond de homofilie*, Bussum, Paul Brand, 1971.

(2) FORD, C.S. en BEACH, F.A., *Patterns of sexual behavior*, New York, Harper and Low, 1951. Nederlandse vertaling: *Vormen van seksueel gedrag*, Antwerpen, Het Spectrum, 1970, 157.

(3) Zoals bv. bij de Grieken. *Ibid.*, 157. Een verklaring van die tijd voor hetero- en homofiele tweerelaties vindt men terug in de androgyne mythe, die Plato in het *Gastmaal* de blijspel-dichter Arisophanes in de mond legt: oorspronkelijk bestonden er op aarde alleen dubbelwezens met een mannelijke en een vrouwelijke kant, of met twee mannelijke of vrouwelijke kanten, die door de goden te sterk en te gevaarlijk werden bevonden. Ze hebben ze daarom in twee helften gekapt. Sindsdien zoekt ieder naar zijn andere helft om zijn eigen eenheid en ‘zelfheid’ te herstellen. (*Ontmoeting met de liefde (relatievorming en seksualiteit)*, ed. BURG-GRAEVE, R. en SCHOTSMANS P., Leuven, ACCO, 1984, 7. Citeerwijze: *Ontmoeting met de liefde*).

(4) FORD, C.S. en BEACH, F.A., *o.c.*, 163. Bij de Koniag bv. worden sommige jongens opgevoed voor een vrouwelijke rol. Zij leren vrouwenwerk, dragen vrouwensieraden en worden opgeleid voor vrouwelijke taken. Als deze jongens volwassen geworden zijn, worden zij de vrouw van een belangrijk lid in die maatschappij. Gewoonlijk kent men hen magische vermogens toe en genieten zij een groot aanzien. (*Ibid.*, 164).

sfeer (5). Meer en meer wordt ze echter doorbroken, wat een zeer delicate aangelegenheid is, omdat men hier te doen heeft met een dubbel spanningsveld. Enerzijds heeft de homoseksueel het niet gemakkelijk om tot zelferkenning en zelfaanvaarding te komen en anderzijds heeft de heteroseksueel het moeilijk om het verlangen van de homoseksueel naar een vriend(in) van hetzelfde geslacht te aanvaarden (6). Zelfs wanneer men rationeel gezien geen problemen heeft met het fenomeen van de homosexualiteit, blijft er op z'n minst eenzeker onbehagen wanneer men bv. twee mannen elkaar een kus zien geven. Dit laatste geldt zeker voor de meerderheid in onze maatschappij, die nog altijd de homoseksualiteit erg negatief evalueren, wat aanleiding geeft tot o.m. agressie (7).

De enige oplossing voor dit probleem kan alleen een authentieke integratie van de homoseksueel in de maatschappij zijn (8), wat automatisch een meer menselijke visie op de seksualiteit impliceert.

§ 2. DE HOMOSEXUEEL EN ZIJN PRIVE-LEVEN

De belangrijke vraag waarop de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens moeten antwoorden, is de volgende: Kan de homoseksueel een beroep doen op art. 8§1 EVRM voor de eerbiediging van zijn seksueel leven als deel van zijn privé-leven? Men kan er een positief antwoord op geven. In het Dudgeonarrest (9) heeft het EHRM dit zeer uitdrukkelijk bevestigd. Het seksueel leven is een belangrijke component van het privé-leven (10). Maar voor dit arrest uitgesproken werd, is er al een zeer lange en moeizame weg afgelegd. Het heeft 20 jaar geduurd vooraleer de homoseksuelen enig gehoor vonden bij de Europese instanties. Deze evolutie is verlopen in twee grote fasen: de eerste fase loopt tot en met het arrest van 30 september 1975. De ECRM heeft er 20 jaar over gedaan om tot het besef te komen dat de homosexualiteit een probleem is, een maatschappelijk probleem nog wel. De tweede fase is veel korter. In deze fase verandert de negatieve houding van de ECRM in een positieve houding. homoseksuelen kunnen, wat betreft hun seksueel leven, inderdaad een beroep doen op het recht op eerbiediging van hun privé-leven. Het EHRM zal dit bevestigen.

(5) DE BATSELIER, S., *Algemene criminologie, dl. II*, Leuven, Onderzoekscetrum marginaliteit, 1982, 137 en *Ontmoeting met de liefde*, 48.

(6) *Ibid.*, 48.

(7) *Ibid.*, 48.

(8) DE BATSELIER, S., *o.c.*, 140-141.

(9) EHRM, 22 oktober 1981 (Dudgeon-arrest), *Serie A*, vol. 45.

(10) *Ibid.*, § 41.

A. Een korte schets van deze evolutie (11)

De ECRM heeft gedurende een lange tijd de verzoekschriften van homoseksuelen niet ontvankelijk verklaard in de zin van art. 28 §2 EVRM (12), omdat volgens haar de discriminatie die bestond tegenover homoseksuelen niet in strijd was met het Verdrag. De maatregelen vanwege de overheden (vnl. West-Duitsland en het Verenigd Koninkrijk) waren rechtmatig in de zin van art. 8 §2. Verdere motivering ontbrak. Ter illustratie bekijken we de beslissing van de ECRM van 17 december 1955 (13). Een Duitse homoseksueel kloeg de veroordeling aan, uitgesproken door een Duitse rechtbank, wegens poging tot homoseksuele omgang (14). Zijn klacht is gegrond op art. 8 §1 in combinatie met art. 14, want de Duitse strafwetgeving zou niet alleen in strijd zijn met het Verdrag omdat ze een onrechtmatige inbreuk uitmaakte op het recht op eerbiediging van het privé-leven van de homoseksuelen, maar ook omdat de omvang van de beperkingen i.v.m. mannelijke homoseksualiteit veel groter zijn dan die betreffende vrouwelijke homoseksualiteit, wat een discriminatie zou uitmaken op grond van 'het geslacht' (15). Het antwoord van de ECRM kan model staan voor de rechtspraak van de volgende twee decennia, nl. de ECRM concludeert dat het Verdrag aan de nationale overheden de toelating geeft om homoseksuele feiten strafbaar te stellen op grond van art. 8 §2, want deze maatregelen zijn in een democratische samenleving noodzakelijk om de gezondheid en de goede zeden van de burgers te beschermen. Dit antwoord wordt niet verder gemotiveerd. Het zal een gewoonte worden (16). Volgens Vincineau moet men bij deze beslissing wel een aantal vragen stellen. Het schijnt allemaal evident te zijn, maar wat is nu de aard van dit gevaar voor de goede zeden? Is vrijheidsberoving als straf wel verantwoord? Wat is nu eigenlijk het verschil tussen mannelijke en vrouwelijks homoseksualiteit? Enz... (17)?

(11) Dit onderdeel is gebaseerd op VINCINEAU, M., *o.c.*, 83.

(12) 'manifestement mal fondées'. Deze niet-ontvankelijkheid kan om drie redenen worden ingeroepen: a. ofwel wordt het recht niet beschermd door het Verdrag (vb. een economisch of een sociaal recht) b. ofwel wordt het recht (in het specifieke geval) op een rechtmatige wijze beperkt, c. ofwel zijn de bewijzen onvoldoende. Zie hierover: ANTONOPOULOS, N., *La jurisprudence des Organes de la Convention des Droits de l'Homme*, Leiden, Sijthoff, 1965, 80.

(13) ECRM, 17 december 1955, nr. 104/55, *Annuaire*, I, 229.

(14) Zulke feiten waren in strijd met art. 175a van het Duits Sw.

(15) CASTBERG, F., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon press, 1974, 145.

(16) VINCINEAU, M. "Les homosexuels devant la Commission européenne des Droits de l'Homme" *R.D.P.*, 1974, 83.

(17) ECRM, 17 december 1955, nr. 54/55, *onuitgeg.* (maar voor de inhoud zie nr. 261/57); ECRM, 31 mei 1956, nr. 135/55, *onuitgeg.*; ECRM, 28 september 1956, nr. 167/56, *Annuaire*, I, 235-236; ECRM, 16 december 1957, nr. 261/57, *Annuaire*, I, 255-258 en ECRM, 2

In een verzoekschrift van 16 februari 1959 schrijft een homoseksueel dat liefde niet mag geweigerd worden aan homoseksuelen, m.a.w. het recht op eerbiediging an het privé-leven bevat o.m. het recht op liefde (18). Dezelfde stelling werd een paar jaar later opnieuw geformuleerd door de beweging 'David en Jonathan' (een beweging van christelijke homoseksuelen), op een aantal bezinningsdagen te Nantes met als thema: 'Il n'y a pas de morale hormis celle de l'amour' (19). Maar de ECRM legt ook deze argumentatie naast zich neer. Ze ging zelfs zover dat ze in een beslissing van 18 juni 1963 geen rekening hield met een flagrante contradictie in de motiveringen van de rechterlijke uitspraken van de interne instanties (20). Maar de homoseksuelen vonden op dat moment geen genade in de ogen van de ECRM. Deze onverschillige houding van de ECRM heeft zijn toppunt bereikt op het moment dat haar uitspraken reeds achterhaald waren door de veranderende wetgevingen van de staten, waarover de ECRM uitspraak moest doen (21).

Deze rechtspraak werd meer en meer bekritiseerd met als gevolg dat de ECRM eindelijk, na 20 jaar, de homoseksualiteit als een maatschappelijk probleem is gaan benaderen. De beslissing van 30 september 1975 geeft blijk van een grotere interesse (22). Deze belangstelling was niet alleen het gevolg van de kritiek tegen deze niet te verantwoorden houding, maar was ook een exponent van de toen heersende moraal, die o.m. een aantal taboes doorbrak i.v.m. seksualiteit. "To an increasing degree the view prevails in the western world that sexual life of adults is part of the private life and entitled to reasonable protection against interference". En de Noorse rechtsgeleerde Osphalt vervolgt: "It is merely a question of time before the Commission must take the new and more human approach into consideration. Sooner or later punishment for homosexual relations will presumably be held contrary to the respect of private life required by art 8" (23).

Laten we deze beslissing nu eens van dichterbij bekijken. Het draait om één belangrijke vraag, nl. wetend dat de wetgeving i.v.m. de strafrechtelijke sanctivering van de mannelijke homoseksualiteit in overeenstemming is met de beschikkingen van art. 8§2, kan deze wetgeving dan toch nog in strijd zijn met art. 14 in combinatie met art. 8, nl. 'het non-discriminatie beginsel' (24)? Dit is geen theoretische vraag, omdat

april 1960, nr. 600/59, *onuitgeg.* Zie ook: CASTBERG, F., *o.c.*, 145.

(18) ECRM, 4 januari 1960, nr. 530/59, *Receuil*, 2, 1-5.

(19) VINCINEAU, M., *o.c.*, 89.

(20) ECRM, 18 juni 1963, nr. 1138/61, *Recueil*, 11, 9-17.

(21) ECRM, 6 februari 1967, nr. 2566/65, *Receuil*, 22, 35-37.

(22) ECRM, 30 september 1975, nr. 5935/75, *Dec. et Rap.*, 3, 46-56.

(23) CASTBERG, F., *o.c.*, 145.

(24) Art. 14 wordt altijd in combinatie met een ander art. uit het EVRM gelezen, d.w.z. er is alleen sprake van een schending van art. 14 wanneer deze discriminatie in verband staat met een recht dat door het EVRM wordt beschermd. (EHRM, 23 juli 1968, (Belgisch taalza-

de meeste nationale wetgevers de mannelijke en vrouwelijke homosexualiteit verschillend benaderen. In deze casus ging het om een klacht tegen de Duitse regering, die inderdaad van mening was dat er tussen beide vormen grote verschillen bestaan, want

- 1° mannelijke homosexualiteit komt veel meer voor;
- 2° mannelijke homosexualiteit zoeken meestal jongere partners;
- 3° mannelijke homoseksuelen veranderen ook veel van partner en
- 4° mannelijke homoseksuelen hebben meer exhibitionistische neigingen.

Daaruit volgt dat mannelijke homosexualiteit veel harder bestreden moet worden. Men moet deze maatregelen plaatsen in het kader van de jeugdbescherming. Men is van mening dat daardoor het risico voor jongens om in een situatie van sociaal isolement terecht te komen, kleiner wordt, d.w.z. ze hebben minder kans om in conflict te komen met de maatschappij die hun anders-zijn niet aanvaardt. De verzoeker antwoordde op deze argumenten met de volgende bewering. Hij meent dat de verschillen die de Duitse overheid hier aanhaalt, steunen op een onwetenschappelijk onderzoek, maar zelfs wanneer deze verschillen bestaan, is het nog geen reden voor discriminatie op grond van het geslacht.

De ECRM heeft haar beslissing geconstrueerd op basis van twee vragen:

1° Schendt art. 175 § 1 van het Duitse Strafwetboek al dan niet het recht op eerbiediging van het privé-leven?

2° Fundeert het verschil tussen mannelijke en vrouwelijke homosexualiteit een discriminatie op grond van het geslacht (in de zin van art. 14 EVRM)?

Het antwoordt op de eerste vraag is zeer kort. Art. 175 § 1 schendt art. 8 § 1 niet. Ook hier is de motivering gering, maar toch neemt de ECRM een aantal elementen onder de loep.

Ten eerste kan volgens de ECRM de regering een aantal maatregelen i.v.m. sexualiteit nemen, zelfs wanneer men aanneemt dat de sexualiteit een belangrijk element is van het privé-leven. Deze maatregelen hebben dan niet de bedoeling de homosexualiteit zelf te beteugelen, maar zijn wel noodzakelijk om de (rechten van de) kinderen en de adolescenten te beschermen en om deze kwetsbare personen op te voeden tot autonome wezens op sexueel vlak. Ten tweede raakt de ECRM het probleem aan van wat ik noem 'de spilleeftijd', nl. vanaf welke leeftijd is homosexualiteit als zodanig niet meer strafbaar? Ze geeft geen expliciete oplossing voor dit probleem, maar wel een richtlijn. Het is volgens haar zo dat men altijd een bepaalde marge voor ogen

ken-arrest), *Serie A*, vol. 6, § 9 en EHRM, 13 juni 1979, (Marckx-arrest), *Serie A*, vol. 3.1, § 32).

moet houden (bv. tussen 18 en 21 jaar) waardoor men kan anticiperen op de snel veranderende houding van de maatschappij tegenover dit probleem. De ECRM heeft in deze zaak een juiste beslissing genomen. Art. 175 § 1 was hier niet in strijd met art. 8 § 1 omdat de homoseksueel in kwestie relaties onderhoudt met personen onder de zestien jaar. Op de tweede vraag antwoordt de ECRM als volgt: een discriminatie op grond van geslacht kan alleen gefundeerd zijn wanneer ze redelijk en objectief is. Zonder verdere argumentatie neemt de ECRM aan dat de verschillen tussen beide vormen van homoseksueel gedrag redelijk zijn (25), maar ze wijdt wel uit over de objectiviteit ervan. Uit allerlei onderzoeken (26) meent de ECRM te mogen afleiden dat de volwassen mannelijke homoseksuelen een waarlijke bekeringsijver ten toon spreiden tegenover de adolescenten, waardoor deze laatsten in een situatie van maatschappelijk isolement terecht komen (27). Dus deze discriminatie is niet alleen redelijk, maar ook objectief. Uit dit arrest kan men zeer goed het beeld afleiden dat dé ECRM voor ogen had, nl. het zijn individuen zonder scrupules die de hoofdpersonen kunnen zijn van artikels uit de sensatiepers en van allerlei stationromans. De enige bedoeling van deze personen is een ware slachting aan te richten onder de heteroseksuelen. Vanuit zulk beeld kan de relatie tussen mannen alleen maar schadelijk en verfoeilijk zijn (28). "Echter dit beeld is natuurlijk al lang achterhaald, daar (enerzijds) de homoseksueel van nature uit homoseksueel (sic) en de heteroseksueel van nature heteroseksueel is en daar valt niet veel aan te veranderen" (29). En anderzijds is de minderjarige ook niet altijd de zwakkere, de kwetsbare. Als conclusie bij deze beslissing zou je de volgende vraag kunnen stellen: is het isolement waar iemand in terecht komt niet groter, wanneer dit veroorzaakt wordt door de verdrukking van de waarlijke gevoelens dan door de angst voor een gerechtelijke vervolging? De ECRM heeft begrepen dat er een probleem is, maar haar reactie blijft negatief.

(25) d.w.z. de discriminatoire regeling moet in verhouding staan tot het te bereiken doel. Het is een afwegen van de voor- en nadelen. (*Belgisch Taalzaken-arrest*, § 10; ECRM, 7 juli 1977, nr. 7215/75, *Annuaire*, 373; RIMANQUE, K., "Het recht op eerbiediging van het gezinsleven-een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.*, 1981-82, 2210.

(26) Deze onderzoeken zijn verricht geworden door psychologen, sociologen en experts op het vlak van de sociale bescherming.

(27) Deviant gedrag wordt in die mate getolereerd dat ze zich alleen kan ontplooiën aan de rand van de maatschappij, de zgn. 'drop-outs' (VAN USSEL, J., *Leven in communes*, Deventer, Van Loghum Slaterius, 1977, 65).

(28) VINCINEAU, M., *o.c.*, 94-95.

(29) *Ibid.*, 98 op basis van het werk van WEST, D.J., *Homosexualité*, Brussel, Dessart, 1970.

B. 7 juli 1977, de ECRM verandert grotendeels haar rechtspraak (30)

1. Grieven van de Engelse homoseksuelen

Hij geeft toe dat hij, volgens het Engelse recht, schuldig is, maar hij voegt er onmiddellijk aan toe dat hij geen schade heeft veroorzaakt (noch morele, noch sociale) en dat de Engelse wetgever op dit punt archaisch en uit de mode is, omdat homoseksuele activiteiten pas toegelaten worden wanneer men 21 is, terwijl ten eerste heteroseksuele activiteiten reeds op 16 jaar worden getolereerd en ten tweede de meerderjarigheidsgrens is vastgelegd op 18 jaar. De Engelse wetgever schendt daardoor art. 8 § 1, 10(31) en 14 van het Verdrag.

2. Argumentatie van de regering van het Verenigd Koninkrijk

De wetgever schendt op dit vlak inderdaad het recht op eerbiediging van het privé-leven, maar, steunend op de vroegere rechtspraak van de ECRM, is deze schending gerechtvaardigd op grond van art. 8 § 2, nl. ze beschermt 'la santé' en 'la morale'.

Wat betreft de verschillende leeftijdsgrenzen verwijst de Engelse regering naar de beslissing van 30 september 1975, waar ze worden gerechtvaardigd op grond van de eigen karakteristieken van het homoseksueel gedrag en de bescherming van de jeugd (32).

3. Uitspraak van de ECRM

Volgens de ECRM is de klacht in ieder geval gegrond. Een verder onderzoek is dan ook noodzakelijk. Hierbij moet men rekening houden met de heersende moraal, een moraal die zeker in deze tijd snel evolueert (33). Antwoordend op de argumenten van de regering meent de ECRM dat de beslissing van 30 september 1975 hierop niet van toepassing, omdat in die uitspraak relaties met minderjarigen onder de zestien jaar aan de orde waren. Of dit de echte reden is, kan men betwijfelen, maar uit deze uitspraak blijkt wel dat de ECRM min of meer haar vroegere stellingen vergeten is. Ook heeft de ECRM voor het eerst de vragen i.v.m. de discriminaties tussen mannelijke en vrou-

(30) ECRM, 7 juli 1977, nr. 7215/75, *Annuaire*, XXI, 355-375 en VINCINEAU, M., o.c., 101: "Dans sa décision la Commission rompt nettement avec la passé".

(31) Art. 10 (i.v.m. de vrije meningsuiting) heeft hier enig belang. De ECRM zal trouwens de vordering op grond van art. 10 onontvankelijk verklaren. I.v.m. art. 10 zie: EHRM, 7 december 1976, (Handyside-arrest), *Serie A*, vol. 24, §43-59; EHRM, 24 april 1979, (Sunday Times-arrest), *Serie A*, vol. 30, §42-68.

(32) Wat art. 14 betreft steunt de regering ook op de vroegere rechtspraak van de ECRM.

(33) *Handyside-arrest*, §48.

welijke homoseksuelen enerzijds en homo- en heterosexuelen anderzijds niet zomaar naast zich neergelegd, maar ze integendeel opengelaten. Ze zegt alleen maar dat de eis ontvankelijk is. Het is niet in deze zaak, maar wel in een volgende, dat het EHRM uitspraak zal doen (34).

C. De Dudgeon-zaak, 22 oktober 1981 (35)

1. Feiten

Jeffrey Dudgeon is een 35-jaar oude bediende in Belfast (Noord-Ierland). Hij is een militant homoseksueel en zijn klachten zijn in de eerste plaats gericht tegen het bestaan van strafwetten, die vrijwillige homoseksuele contacten tussen mannen boven de 21 jaar strafbaar stellen (§13). Hij werd ook ondervraagd en bepaalde goederen werden in beslag genomen. Hij beschouwde dit alles als een ongeoorloofde inmenging in zijn privé-leven, gewaarborgd door art. 8 § 1 van het Verdrag.

2. Uitspraak van het EHRM

De redenering van het EHRM vertrekt vanuit de vaststelling dat de Noordierse wetgeving homoseksuele activiteiten strafbaar stelt zonder na te gaan of deze activiteiten al dan niet in het openbaar plaats vonden, zonder rekening te houden met de al dan niet vrijwillige deelname aan deze activiteiten en zonder rekening te houden met de leeftijd van de personen (§39).

Na een oppervlakkig onderzoek besluit de ECRM (en het EHRM ziet geen reden om daarvan af te wijken) dat het bestaan zelf van deze wetgeving een permanente schending uitmaakt van het recht op eerbiediging van het privé-leven (en het seksuele leven is een deel van het privé-leven), want ze drijft de homoseksuelen in het nauw. Ze worden voor een dilemma geplaatst, nl. ofwel houden ze zich aan de wet met alle gevolgen vandien op emotioneel vlak, ofwel houden ze zich niet aan de wet en dan worden ze blootgesteld aan gerechtelijke vervolging (§40).

Toch veroordeelt het EHRM het Verenigd Koninkrijk nog niet. Het is inderdaad zo dat oppervlakkig gezien deze wetgeving in strijd is met het Verdrag, maar misschien bestaat er toch enige reden die ze verantwoordt. Volgens de regering is deze reden te vinden in art. 8 § 2. De verzoeker en de ECRM bestrijden dez mening (§42).

§ 2 bevat de volgende voorwaarden: zulke wetgeving kan alleen aanvaard worden:

(34) EHRM, 22 oktober 1981, (Dudgeon-arrest), *Serie A*, vol. 45.

(35) EHRM, 22 oktober 1981, (Dudgeon-arrest), *Serie A*, vol. 45.

- 1° wanneer ze door de wet voorzien is ;
- 2° wanneer ze een rechtmatig doel heeft ;
- 3° wanneer ze noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Het EHRM heeft zonder meer aanvaard dat de eerste voorwaarde vervuld was. Volgens de regering was ook de tweede voorwaarde vervuld omdat de wetgeving was uitgevaardigd om de 'goede zeden' en 'de rechten en de vrijheden van anderen' te beschermen. Ook hierover was er weinig discussie (§46-47) (36). Dit kon men niet zeggen van de behandeling van de derde voorwaarde. Alles draaide rond de vraag of deze wetgeving wel noodzakelijk is in een democratische samenleving, m.a.w. bestaat er een 'besoin social impérieux' (§49 en 51)?

De nationale overheden hebben op dit vlak een ruime beleidsvrijheid (37), die echter aan banden gelegd wordt door het EHRM (38). Alkema noemt deze houding tweeslachtig. "Enerzijds is zij gewoon bij familierechtelijke kwesties de nationale wetgeving en de rechterlijke afweging tot in de onderdelen te controleren, anderzijds moet zij de nationale autoriteiten nolens volens een ruime beleidsvrijheid gunnen" (39). Die controlebevoegdheid is een vorm van marginale toetsing (40), d.w.z. het EHRM moet nagaan of de wetgeving binnen de grenzen van de redelijkheid is gebleven, maar mag geen oordeel uitspreken over de waarde van de zedelijkheid van homoseksuele relaties tussen volwassenen (§54).

In deze zaak erkent het EHRM dat de heersende moraal in Noord-Ierland zeer streng is (men is ginder zeer behoudsgezind op het vlak van de seksualiteit, zelfs wanneer het gaat om heteroseksuele relaties (§56)) en het erkent dat deze moraal ook in het recht tot uiting mag komen (§57), maar dat is nog geen voldoende reden om deze wetgeving zo 'absoluut' te stellen (41), nl. door geen rekening te houden met bv. leeftijd, openbaarheid, enz... Door dit absoluut karakter vormt deze wetgeving een constante bedreiging voor het recht op eerbiediging van het seksuele leven als deel van het privé-leven van homoseksuelen (§63).

(36) LEMMENS, P., "Homosexualiteit en het recht op eerbiediging van het privé-leven (zaak Dudgeon t/ Verenigd Koninkrijk)", *R.W.*, 1981-82, 1580.

(37) *Dudgeon arrest*, §52; ECRM, 6 oktober 1966, nr. 2792/66, *Annuaire*, IX, 563. Zie ook: RIMANQUE, K., *o.c.*, 2213 en 2217; MEUWISSEN, D.H.M., *De Europese Conventie en het Nederlandse Recht*, Leiden, Sijthoff, 1968, 153.

(38) CASTBERG, F., *o.c.*, 141; MEUWISSEN, D.H.M., *o.c.*, 141; RIMANQUE, K., *o.c.*, 2213, 2214 en 2217; JACOBS, F.G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon press, 1975, 134 en VAN DIJCK, P. en VAN HOOF, G., *De Europese Conventie in Theorie en Praktijk*, Utrecht, Ars Aequi Libri, 1979, 260.

(39) ALKEMA, E.A., noot onder H.R., 2 mei 1980, *N.J.*, 1980, nr. 537.

(40) LEMMENS, P., *o.c.*, 1580.

(41) *Ibid.*, ; Art. 8 § 2 is de uitzondering op de algemene regel en moet daarom restrictief worden toegepast. (ALKEMA, E.A., "Advokaat en mensenrechten (vuistregels en vooruitzichten)", *Advokatenblad*, 1981, 320.

Om het in machiavellistische termen voor te stellen : het doel wettigt hier zeker niet de gebruikte middelen.

§ 3. IN WELKE MATE KAN EEN HOMOFIELE RELATIE ALS EEN GEZINSRELATIE IN DE ZIN VAN ARTIKEL 8 § 1 EVRM BESCHOUWD WORDEN ?

Volgens Rimanque blijkt duidelijk uit de jurisprudentie van de ECRM en het EHRM dat niet alle seksuele relaties tussen partners een band van gezinsleven scheppen en hij vervolgt : "Zo worden de homofiele verhoudingen gerekend tot de sfeer van het privé-leven en niet tot die van het gezinsleven" (42). Wat is nu de juiste *inhoud* van het begrip 'gezinsleven' in de zin van art. 8 § 1 ?

Vooraleer ik nader in ga op dit probleem, is het nuttig de aandacht te vestigen op de interpretatiemogelijkheden die ontstaan zijn door de vertaling van de authentieke teksten in het Nederlands. Zulke moeilijkheid is ook ontstaan bij de vertaling van art. 8.. De Franse en de Engelse teksten (en dit zijn de authentieke teksten gebruiken resp. de termen 'la vie familiale' en 'family life'. De Nederlandse tekst gebruikt de term 'gezinsleven'. Heyvaert merkt terecht op dat men door deze vertaling de tekst reeds heeft geïnterpreteerd (43), want ons begrip 'familie' heeft nog een andere en frekwenter betekenis, nl. het geheel van bloedverwanten met dezelfde naam, het geslacht (44), m.a.w. ze heeft of tenminste kan een bredere betekenis hebben dan het concept 'gezinsleven' (45).

Over de eigenlijke inhoud van het begrip bestaat er een uitgebreide jurisprudentie van de Europese instanties (46).

Bepaalde elementen kunnen uit deze rechtspraak worden gedistilleerd.

A. Het moet gaan om een werkelijke gezinsverhouding

D.w.z. er moet een nauwe feitelijke band bestaan (47). Het gezinsleven, zegt Heyvaert, moet effectief beleefd zijn (48). De ECRM spreekt

(42) RIMANQUE, K., "Het recht op eerbiediging van het gezinsleven - een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.*, 1981-82, 2202.

(43) HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *Beginnelsen van het gezins- en familierecht (de theorie van het Marcksarrest en haar weerslag op het geldende recht)*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 53, voetnoot 1.

(44) VAN DALE. Zie ook : RIMANQUE, K., *o.c.*, 2200.

(45) HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *o.c.*, 52-53.

(46) SENAEVE, P., "Het EVRM en de adoptiewetgeving", noot onder Brussel (jeugdkamer), 29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 1858.

(47) VAN DIJCK, P. en VAN HOOFF, G., *De Europese Conventie in Theorie en Praktijk*, Utrecht, Ars Aequi Libri, 1969, 260.

(48) HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *o.c.*, 53 en RIGAUX, F., "La loi condamnée",

van "un lien qui puisse être considéré comme créant une vie familiale au sens de l'article " (49).

Uit dit criterium volgt ten eerste dat de mogelijkheid moet bestaan om een gezin te stichten. Dit is fundamenteel, anders zou art. 8§1 zinloos zijn (50).

Ten tweede moet men in staat zijn om de eenheid van het gezin (l'unité familiale) te behouden, m.a.w. men heeft het recht op een normaal gezinsleven (51). Dit wil niet alleen zeggen dat de staat en de medeburgers zich moeten onthouden van maatregelen en handelingen die het recht van art. 8§1 beperken (tenzij op grond van art. 8§2), maar daarmee bedoelt men ook dat men (vooral de staat) een aantal positieve verplichtingen heeft die inherent zijn aan een effectieve eerbiediging van het gezinsleven (52). Tenslotte volgt uit dit criterium ook nog het recht op gezinshereniging na scheiding (53). Weer een vaag begrip! 'Gezinshereniging bestaat alleen dan wanneer er vroeger een gezins-eenheid was geweest, d.w.z. alleen diegene die deel uitmaakt van het gezin kan er zich op beroepen (54). Deze problematiek komt vooral aan bod in zaken van immigranten. Het EHRM heeft zich nog niet kunnen uitspreken over zulke zaken, die ECRM des te meer. Haar rechtspraak wordt goed weergegeven in de volgende paragraaf: "Dans un certain nombre de cas semblables, la Commission a eu à connaître des situations dans lesquelles, comme c'est le cas, un homme marié est contraint de quitter un pays où il vit avec sa femme. Dans de tel cas, la Commission a considéré comme une donnée importante la possibilité pour de suivre son mari" (55). "Bij deze interpretatie kan men wel

J.T., 1979, 513. Zie ook: RIMANQUE, K., *o.c.*, 2201; BAX, M. en WILLEKENS, H., "Personen- en familierecht (1979-80)", *R.W.*, 1981-82, 68; EHRM, 13 juni 1979 (Marckx-arrest), *Serie A*, vol. 31, § 31 en EHRM, 9 oktober 1979 (Airey-arrest), *Serie A*, vol. 32, § 24.

(49) ECRM, 19 juli 1968, nr. 3110/67, *Annuaire*, XI, 519.

(50) BAX, M. en WILLEKENS, H., *o.c.*, 70.

(51) *Marckx-arrest*, § 31; ECRM, 19 juli 1969, nr. 3435/67, *Annuaire*, XI, 585; ECRM, 4 februari 1982, nr. 8542/79, *Dec. et Rap.*, 27, 94 e.v. en RIGAUX, F., *o.c.*, 513: "Het recht op een normaal familieleven". Zie ook: Brussel, 31 januari 1983, *R.W.*, 1982-83, met noot van SENAËVE, P., "Het EVRM, de directe werking en het Marckxarrest". Het is o.m. wegens de vaagheid van de uitdrukking "recht op een normaal gezinsleven" dat het Hof de directe werking van de Marckxinterpretatie van het EVRM niet aanvaardt, m.a.w. het Hof aanvaardt de minimalistische stelling i.v.m. de directe werking van Rigaux (*ibid.*, 2689 en RIGAUX, F., "La jurisprudence après l'arrêt Marckx", *R.C.J.B.*, 1984, 618, nr. 5.)

(52) RIMANQUE, K., *o.c.*, 2206.

(53) BAX, M. en WILLEKENS, H., *o.c.*, 70.

(54) *Ibid.*, 71; VANDEN BOSCH, Y., "Kroniek van de Belgische rechtspraak (1981-83) met betrekking tot de Europese Conventie van de rechten van de mens", *R.W.*, 1984-85, 504.

(55) ECRM, 8 februari 1972, nr. 5269/71, *Annuaire*, XV, 573; ECRM, 8 december 1981, nr. 9478/81, *Dec. et Rap.*, 27, 243. Zie ook: DANELIUS, H., "A survey of the jurisprudence concerning the rights protected by the European Convention of Human Rights", *Human Rights Journal*, 1975, 453 en JACOBS, F.G., *The European Convention on Human Rights*,

heel wat vragen stellen. Het is hier echter niet de plaats om ze te behandelen.

B. Bloedverwantschap en/of nestwarmte (56)

Volgens Heyvaert heeft het EHRM in het Marckxarrest met klem benadrukt dat het gezin een noodzakelijk gevolg is van de bloedband die eenmalig is en alzo niet verbroken kan worden (57). Volgens hem beschermt het EVRM alleen de bloedband. Uit deze stelling volgt dan o.m. dat ons artikel 370§1 lid 2 B.W. in strijd zou zijn met art. 8§1. "Behoudens de verbodsbepalingen van de artikelen 161 tot 164 inzake huwelijk, houden de kinderen die door adoptie gewettigd zijn, op tot hun oorspronkelijke familie te behoren". Volgens de bovenstaande stelling is het nooit mogelijk om bloedbanden te verbreken en dat is juist wat er gebeurt bij wettiging door adoptie (58). Anderen, zoals Pauwels, nemen een minder radicaal standpunt in. Hij benadrukt meer het opkomend belang van het socio-affectief ouderschap. Afstammings- en verwantschapsbanden kunnen ook daardoor ontstaan (59). Zulk ouderschap ontstaat o.m. door adoptie (60). Wat er ook van mogen zijn de bloedverwantschap blijft een belangrijk criterium om te bepalen wie tot het gezin behoort.

C. Togetherness

Dit criterium bevat het geheel van feitelijke omstandigheden van samenleving en van affectieve en economische lotsverbondenheid (61). Op grond van dit criterium (in samenhang met de andere criteria) kunnen grootouders en kleinkinderen tot een en hetzelfde gezin beho-

Oxford, Clarendon Press, 1975, 131.

(56) De uitdrukking 'nestwarmte' is afkomstig van de Nederlandse Hammerstein- Schoonderwoerd in HIDMA, T.R., VAN DER BURGHT, Gr. en HAMMERSTEIN-SCHONDERWOERD, *Wet en recht buiten echt. Tweerelaties meten zonder kinderen*, Deventer, Kluwer, 1982, 65. (Citeerwijze: *Buiten echt*).

(57) HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *o.c.*, 56 en 58.

(58) *Ibid.*, nr. 60 aangehaald door VANDEN BOSCH, Y., *o.c.*, 502. Het principe van art. 370§1 lid 2 wordt echter in de rechtspraak niet tot in de uiterste consequenties doorgetrokken. Cass., 4 maart 1976, *R.W.*, 1977-78, 1627 en Luik, 17 mei 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 33. Kritiek van Nuytinck (*o.c.*, 292) en PAUWELS, J.M., *Personen- en familierecht*, vol. II, Leuven, ACCO, 1982, 282. Van Malderen zag reeds in 1970 dat het onmogelijk was de lijn helemaal door te trekken. Ook wettiging door adoptie is een fictie. (VAN MALDEREN, C., "Adoptie en wettiging door adoptie", *A.P.R.*, 1970, 331, nr. 495).

(59) PAUWELS, J.M., noot onder Rb. Turnhout, 29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 1593.

(60) I.v.m. pleegvoogdij zie: SENAËVE, P., "Het E.V.R.M. en de adoptiewetgeving", Brussel, 29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 1859-1861.

(61) RIMANQUE, K., *o.c.*, 2201.

ren (62), ook een inwonende gehandicapte (die echter geen bloedverwant is) is lid van het gezin. Op grond van deze regel zou er ook een gezinsrelatie kunnen bestaan tussen pleegouders en pleegkind (63).

D. Besluit

Uit dit alles blijkt dat men de voorgaande criteria moet hanteren in het licht van de omstandigheden. Wat is de sociale realiteit? Wat is de leeftijd van de gezinsleden? Enz...

Wat nu de juiste inhoud van het begrip 'gezinsleven' is, is alleen casuïstisch te bepalen.

BESLUIT: WAT MET HOMOSEXUELE RELATIES?

Wanneer we de rechtspraak van de Europese instanties van naderbij bestuderen, valt het ons op dat de sexuele relaties veeleer de basis zijn van waaruit een gezinsleven groeit. Maar, zoals Rimanque terecht opmerkt, dit wil niet zeggen dat alle sexuele relaties leiden tot een gezinsleven in de zin van artikel 8 en hij haalt als voorbeeld de homoseksuele relaties aan die niet gerekend kunnen worden tot de sfeer van het gezinsleven (64). Heyvaert is het daarmee eens (65). Daar de Europese instanties een naturalistische visie hebben op het gezin, kunnen alleen heteroseksuelen een gezin vormen in de zin van art. 8. Deze visie komt volgens Heyvaert tot uiting in het Marckx-arrest, nl. de afstamming is de expressie van een biologische-genetische relatie die alleen tot stand kan komen door de conjunctie van man en vrouw. De homoseksuelen kunnen zich ook niet beroepen op het discriminatieverbod van art. 14, omdat dit artikel alleen betrekking heeft op rechten opgenomen in het Verdrag, zoals bv. art. 8 § 1 (66). De Europese instanties hebben zich

(62) *Marckx-arrest*, § 45; ECRM, 10 maart 1981, nr. 8924/80, *Dec. et Rap.*, 24, 183. Het wordt alleen geweigerd wanneer het in strijd is met het belang van het kind. RIGAUX, F., "La loi condamnée", *J.T.*, 1979, 515 en ALKEMA, E.A., "Advokaat en mensenrechten (vuistregels en vooruitzichten)", *Advokatenblad*, 1981, 320.

(63) Zie voetnoot 68.

(64) Zie voetnoot 40.

(65) HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *o.c.*, 92. Deze visie blijkt volgens hen ook uit het Verdrag zelf, nl. art. 12 kent aan de man en de vrouw van huwage leeftijd het recht toe een gezin te stichten (door een huwelijk aan te gaan); kennelijk wordt niet in overweging genomen dat de mogelijkheid zich zou kunnen voordoen dat personen van hetzelfde geslacht samen een gezin zouden kunnen stichten. Welnu, art. 8 en art. 12 zijn twee verschillende dingen, d.w.z. men moet niet kunnen huwen om een gezin te kunnen stichten. Men kan uit art. 12 ten hoogste afleiden dat volgens het Verdrag het huwelijk de meest volmaakte vorm is, waarbinnen een gezin kan groeien, maar dit wil niet zeggen dat er geen andere vormen zijn.

(66) " ... l'article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés ..." (*Marckx-arrest*, § 32). Zie ook: *Belgisch Taalzaken-arrest*, § 9 en

nog niet gebogen over het specifieke probleem van homoseksuele relaties, maar wat we wel weten zijn de voorwaarden waaraan de homoseksueel moet voldoen wil hij een relatie op sexuele basis aangaan met een ander van hetzelfde geslacht, nl. 1° hij moet voldoende leeftijd hebben, 2° hij moet de relatie vrijwillig aangaan en 3° men moet een zekere discretie in acht nemen.

Volgens mij is het zeer goed mogelijk dat een homoseksuele relatie kan voldoen aan de criteria van art. 8 (gezinsleven). In tegenstelling tot wat Heyvaert zegt, heeft het EHRM die absolute naturalistische visie niet aanvaard (67). De afstamming kan ook de expressie zijn van een socio-affectieve relatie. Het is trouwens toch denkbaar dat er verhoudingen bestaan van twee mannen of twee vrouwen tussen wie een duurzame, affectieve relatie bestaat, die in een gemeenschappelijke woning een gemeenschappelijke huishouding voeren en die elkaar wederzijds verzorgen (68), m.a.w. die voldoen aan de vereisten van art. 8 § 1.

Wat er ook van moge zijn, de maatschappij is er op dit moment nog niet aan toe om het homoseksuele gezin te erkennen. Om niet helemaal negatief te eindigen, wil ik ook enkele positieve juridische geluidjes laten horen. Ten eerste is er een vonnis van de Arbeidsrechtbank van Brugge dat zegt dat het feitelijk gezin (in het kader van de bestaansminimum) veronderstelt "niet alleen materiële en juridische elementen maar vooral een bepaald inzicht, namelijk de bestaansmiddelen te delen als echtgenoten. Dit zou het geval zijn bij de gebonden verhouding tussen man en vrouw en bij het samenleven met een bijzit, maar bv. ook bij een homofiele verhouding, een georganiseerde commune of communauté" (69).

En ten tweede zijn er ook in bv. Nederland wetten en verordeningen die en erkenning inhouden van de homoseksuele tweerelatie. Zie aan de ene kant het ambtenarenreglement van het openbaar lichaam 'Rijnmond', waarin de relatiepartner wordt gelijkgesteld aan de echtgenoot (70), en deze relatiepartner kan zowel van het andere als van hetzelfde geslacht zijn (71). Aan de andere kant heb je de nieuwe wet op de "onderbevestiging ter bescherming van de minderjarige" (72), waarin staat

EHRM, 27 oktober 1975, (Nationaal syndicaat van de Belgische politie-arrest), *Serie A*, vol. 19, § 44.

(67) Zie voetnoot 57.

(68) Deze definitie is mutatis mutandis overgenomen van de Nederlander Hidma. Men kan het moeilijk beter formuleren. *Buiten echt*, 6.

(69) SIMOENS D., noot onder Arbrb. Brugge, 24 september 1976, *R.W.*, 1980-81, 797. Maar ook in het kader van het bestaansminimum blijft het een alleenstaand vonnis. Zie bv. arbrb. Antwerpen, 5 april 1979, *R.W.*, 1980-81, 791.

(70) Artikel 1A, lid 1 onder C van het Algemeen Ambtenarenreglement Rijnmond (Besluit van de Rijnmond van 28 november 1977).

(71) *Buiten echt*, 14.

(72) Artikel 432 lid 1 W. 1 september 1982.

dat zowel de echtgenoot als een ander levensgezel deze onderbewindstelling kan aanvragen. Onder 'levensgezel' valt ook de homoseksuele partner (73).

Als besluit citeer ik de Nederlander Hidma, die het verst gaat in de gelijkstelling tussen de homo- en de heterofiele tweerelatie". "Ik ben geneigd het pakket (aan rechtsgevolgen) dat aan ons huwelijk vastzit integraal voor (relatiepartners van hetzelfde geslacht) open te stellen. Dit kan geschieden door aanpassing van art. 33 B.W. dat luidt als volgt: 'De man kan tegelijkertijd slechts met één vrouw, de vrouw slechts met één man door het huwelijk verbonden zijn'. Niet onaanneemelijk is het echter dat een zodanige aanpassing op bezwaren zal stuiten van principiële aard. Om die bezwaren te ondervangen zou men er voor kunnen kiezen dat homofiele paren hun verhouding op een andere manier kunnen legaliseren met dien verstande dat zij over de gehele linie in dezelfde rechtspositie als gehuwden komen te verkeren'' (74).

(73) *Buiten echt*, 17.

(74) *Ibid.*, 19-20.