

Zette het Arbitragehof de deur open voor adoptie door homoseksuele koppels?

JURIDISCHE NOOT BIJ ARBITRAGEHOF, NR. 159/2004

Tom Goffin

Onder de wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. André Alen

1. INLEIDING

“Seksualiteit moet gericht zijn op de voortplanting. De voortplanting is niet alleen het “natuurlijk doel” van het huwelijk en van de geslachtsgemeenschap, ook de wijze waarop moet “natuurlijk” zijn. Het doel van het gebruik van de geslachtsorganen is de verwekking van de nakomelingschap. De geslachtsdaad is alleen zedelijk wanneer zij overeenkomt met de juiste orde. De manier waarop geslachtsverkeer plaatsvindt, is door de natuur voorgeschreven. Afwijking van de kennelijk voorgeschreven wijze van de zaadstorting is contra naturam.”¹ (Thomas van Aquino)

1.1. WET TOT OPENSTELLING VAN HET HUWELIJK VOOR PERSONEN VAN HETZELFDE GESLACHT EN TOT WIJZIGING VAN EEN AANTAL BEPALINGEN IN HET BURGERLIJK WETBOEK

Op 13 februari 2003 werd de Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen in het Burgerlijk Wetboek goedgekeurd in het Parlement. Op grond van de vaststelling dat in onze hedendaagse samenleving het huwelijk beleefd en aangevoeld wordt als een vormgebonden verbintenis tussen twee personen met als voornaamste doel het creëren van een duurzame samenlevingsband, verantwoordt de Wet de volledige openstelling van het huwelijk voor homoseksuele koppels met uitzondering van de gevolgen inzake afstamming.²

¹ K. DEKLEVER, “HOMOFIEL HUWELIJK EN HOMOFIEL GEZIN: juridische, filosofische en beleidsmatige kanttekeningen”, *T.B.B.R.*, 1996, 98.

² Wetsontwerp van de wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1692/001, 3.

In de aanloop van de totstandkoming van deze Wet rezen er zeer veel vragen i.v.m. het klassieke huwelijk. Sommigen vroegen zich af of het homohuwelijk wel onder het klassieke, op voortplanting gerichte, huwelijk kon worden begrepen.³ Anderen waren weliswaar van mening dat een volledige gelijkschakeling mogelijk was, maar vroegen zich dan weer af of het niet beter was de instelling van het geregistreerd partnerschap in te voeren zoals reeds in vele andere landen bestond⁴.

Ook sinds de goedkeuring van de Wet bleven de commentaren niet uit. Het homohuwelijk werd en wordt vaak als een tweederangshuwelijk betiteld. Vanuit katholiek-godsdienstige hoek rees de opmerking dat het huwelijk sinds de openstelling voor personen van hetzelfde geslacht een aard aanneemt die niet in overeenstemming is met de bedoelingen die deze gelovigen hadden toen ze een huwelijk sloten en dat men, wanneer men een kerkelijk huwelijk wilt aangaan, nu eerst dient toe te treden tot een instelling die niet in overeenstemming is met hun religieuze overtuiging.

Op grond van deze en andere argumenten werd door verschillende personen een verzoekschrift tot vernietiging van de Wet bij het Arbitragehof ingediend. Op 20 oktober 2004 velde het Arbitragehof het arrest. Via enkele opmerkelijke wendingen besloot het de Wet niet te vernietigen.

1.2. RECHTSVRAGEN

Na een analytische lezing van het arrest nr. 159/2004, kan men er de volgende drie rechtsvragen uit afleiden:

1. Is de Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet in strijd met de artikelen 10, 11 en 11*bis*, van de Grondwet, doordat de instelling van het homohuwelijk gelijkgeschakeld wordt met de instelling van het heterohuwelijk?

2. Is de Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet in strijd met artikel 12, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 23, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten die uitsluitend het huwelijk voor personen van verschillend geslacht waarborgen?

³Advies Raad van State op het wetsontwerp van de wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1692/001, 18.

⁴P. SENAEVE en E. COENE, *Geregistreerd partnerschap*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1998, 228-256.

Voorbeelden zijn Zweden, Denemarken, Noorwegen, Finland en IJsland.

3. Is artikel 21, tweede lid, van de Grondwet niet in strijd met de vrijheid van godsdienst zoals onder andere gewaarborgd in artikel 9, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 18, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 19, van de Grondwet?

Bij de bespreking van deze vragen zal ik ook de stelling aanhalen die Prof. Dr. P. SENAËVE formuleerde in zijn noot op dit arrest en deze vergelijken met mijn eigen bevindingen.⁵

2. ANTWOORD VAN HET HOF⁶

2.1. HET BELANG

Het Hof stelt het volgende:

“De bestreden wet regelt het burgerlijk huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht en brengt daartoe wijzigingen aan in de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek die van toepassing zijn op het huwelijk tussen personen van verschillend geslacht.

Om te weten of de verzoekende partijen rechtstreeks en ongunstig kunnen worden geraakt door de bepalingen die zij aanvechten, dienen de draagwijdte van die bepalingen en de gevolgen die zij kunnen hebben, te worden onderzocht, te dezen mede in het licht van de door de verzoekende partijen aangevoerde middelen. De ontvankelijkheid van hun beroep valt samen met het onderzoek ten gronde.” (B.1.3.)

2.2. DE MIDDELEN

2.2.1. Eerste middel

Volgens het eerste middel schendt de bestreden wet de artikelen 10 en 11, mede gelezen in het licht van artikel 11*bis*, van de Grondwet, doordat de bepalingen van de bestreden wet, zonder redelijke verantwoording, wezenlijk verschillende situaties op dezelfde wijze behandelen. (B.4.1.) Na het aanhalen van de verantwoording voor het openstellen van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, zoals die beschreven staat in de parlementaire voorbereiding⁷, besluit het Hof dat hieruit blijkt dat de wetgever het huwelijk voortaan heeft geconcipieerd als een instituut met als voornaamste doel het creëren van een duurzame levensgemeenschap tussen twee personen, waarvan

⁵ P. SENAËVE., “Wet op het homohuwelijk niet strijdig bevonden met de grondwet”, *E.J.* 2005, afl. 2, 25-30.

⁶ Arbitragehof, nr. 159/2004 (www.arbitrage.be).

⁷ *Parl. St.* Senaat, 2001-2002, nr. 2-1173/1, 1-2.

de gevolgen worden geregeld door de Wet. Vervolgens stelt het Hof dat ten aanzien van dat huwelijksconcept het verschil niet zodanig is dat personen van hetzelfde geslacht moeten worden uitgesloten van de mogelijkheid een huwelijk aan te gaan en besluit het dat het middel niet kan worden aangenomen. (B.4.7.)

2.2.2. Tweede middel

Volgens het tweede middel schenden de bestreden bepalingen de artikelen 11, 11*bis* en 21, tweede lid, van de Grondwet en, in samenhang gelezen met artikel 10, van de Grondwet, artikel 12, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 23, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en de “algemene rechtsbeginselen van de beschaafde natie”. (B.5.1.) Kort, maar krachtig stelt het Hof hier dat wat het eerste onderdeel betreft artikel 21, tweede lid, van de Grondwet niet de draagwijdte heeft die de verzoekende partijen eraan geven en dat bijgevolg dit eerste onderdeel niet kan worden aangenomen. (B.5.3.) Die draagwijdte bestond er in dat de verzoekende partijen aanhaalden dat in artikel 21, tweede lid, van de Grondwet een huwelijksconcept gebaseerd op partners van verschillend geslacht dient gelezen te worden. (B.5.2.)

Het tweede onderdeel van dit middel handelt over de “fundamentele tweeslachtigheid van de mens”. Enerzijds wordt er besloten dat de gelijkheid tussen vrouwen en mannen zoals bepaald in de artikelen 10, derde lid, en 11*bis*, van de Grondwet niet met zich meebrengt dat de “fundamentele tweeslachtigheid van de mens” als een uitgangspunt van de Belgische grondwettelijke orde kan worden aangezien. (B.5.6.) Anderzijds stelt het Hof dat de artikelen 12 E.V.R.M. en 23 B.U.P.O. evenmin de verplichting aan de verdragsstaten opleggen zulk beginsel als een uitgangspunt van de grondwettelijke orde te nemen. Er is bijgevolg ook geen sprake van een discriminatoire behandeling in het genot van de in het middel aangehaalde fundamentele rechten. (B.5.8.)

Samen met het tweede onderdeel van het tweede middel bekijkt het Hof ook het vierde middel in zoverre de verzoekende partijen betogen dat de bestreden wet afbreuk doet aan “het recht [van het gezin] op bescherming van de maatschappij en de Staat”, zoals bedoeld in artikel 23.1 B.U.P.O. Dit vierde middel gaat uit van een schending van de bestreden wet van artikel 12 E.V.R.M., artikel 23 B.U.P.O. en de algemene beginselen van de beschaafde natie, in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11, van de Grondwet, doordat het huwelijk wordt uitgebreid tot een instelling die niet kan worden omschreven als een huwelijk in de zin van de aangehaalde verdragsbepalingen, waardoor de relatieve beschermingspositie van gehuwden van verschillend geslacht wordt verzwakt, terwijl artikel 23 B.U.P.O. de Belgische Staat verplicht maatregelen te nemen ter bescherming van het huwelijk. (B.6.1.) Het Hof wijst voor dit middel naar de artikelen 5.2 B.U.P.O. en 53 E.V.R.M. om

zijn stelling te staven dat artikel 12 E.V.R.M. en artikel 23.2 B.U.P.O. niet zodanig kunnen worden uitgelegd dat zij de Staten die partij zijn bij de voormelde verdragen zouden verhinderen het in die bepalingen gewaarborgde recht toe te kennen aan personen die dat recht willen uitoefenen met personen van hetzelfde geslacht. (B.6.4.)

Wat de bescherming van het gezin door de maatschappij en de Staat zoals bepaald door artikel 23.1 B.U.P.O. betreft, stelt het Hof bondig dat de verzoekende partijen niet aantonen hoe de relatieve beschermingspositie van het gezin door de bestreden bepalingen zou kunnen worden verzwakt, nu de bestreden wet geen enkele materiële wijziging aanbrengt in de wettelijke bepalingen die de gevolgen van het burgerlijk huwelijk van personen van het verschillende geslacht beheersen en dat er bijgevolg ook geen sprake kan zijn van een discriminatie in het genot van de in het middel aangehaalde rechten. (B.6.6.)

2.2.3. Derde middel

Volgens het derde middel schendt de bestreden wet de artikelen 19 en 21, tweede lid, van de Grondwet en, in samenhang gelezen met artikel 10, van de Grondwet, de artikelen 9 en 12 E.V.R.M. en de artikelen 18 en 23 B.U.P.O., doordat gelovige burgers die in overeenstemming met de geboden en voorschriften van hun godsdienst een religieus huwelijk wensen te sluiten, vooraf dienen toe te treden tot een instelling die fundamenteel tegengesteld is aan hun geloofsovertuigingen en de voorschriften van hun godsdienst. (B.7.1.) Aangezien de nadelen die de verzoekende partijen beweren te ondervinden, voortvloeien uit artikel 21, tweede lid, van de Grondwet en het Hof zich niet bevoegd acht zich uit te spreken over een beperking van de vrijheid van godsdienst en eredienst die voortvloeit uit een door de Grondwetgever zelf gemaakte keuze, beslist het dat het derde middel niet kan worden aangenomen. (B.7.2.)

2.2.4. Vijfde middel

Volgens het vijfde middel is er een schending door de bestreden wet van artikel 10 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 19 ervan, met artikel 9 E.V.R.M. en met artikel 18 B.U.P.O., doordat zij het niet mogelijk maakt met meer dan één partner tegelijk te huwen. (B.8.1.)

Het Hof concludeert hier kort dat de categorie van personen ten aanzien van wie een mogelijke discriminatie wordt aangevoerd, het voorwerp moet uitmaken van een pertinente vergelijking met een andere categorie, wat *in casu* niet het geval is en dat bijgevolg dit middel ook niet kan worden aangenomen. (B.8.2.)

3. KRITISCHE BESPREKING

3.1. HET BELANG

De artikelen 142, derde lid, van de Grondwet en 2, 2°, van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof van 6 januari 1989 laten iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon toe een beroep tot nietigverklaring in te dienen bij het Arbitragehof op voorwaarde dat men doet blijken van een belang ter zake. Dit is geen vanzelfsprekende evidentie. Het beroep tot nietigverklaring is immers een objectief contentieux dat in de eerste plaats is ingesteld in het algemeen belang en beoogt het objectieve recht te verwezenlijken. Het is in beginsel niet ingesteld in het belang van de klagende partij. Om die reden geeft het Hof over het algemeen een ruime interpretatie aan het belang.

I.v.m. het belang doet het Arbitragehof in dit arrest iets vreemd. Het stelt dat de draagwijdte van de betrokken bepalingen en de gevolgen die ze kunnen hebben, dienen te worden onderzocht, samen met de door de verzoekende partijen aangevoerde middelen om daaruit te kunnen besluiten of de verzoekende partijen het vereiste belang hebben of niet. De ontvankelijkheid van het beroep valt bijgevolg samen met het onderzoek ten gronde.⁸ Op zich zou deze redenering kunnen worden gemotiveerd door die ruime interpretatie die het Hof geeft aan “het vereiste belang”.⁹ Hiertegen kan wel makkelijk worden geargumenteerd dat, na het lezen van de stukken van de partijen, het ontbreken van het vereiste belang voor eenvoudige constatering vatbaar is.

Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat er een voldoende belang aanwezig is bij burgers die door de bestreden norm rechtstreeks en ongunstig in hun situatie zouden kunnen worden geraakt en er m.a.w. hen een nadeel wordt berokkend.¹⁰ Meer concreet omvat dit belangvereiste verschillende aspecten die cumulatief bekeken worden. Bij afwezigheid van één van de aspecten, heeft de verzoeker geen belang en wordt het verzoekschrift bijgevolg ook onontvankelijk verklaard. Uit de arresten van het Hof kunnen volgende vier aspecten onderscheiden worden: het belang moet persoonlijk zijn, het moet rechtstreeks, voldoende zeker en objectief bepaalbaar of rechtmatig zijn.

Aan deze voorwaarden is voor dit verzoekschrift zeker niet voldaan. De bestreden wet heeft immers geen enkele weerslag op het burgerlijk huwelijk van personen, noch op het godsdienstig huwelijk van personen van verschillend geslacht. Dit wordt door het Hof bevestigd in zijn antwoord op het

⁸ Arbitragehof, nr. 159/2004 (B.1.3.) (www.arbitrage.be).

⁹ R. LEYSEN, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof”, in *Mélanges offerts à J. Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 1, 405.

¹⁰ R. LEYSEN, *o.c.*, 406-407.

vierde middel.¹¹ Het vernietigen van de Wet had dan ook niet tot gevolg kunnen hebben dat de situatie van de verzoekende partijen concreet verbeterd zou worden. Het huwelijk zou nog steeds dezelfde instelling zijn voor heteroseksuele koppels als het is onder de Wet. Er is bijgevolg geen nadeel dat door een vernietiging van de bestreden wet zou kunnen verdwijnen.¹² De verzoekende partijen haalden onder meer ook aan dat de instelling van het huwelijk nu een aard aanneemt die niet in overeenstemming is met de bedoelingen die zij hadden toen ze het huwelijk sloten. Daarnaast beriepen sommige verzoekers zich op hun belang als rooms-katholieke, respectievelijk protestants-christelijke burgers.

De Ministerraad antwoordde hierop in haar memorie op het verzoekschrift dat het Hof in het kader van het beroep tot nietigverklaring van de Wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning waarin een verzoeker zich net zoals in deze zaak beriep op zijn hoedanigheid van lid van de rooms-katholieke kerk, zich als volgt had uitgesproken:

“B.2.4. De niet-gehuwde verzoeker, die zich enkel beroept op zijn hoedanigheid van gelovige, lid van de rooms-katholieke kerk, doet evenmin blijken van het rechtens vereiste belang. Het feit dat een verzoeker, op grond van een eigen appreciatie, een wet afkeurt, kan niet worden aangehouden ter verantwoording van het vereiste belang.”¹³

Bijgevolg werd in die zaak het verzoekschrift onontvankelijk verklaard. Het is duidelijk dat een dergelijke redenering hier perfect op zijn plaats was geweest en dat het hier aangehaalde belang bijgevolg op grond van deze redenering niet-persoonlijk, onrechtstreeks en onrechtmatig verklaard kon worden. De vraag is dan ook waarom het Hof weigerde het belang van de verzoekende partijen te onderzoeken alvorens het onderzoek ten gronde te doen.

Wellicht heeft het Hof, hoewel het zich ervan bewust was dat de verzoekende partijen geen belang hadden, op deze manier het belang als ontvankelijkheidsvereiste willen omzeilen, zodat het zich toch konden uitspreken over deze zaak om zo zijn beleid over deze materie uit te doeken te kunnen doen. Dit doet vragen rijzen naar de waarde van het belang als ontvankelijkheidsvereiste. Voor de beroepen tot nietigverklaring waarvan het belang niet voldoet aan de vereiste kenmerken zal het Hof door zulk antwoord op te nemen de zaak steeds ten gronde kunnen onderzoeken als het dit om de één of andere reden nodig acht. Overwegingen van doelmatigheid en rechtvaardigheid die het vereisen van een belang verantwoorden bij een

¹¹ Arbitragehof, nr. 159/2004 (B.6.6.).

¹² Memorie door de Ministerraad van 3 december 2003 bij het verzoekschrift tot vernietiging van de wet van 13 februari 2003, 16.

¹³ Memorie door de Ministerraad van 3 december 2003 bij het verzoekschrift tot vernietiging van de wet van 13 februari 2003, 13.

objectief contentieux, zoals het annulatieberoep bij het Arbitragehof¹⁴, verliezen hierdoor veel van hun pluimen. P. SENAËVE spreekt zich in zijn noot niet uit over het ontvankelijk verklaren van het verzoekschrift.

Met het oog op de veranderingen die het 14^e Protocol bij het E.V.R.M. zou invoeren voor de vereisten van het belang om een zaak aanhangig te maken bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens rijst de vraag of een dergelijke wijziging van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof van 6 januari 1989 zich ook niet meer en meer opdringt. Op deze manier zou het Arbitragehof zich kunnen uitspreken over zaken die duidelijk geen belang hebben, maar die het toch van bijzondere maatschappelijke waarde acht. Men zou de artificiële constructies die in dit en andere arresten werden gebruikt om zich toch te kunnen uitspreken over de zaak achterwege kunnen laten, wat de duidelijkheid en de rechtszekerheid op vlak van de ontvankelijkheidsvereisten zeker ten goede zou komen.

3.2. DE EERSTE RECHTSVRAAG

Is de Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet in strijd met de artikelen 10, 11 en 11bis, van de Grondwet, doordat de instelling van het homohuwelijk gelijkgeschakeld wordt met de instelling van het heterohuwelijk?

Het Arbitragehof haalt in zijn rechtspraak twee soorten discriminaties aan: ofwel bevindt men zich in gelijke situaties en wordt men toch ongelijk behandeld, zonder redelijke verantwoording voor dit verschil in behandeling, ofwel bevindt men zich in verschillende situaties, waarin men op identieke wijze behandeld wordt, eveneens zonder redelijke verantwoording, wat ook wel “de omgekeerde discriminatie” wordt genoemd.¹⁵

In dit arrest is voor het eerste middel de omgekeerde discriminatie van toepassing nu dit middel een schending aanhaalt van het gelijkheidsbeginsel, doordat de bepalingen van de bestreden wet, zonder redelijke verantwoording, wezenlijk verschillende situaties op identieke wijze behandelen. Het Hof stelt dat het een gelijke behandeling slechts mag afkeuren indien twee categorieën van personen die zich ten aanzien van de betwiste maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.¹⁶ Het Arbitragehof hanteert bijgevolg een redelijk streng criterium, opdat er sprake zou zijn van dergelijke “omgekeerde discriminatie”.

¹⁴ R. LEYSEN, *o.c.*, 405.

¹⁵ Arbitragehof, nr. 4/92 (B.2.3.) (www.arbitrage.be), Arbitragehof, nr. 138/2000 (B.4.) (www.arbitrage.be) en Arbitragehof, nr. 95/2001 (B.6.) (www.arbitrage.be).

¹⁶ Arbitragehof, nr. 159/2004 (B.4.3.) (www.arbitrage.be).

Als een begin van oplossing van dit middel kan de volgende vraag worden gesteld: zijn heteroseksuele koppels die willen huwen wezenlijk verschillend van homoseksuele koppels die willen huwen? Het Hof zoekt hiervoor een antwoord in de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet. Het haalt het volgende aan:

“In onze hedendaagse samenleving wordt het huwelijk beleefd en aangevoeld als een (vormgebonden) verbintenis tussen twee personen, met als voornaamste doel het creëren van een duurzame samenlevingsband. Het huwelijk biedt beide partners de mogelijkheid om hun band en de gevoelens die ze voor elkaar hebben tegenover de buitenwereld te bevestigen.

Gelet op de veranderde tijdsgeest - het huwelijk dient thans voornamelijk om de innige band tussen twee personen te veruiterlijken en te bevestigen en verliest zijn procreatief karakter - is er geen enkele reden meer om het huwelijk niet open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht.¹⁷”

Het Hof besluit ten aanzien van het aldus ingevulde huwelijksconcept dat het verschil tussen personen die een levensgemeenschap willen vormen met een persoon van het andere geslacht en personen die dit wensen te doen met een persoon van hetzelfde geslacht, niet zodanig is dat deze laatsten moeten worden uitgesloten van de mogelijkheid een huwelijk te sluiten.¹⁸

Bij dit middel kunnen enkele opmerkingen worden gemaakt.

Ten eerste dient er opgemerkt te worden dat door een eenvoudige wijziging van woorden het Hof duidelijk zijn standpunt over het concept van het homohuwelijk naar voor schuift. De verzoekende partijen stelden dat er een objectief verschil bestaat tussen personen die een gezin wensen te stichten met een persoon van het andere geslacht en personen die een leefgemeenschap willen vormen met een persoon van gelijk geslacht.¹⁹ Het Hof heeft het daarentegen enkel over personen die een levensgemeenschap willen vormen met een persoon van het andere, respectievelijk hetzelfde geslacht. Het Hof bevestigt de vastgestelde verandering in de samenleving en kwalificeert het huwelijk als niet meer gericht op voortplanting. Hierdoor distantieert het zich van de Raad van State.²⁰ Na deze vaststelling rijst de vraag of het Hof het middel niet beter had kunnen afwijzen door te stellen dat “personen die een gezin wensen te stichten met een persoon van het andere geslacht” geen pertinente groep vormt in deze vergelijking. Er zijn immers, zoals ook in de parlementaire voorbereiding van de Wet te lezen valt, gehuwde koppels van verschillend geslacht die geen kinderen kunnen of willen krijgen. In een

¹⁷ *Parl. St.*, Senaat, 2001-2002, nr. 2-1173/1, 1-2.

¹⁸ Arbitragehof, nr. 159/2004 (B.4.7.) (www.arbitrage.be).

¹⁹ Arbitragehof, nr. 159/2004 (B.4.2.) (www.arbitrage.be).

²⁰ Advies Raad van State op het wetsontwerp van de wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1692/001, 18.

vergelijking met de volledige groep van gehuwde koppels van verschillend geslacht mist dit middel dan ook elke grondslag.

Ten tweede had het Hof dit middel nog op een andere manier kunnen verwerpen. In de memorie van antwoord van de verzoekende partijen antwoordden ze op de vraag van de Ministerraad “of het wel gaat over een identieke behandeling”, dat het niet gaat over een identieke behandeling maar dat “*er minstens sprake is van een grosso modo gelijke behandeling van verschillende situaties*”.²¹ Zoals in hierboven aangehaald, hanteert het Arbitragehof voor de “omgekeerde discriminatie” strenge, cumulatieve criteria. Eén daarvan is dat beide categorieën van personen op identieke wijze worden behandeld. “Een grosso modo gelijke behandeling” is in deze strenge interpretatie niet gelijk aan een identieke behandeling. Bijgevolg is niet voldaan aan één van de voorwaarden en kan er dan ook geen sprake zijn van een (omgekeerde) discriminatie in de zin van artikel 10, 11 en 11*bis*, van de Grondwet.

Ten derde dient er ook te worden opgemerkt dat er tussen de instelling van het huwelijk voor personen van verschillend geslacht en de instelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht wezenlijke verschillen bestaan nu de regels inzake afstamming en adoptie niet op deze laatste van toepassing zijn. Was het dan niet beter geweest dat het Hof had gesteld dat er zelfs geen sprake is van “een grosso modo gelijke behandeling” zoals aangehaald door de verzoekende partijen, maar dat er, nu er een duidelijk verschillende behandeling bestaat tussen beide categorieën van personen, geen sprake kan zijn van een omgekeerde discriminatie, en zo het middel had afgewezen?

Ten vierde is het zo dat het begrip huwelijk twee ladingen dekt. Enerzijds is er het huwelijksconcept, de gedachtegang achter “het huwen” – dit omvat, zoals de parlementaire voorbereiding van de Wet stelt, een duurzame samenlevingsband willen creëren tussen twee personen van verschillend of hetzelfde geslacht²²- en anderzijds is er de huwelijksinstelling – dit zijn de regels en de gevolgen die ontstaan wanneer twee mensen mekaar het ja-woord geven. Het Arbitragehof heeft het in het arrest enkel over het eerste luik van “het huwelijk”, namelijk het huwelijksconcept. Uit de stukken van de partijen blijkt dat geen van beide partijen betwist dat het huwelijksconcept veranderd is van een instelling die gericht is op voortplanting naar een instelling die erop gericht is een duurzame samenlevingsband te creëren.²³ De discussie door de partijen gevoerd gaat uitsluitend over de instelling van het huwelijk.

²¹ Memorie van antwoord op de memorie, ingesteld door de Ministerraad en de tussenkomende partijen, met als raadslieden Mrs. Matthias E. STORME en F. JUDO, 5.

²² *Parl. St.*, Senaat, 2001-2002, nr. 2-1173/1, 1-2.

²³ Memorie van antwoord op de memorie, ingesteld door de Ministerraad en de tussenkomende partijen, met als raadslieden Mrs. Matthias E. STORME en F. JUDO, 3.

In dit verband komt de vraag aan de oppervlakte of het Hof wel een antwoord heeft gegeven op het eerste middel.²⁴ Het Hof had, m.i., moeten antwoorden op de vraag of de instelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht identiek is aan de instelling van het huwelijk voor personen van verschillend geslacht. Door te stellen dat het verschil tussen categorieën van personen niet zodanig is dat homoseksuelen uitgesloten moeten worden van de mogelijkheid een huwelijk aan te gaan nu het huwelijksconcept voor beide groepen gelijk is, heeft het Hof een andere vraag beantwoord. Beweren dat het Hof het middel beantwoord heeft, heeft drastische gevolgen. Immers, het Hof stelt dat 1) nu het huwelijksconcept voor beide groepen hetzelfde is, homoseksuelen niet mogen worden uitgesloten van het huwelijk. 2) Het Hof maakt geen onderscheid tussen het huwelijk voor heteroseksuelen en het huwelijk voor homoseksuelen. 3) Nu de vraag ging over het verschil in de instelling van het huwelijk, lijkt het dat het Hof heeft geantwoord dat er geen verschil is tussen beide instellingen. Dit zou tot gevolg hebben dat de regels die de afstamming en de adoptie voor homoseksueel gehuwde koppels verbieden, in strijd zouden zijn met het gelijkheidsbeginsel nu beide instellingen gelijk zijn, tenzij men voor dit verschil in behandeling een redelijke verantwoording zou kunnen geven.

In de noot van P. SENA EVE merkt hij ook de weinig bevredigende argumentatie van het Hof op dat uitgaat van de onaantastbaarheid van het huwelijksconcept zoals gedefinieerd door de Belgische Wetgever van 13 februari 2003 en zegt hij tevens dat beide soorten huwelijk niet op identieke wijze worden behandeld. Dit laatste staft hij door een verwijzing naar de drie pijlers van het huwelijk. Aangezien het vestigen van een afstammingsband één van die drie pijlers is en deze niet van toepassing is op het homohuwelijk, besluit hij tot een wezenlijk verschil in behandeling. Heeft P. SENA EVE hierdoor niet gezondigd tegen zijn eigen opmerking? De drie pijlers van het klassieke huwelijk zijn inderdaad afstamming, financiële solidariteit tussen echtgenoten en reservatair erfrecht voor de langstlevende echtgenoot.²⁵ Nu is de vraag of door de wijziging van het huwelijksconcept ook de pijlers van het huwelijk niet zijn veranderd. In een huwelijk dat gericht is op het creëren van een duurzame samenlevingsband en waarin procreatie een ondergeschikte rol heeft gekregen, kan men moeilijk verdedigen dat afstamming nog steeds één van de drie belangrijkste pijlers is. Aangezien homoseksueel gehuwde koppels geen gezin kunnen stichten, lijkt het mij niet anders te kunnen dan dat P. SENA EVE voor het homohuwelijk de pijler van de afstamming heeft gewist. Hij blijkt te kiezen voor een scheiding van het huwelijk in een heterohuwelijk met drie pijlers en een homohuwelijk met twee pijlers. De vraag is of dit onderscheid wel kan gemaakt worden in het licht van het gelijkgestelde huwelijksconcept door het Arbitragehof. Hij verdedigt de argumentatie van het Hof tenslotte door te

²⁴ Memorie van antwoord op de memorie, ingesteld door de Ministerraad en de tussenkomende partijen, met als raadsliden Mrs. Matthias E. STORME en F. JUDO, 3.

²⁵ P. Sena eve, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, III, 19, rdnr. 1489-2.

stellen dat het Hof zich wellicht doelbewust niet heeft willen vastpinnen op dit in de huidige wetgeving bestaande verschil tussen beide huwelijken en de handen hebben willen vrijhouden voor de hypothese dat de wetgever ooit de adoptie en de afstamming zou mogelijk maken voor gehuwde homoseksuele koppels.²⁶

Hoewel deze conclusie waarschijnlijk de juiste is, gaat mijn redenering nog een stap verder: Zoals ik hierboven stelde, valt uit dit arrest het omgekeerde op te maken, namelijk dat dit arrest de deur openzet voor een vernietiging van de bepalingen van de Wet van 13 februari 2003 die de afstamming en de adoptie voor gehuwde homoseksuele koppels verbieden. Het blijft onduidelijk waarom het Arbitragehof voor deze vage redenering heeft gekozen, hoewel er eenvoudigere alternatieven voor handen waren.

3.3. DE TWEDE RECHTSVRAAG

Is de Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet in strijd met artikel 12, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 23, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten die uitsluitend het huwelijk voor personen van verschillend geslacht waarborgen?

3.3.1. Het recht om te huwen

a. Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Het verhaal van de toepassing van art. 12 E.V.R.M. op homoseksuele koppels begint bij de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens i.v.m. transseksuelen. Sinds de arresten *Goodwin v. Verenigd Koninkrijk* en *I. v. Verenigd Koninkrijk* is er een zeer sterke evolutie te merken in de rechtspraak van het Europees Hof.²⁷ Uit deze arresten blijkt dat het stichten van een gezin geen voorwaarde meer vormt voor het recht op huwelijk en dat de onmogelijkheid voor een koppel om een kind te verwekken of groot te brengen niet meer beschouwd kan worden als een hinderpaal om te huwen. Hierdoor geeft het Europees Hof eindelijk aan dat, hoewel het de oorspronkelijke bedoeling van de opstellers van het E.V.R.M. was om het recht te huwen en het recht een gezin te stichten als één enkel recht in art. 12 E.V.R.M. te beschouwen, die huwelijksopvatting en vooral het verschil in geslacht, dat lange tijd door het Hof Mensenrechten in dit artikel werd gelezen, vandaag niet langer houdbaar zijn. Deze meningsverandering is het resultaat

²⁶ P. SENAËVE, "Wet op het homohuwelijk niet strijdig bevonden met de grondwet", *E.J.* 2005, afl. 2, 25-30, rdnr. 7-8.

²⁷ Hof Mensenrechten, arrest *Christine Goodwin t / Verenigd Koninkrijk* van 11 juli 2002., § 98 (www.echr.coe.int) en Hof Mensenrechten, arrest *I. t / Verenigd Koninkrijk* van 11 juli 2002, § 78 (www.echr.coe.int).

van een uitgebreide kritiek die de rechtsleer heeft geuit op de traditionele huwelijksopvatting die in zijn voormalige rechtspraak naar voren kwam.²⁸

Dit betekent nog niet dat er voor duurzame homoseksuele en lesbische relaties in art. 12 E.V.R.M. een grondslag zou kunnen gevonden worden voor de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht. In de vermelde arresten wordt immers niets veranderd aan het geslachtsverschil dat moet bestaan tussen de personen die willen huwen in het licht van art. 12 E.V.R.M.²⁹ Gelet op het feit dat voorlopig enkel in Nederland en België het huwelijk werd opengesteld voor homoseksuelen en lesbiennes, is er bovendien nog geen sprake van een Europese consensus die een afwijkende, ruime interpretatie van art. 12 E.V.R.M. kan verantwoorden.³⁰

Het standpunt van het Hof Mensenrechten dat het recht om een gezin te stichten geen voorwaarde is voor het recht om te huwen en dat de onbekwaamheid van een koppel om een kind te verwekken of groot te brengen niet mag worden beschouwd als implicerend dat hen het recht te huwen wordt ontnomen, kan wel worden aanzien als een grote stap in de richting van een dergelijke openstelling. Als wordt aanvaard dat het huwelijk niet langer op procreatie is gericht, valt meteen één van de bezwaren weg die traditioneel wordt aangevoerd om homoseksuelen en lesbiennes het recht om met mekaar te huwen, te ontzeggen.³¹

Tevens dient opgemerkt te worden dat uit de aandacht die het Hof besteedt aan art. 9 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin de verwijzing is weggelaten naar de begunstigen van het recht te huwen, zou kunnen worden afgeleid dat het Hof Mensenrechten langzaam de weg voorbereidt naar een gewijzigd standpunt ten aanzien van het huwelijk en homoseksuelen. In zijn arresten verwijst het Europees Hof wel nog steeds naar “man en vrouw” en niet naar “mannen en vrouwen”, behalve bij zijn verwijzing naar art. 9.³²

b. VN-comité voor de Mensenrechten

Het VN-Comité voor de Mensenrechten heeft zich moeten uitspreken over een klacht waarin de partners van twee lesbische koppels aanvoerden dat hun onmogelijkheid om in Nieuw-Zeeland met elkaar te huwen strijdig zou zijn met een hele reeks bepalingen van het I.V.B.P.R. Het Comité besliste de klacht te onderzoeken in het licht van art. 23, 2° lid, aangezien dit het enige artikel is dat uitdrukkelijk over het recht om te huwen handelt. Het Comité wees erop

²⁸ P. SENA EVE en P. LEMMENS, *De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 20-21.

²⁹ P. SENA EVE en P. LEMMENS, *o.c.*, 22.

³⁰ P. SENA EVE en P. LEMMENS, *o.c.*, 22-23.

³¹ P. SENA EVE en P. LEMMENS, *o.c.*, 23.

³² P. SENA EVE en P. LEMMENS, *o.c.*, 23.

dat het gebruik van de begrippen “mannen en vrouwen” in plaats van het meer algemeen begrip “menselijk wezen” consistent en op uniforme wijze wordt opgevat als erop wijzend dat de verdragsbepaling die uit deze bepaling voor de Staten voortvloeit, enkel inhoudt dat zij de band tussen een man en een vrouw die met elkaar willen huwen, moeten erkennen als huwelijk. De zuivere weigering om in een homohuwelijk te voorzien, kan volgens het Comité evenmin worden opgevat als een schending van de andere aangehaalde verdragsbepalingen.³³ De restrictieve, tekstuele interpretatie van het Mensenrechtencomité pleit eerder voor een gebrek aan consensus over de openstelling van het huwelijk voor gelijkslachtingen.³⁴

c. Arbitragehof

Het Arbitragehof volgt in zijn antwoord op het eerste onderdeel van het tweede middel volledig deze evolutie in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Op een voorzichtige wijze voert het aan dat de artikelen 12 E.V.R.M. en 23 B.U.P.O. enkel de mogelijkheid inhouden een huwelijk te sluiten tussen een man en een vrouw, maar stelt het eveneens dat uit deze artikelen geen beginsel van “fundamentele tweeslachtigheid” kan worden afgeleid dat dan als uitgangspunt van de grondwettelijke orde zou moeten gelden.³⁵

Het Arbitragehof lijkt m.i. hiermee een stapje verder te gaan dan het Hof Mensenrechten. Hoewel de “fundamentele tweeslachtigheid” niet als zodanig bestaat, is het wel zo dat er voor de onderliggende gedachte wel een zekere grondslag kan worden gevonden. Het Hof Mensenrechten weigert immers tot nu toe in artikel 12 E.V.R.M. een grondslag te lezen voor een huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht. Wanneer het Arbitragehof nu stelt dat “de artikelen 12 E.V.R.M. en 23 B.U.P.O. niet op zodanige wijze kunnen worden geïnterpreteerd dat ze een “fundamentele tweeslachtigheid” inhouden”, lijkt het de gulden middenweg te hebben gekozen tussen de stelling van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de stelling die inhoudt dat deze artikelen wel het recht inhouden te huwen voor personen van hetzelfde geslacht. Het sluit m.a.w. de mogelijkheid om in artikel 12 E.V.R.M. en artikel 23 B.U.P.O. zulk recht te lezen niet volledig uit.

3.3.2. *Het recht om een gezin te stichten*

Samen met het tweede onderdeel van het tweede middel behandelt het Hof het vierde middel waarin een beperking door de Wet van het recht van het gezin op bescherming door de maatschappij en de Staat wordt aangeklaagd. Via de artikelen 53 E.V.R.M. en 5.2 B.U.P.O. stelt het Arbitragehof dat artikel 12

³³ VN-Comité voor de Mensenrechten, Communication 902/1999, Jools Joslin, Jenny Rowan, Magaret Pearl en Lindsay Zelf t/ Nieuw-Zeeland van 30 juli 2002.

³⁴ P. SENAËVE en P. LEMMENS, *o.c.*, 24.

³⁵ Arbitragehof, nr. 159/2004 (B.5.8.) (www.arbitrage.be).

E.V.R.M. en artikel 23.2 B.U.P.O. niet kunnen worden uitgelegd dat zij Staten die partij zijn bij de voormelde verdragen zouden verhinderen het in die bepalingen gewaarborgde recht toe te kennen aan personen die dat recht willen uitoefenen met personen van hetzelfde geslacht.³⁶

De vraag is of de omweg via de artikelen 53 E.V.R.M. en 5.2 B.U.P.O. wel nodig was. Een lezing van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens leert ons immers dat het Hof Mensenrechten nog nooit heeft erkend dat homoseksuele koppels een gezin kunnen stichten. In het licht van artikel 8 E.V.R.M., dat de eerbiediging van het recht op gezinsleven en privé-leven inhoudt, valt op te merken dat wanneer homoseksuelen een vordering instelden op grond van dit artikel, het Hof Mensenrechten tot nu toe de vordering steeds kwalificeerde als een inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven.

In het arrest *Fretté tegen Frankrijk* moest het Hof oordelen of het ontzeggen aan een alleenstaande homoseksueel van een recht op adoptie een inmenging inhield van het recht om te huwen in de betekenis van het recht om een gezin te stichten.³⁷ Het Hof Mensenrechten bleek redelijk terughoudend en beklemtoonde dat art. 12 E.V.R.M. een recht om te huwen garandeerde voor een man en een vrouw en oordeelde dat er geen discriminatie is van art. 12 E.V.R.M. In art. 14 E.V.R.M., waarin het gelijkheidsbeginsel en de discriminatieverboden zijn opgenomen, is er strikt genomen slechts discriminatie op grond van geslacht en niet op grond van seksuele geaardheid. Doch, in het arrest *Salgueiro Da Silva Mouta* heeft het Hof Mensenrechten wel aanvaard dat ook een discriminatie op basis van seksuele geaardheid onder art. 14 E.V.R.M. valt.³⁸ In het arrest *Fretté t/ Frankrijk* oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat er over adoptie door homoseksuelen nog geen consensus bestond in de lidstaten van de Raad van Europa. De Staten beschikken bijgevolg over een ruime appreciatiemarge over dit onderwerp.³⁹

Nu het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt dat homoseksuele koppels geen gezin kunnen stichten en het Arbitragehof via artikel 53 E.V.R.M. en art. 5.2 B.U.P.O. de mogelijkheid openlaat voor de bescherming van het gezinsleven van gehuwde homoseksuele koppels kunnen hier twee mogelijke interpretaties uit afgeleid worden.

Ofwel is het zo dat het Arbitragehof onnodig deze bepalingen heeft aangehaald, nu homoseksuele koppels nog geen gezin kunnen stichten. Het Hof had in die hypothese gewoon kunnen stellen dat aangezien de mogelijkheid een gezin te hebben niet bestaat voor gehuwde homoseksuele

³⁶ Arbitragehof, nr. 159/2004 (B.6.4.) (www.arbitrage.be).

³⁷ Hof Mensenrechten, arrest *Fretté t/ Frankrijk* van 26 februari 2002 (www.echr.coe.int).

³⁸ Hof Mensenrechten, arrest *Salgueiro Da Silva Mouta t/ Portugal* van 21 december 2000 (www.echr.coe.int).

³⁹ P. SENAEVE en P. LEMMENS, *o.c.*, 92-93.

koppels, de Wet ook geen uitbreiding te weeg brengt van de beschermingspositie door de maatschappij en de Staat van het gezin en dat het middel dan ook geen enkele grondslag raakt. Dit zou in overeenstemming zijn met het niet op procreatie gerichte huwelijksconcept dat het hanteert in het eerste middel.

Ofwel is het zo dat het Arbitragehof een ruime interpretatie voorhoudt en stelt dat ook gehuwde homoseksuele koppels een gezin kunnen stichten. Dit zou de verwijzing naar de artikelen 53 E.V.R.M. en 5.2 B.U.P.O. verklaren. In deze hypothese is het wel zo dat door te stellen dat gehuwde homoseksuele koppels een gezin kunnen stichten in de zin van artikel 12 E.V.R.M. en artikel 23 B.U.P.O. het Arbitragehof impliciet de weg vrijmaakt voor adoptie voor homoseksuele koppels, nu er geen andere vorm van gezinsvorming bestaat voor homoseksuele koppels. Het gaat hier namelijk om een gezin in de zin van artikel 12 E.V.R.M. en niet in de ruime zin van artikel 8 E.V.R.M. Dit zou betekenen dat het Arbitragehof de bepalingen die de adoptie en afstamming in het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht verbieden, in strijd zou vinden met de artikelen 12 E.V.R.M. en 23 B.U.P.O. Aangezien een ruimere interpretatie geven van de rechten uit het B.U.P.O. en het E.V.R.M. dan de interpretatie gegeven door het V.N.-Comité, respectievelijk het E.H.R.M. niet in strijd is met deze verdragen zelf, lijkt deze tweede hypothese de meest aanvaardbare.

Tenslotte haalt het Arbitragehof aan dat aangezien de bestreden wet geen enkele materiële wijziging aanbrengt in de wettelijke bepalingen die de gevolgen van het burgerlijk huwelijk van personen van verschillend geslacht beheersen, het Hof daarenboven niet inziet hoe de beschermingspositie van het gezin zou kunnen worden afgezwakt.⁴⁰ Deze bepaling verduidelijkt, m.i., niet welke hypothese er nu juist moet gevolgd worden. Het geeft enkel weer dat de verzoekende partijen voor dit middel geen belang hebben. Het is sterk te betwijfelen of het Hof ook niet tot dit besluit was gekomen indien het de ontvankelijkheid van de middelen bij het onderzoek naar het belang had hebben bekeken.

P. SENAEEVE maakt in zijn noot enkel een opmerking bij het vierde middel.⁴¹ Hij vraagt zich meer bepaald af of de overweging i.v.m. de aantasting op discriminerende wijze van de beschermingspositie van het gezin⁴² niet enigszins incoherent is als men het vergelijkt met de overweging die het Arbitragehof aanwendt om het eerste middel te verwerpen, namelijk dat de Wetgever van 2003 gekozen heeft voor en uitgegaan is van een geheel nieuw huwelijksconcept dan datgene waarop de vroegere huwelijkswetgeving was

⁴⁰ Arbitragehof, nr. 159/2004 (B. 6.6.) (www.arbitrage.be).

⁴¹ P. SENAEEVE., "Wet op het homohuwelijk niet strijdig bevonden met de grondwet", *E.J.* 2005, afl. 2, 25-30, cf. supra.

⁴² Cf. supra.

gebaseerd.⁴³ Hiermee legt P. SENAËVE eveneens de fout bloot die het Arbitragehof heeft gemaakt bij het antwoord op het eerste middel. Het Arbitragehof zegt dat het huwelijksconcept veranderd is van één dat gericht was op procreatie – dit omvat duidelijk het gezinsleven – naar één dat gericht is om het creëren van een duurzame levensband tussen twee personen van hetzelfde of van verschillend geslacht – waarin het gezinsleven geen directe plaats meer heeft. Het stelt dus dat de Wet van 13 februari 2003 niet handelt over het gezinsleven. Nu het in zijn antwoord op het vierde middel de weg vrijmaakt voor homoseksuele koppels om via de artikelen 53 E.V.R.M. en 5.2 B.U.P.O. in de beschermingspositie van het gezin te komen, sluit het op deze manier nochtans wel het gezinsleven voor gehuwde homoseksuele koppels in. Dit is inderdaad incoherent met het niet op procreatie gerichte huwelijksconcept dat het Arbitragehof gebruikt in het eerste middel en sluit aan bij de vraag die ik mij stelde over de noodzakelijkheid van het gebruik van de artikelen 53 E.V.R.M. en 5.2 B.U.P.O. en de gevolgen die deze artikelen hebben op deze situatie.⁴⁴

3.4. DE DERDE RECHTSVRAAG

Is artikel 21, tweede lid, van de Grondwet niet in strijd met de vrijheid van godsdienst zoals onder andere gewaarborgd in artikel 9, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 18, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 19, van de Grondwet?

Het derde en het vijfde middel kunnen gemakkelijk worden samengenomen, aangezien ze een gelijkaardige materie betrekken. Over de ongegrondheid van de middelen bestaat zoals aangehaald door het Arbitragehof geen twijfel. Wanneer het derde middel gegrond verklaard zou worden, zou dit tot gevolg hebben dat elk verschil tussen het kerkelijk huwelijk en het burgerlijk huwelijk zou moeten worden nietig verklaard. Nu onze rechtsorde er één is van scheiding tussen Kerk en Staat, betekent dit dat het kerkelijk huwelijk en het burgerlijk huwelijk niet per definitie dezelfde moeten zijn. Het nadeel dat de verzoekers aanhalen, vloeit dus zoals aangehaald door de Ministerraad en overgenomen door het Arbitragehof, eerder voort uit artikel 21, tweede lid, van de Grondwet en niet zozeer uit de bestreden wet.⁴⁵

Wat het vijfde middel betreft, kan enkel opgemerkt worden dat de verzoekende partijen kennelijk geen belang hebben bij dit middel en dat dit middel zelf in strijd is met de “belangen” die zij inroepen. Het is dan ook terecht dat het Hof stelt dat er geen pertinente vergelijking is met een andere categorie en dat er bijgevolg ook onmogelijk een discriminatie kan bestaan.

⁴³ Cf. supra.

⁴⁴ Cf. supra.

⁴⁵ Memorie door de Ministerraad van 3 december 2003 bij het verzoekschrift tot vernietiging van de wet van 13 februari 2003, 24.

Wat de verzoekende partijen met deze middelen wilden bereiken, komt uiteindelijk neer op de vraag of artikel 21, tweede lid, van de Grondwet niet in strijd is met de vrijheid van godsdienst zoals gewaarborgd in artikel 19 van de Grondwet, artikel 9 E.V.R.M. en artikel 18 B.U.P.O. Artikel 21, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat, behoudens de uitzonderingen door de wet bepaald, het burgerlijk huwelijk de huwelijksinzegening vooraf moet gaan. De bedienaars van de eredienst die deze bepaling overtreden, kunnen op grond van artikel 267, van het Strafwetboek gestraft worden met een geldboete en bij herhaling met een gevangenisstraf.

Deze regel werd ingevoerd door een wet van 8 april 1802 ter uitvoering van het Concordaat tussen de Paus en Napoleon. Vermits de Kerk in die tijd de “burgerlijke” stand van de bevolking regelde en de toenmalige wetgever zich geen enkele illusie koesterde dat de bevolking plotseling haar gewoonten zou veranderen, vereiste men dat huwenden eerst hun huwelijk voor de ambtenaar van de burgerlijke stand dienden afsluiten vooraleer ze tot de huwelijksinzegening konden overgaan. Het burgerlijk huwelijk werd toen door de bevolking als een louter administratieve maatregel beschouwd, terwijl eigenlijk enkel dit soort huwelijk tot burgerrechtelijke gevolgen aanleiding kon geven.⁴⁶ Deze regel werd op verzoek van de katholieke leden van het Nationaal Congres van 1831 in de Grondwet ingevoegd. Ze vreesden namelijk dat sommige katholieke burgers zonder die bepaling zouden gaan denken dat het gezag van een priester voldoende was om het door hem ingezegende huwelijk een officieel en wettelijk karakter te verlenen, en daardoor zouden nalaten het burgerlijk huwelijk te doen voltrekken, wat hun administratieve moeilijkheden had kunnen bezorgen.⁴⁷

Deze stelling heeft in onze huidige samenleving, waarin de katholieke godsdienst niet meer de enige aanwezige godsdienst is, veel van haar pluimen verloren. Nu er op vele burgerlijke huwelijken geen godsdienstige huwelijken meer volgen, is het duidelijk dat scheiding van Kerk en Staat ook in het dagelijkse leven een constante is geworden waaraan niemand meer twijfelt. Daarnaast wordt de vrijheid van godsdienst algemeen aanvaard. Niet enkel is ze neergeschreven in artikel 19, van de Grondwet, ze vindt ook haar grondslag in menig mensenrechtenverdrag⁴⁸, waarin ze een ruime interpretatie krijgt. Opvallend hierbij is wel dat men steeds stelt dat een beperking van de vrijheid van godsdienst kan worden toegestaan mits het naleven van bepaalde voorwaarden.⁴⁹ Een beperking van de vrijheid van godsdienst zoals gewaarborgd in artikel 9 E.V.R.M., kan slechts indien de beperking 1) bij wet is voorzien, 2) een legitiem doel heeft en 3) noodzakelijk is in een democratische samenleving.

⁴⁶ Voorstel van verklaring tot herziening van artikel 21 van de Grondwet, *Parl. St.* 2000-01, nr. 1115/001, 3.

⁴⁷ R. SENELLE, *Commentaar op de Belgische Grondwet*, 1974, 39.

⁴⁸ Art. 9 E.V.R.M., art. 18 B.U.P.O.

⁴⁹ Art. 9, 2e lid E.V.R.M., art. 18.2 B.U.P.O.

Artikel 21, tweede lid, van de Grondwet zou kunnen worden aanzien als een dergelijke beperking. Men kan immers geen kerkelijk huwelijk afsluiten zonder eerst een burgerlijk huwelijk te zijn aangegaan. De vraag is nu of deze beperking nog steeds voldoet aan de gestelde voorwaarden.

Aan de eerste twee voorwaarden blijkt te zijn voldaan. Het is immers duidelijk dat deze beperking bij wet is voorzien. Artikel 21, tweede lid, van de Grondwet schrijft de regel expliciet voor. Er is eveneens een wettig doel. De vrees dat sommige katholieke burgers zonder die bepaling zouden gaan denken dat het gezag van een priester voldoende is om het door hem ingezegende huwelijk een officieel en wettelijk karakter te verlenen, en daardoor zouden nalaten het burgerlijk huwelijk te doen voltrekken, kan worden gekwalificeerd al een regel die een bescherming inhoudt van de openbare orde.⁵⁰

Grote vragen rijzen er echter bij de overeenstemming met de derde voorwaarde, de noodzakelijkheid van de regel voor een democratische samenleving.

In het arrest *Kokkinas t/ Griekenland* van 25 mei 1993 stelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens weliswaar dat het noodzakelijk kan zijn om in een democratische samenleving beperkingen te stellen aan de vrijheid van godsdienst, maar het bepaalt eveneens dat het doel van deze beperkingen erop gericht dient te zijn de belangen van de verschillende groepen met mekaar te verzoenen en te verzekeren dat de overtuigingen van eenieder worden gerespecteerd.⁵¹ Daarnaast dient er te worden opgemerkt dat er tot op heden geen rechtspraak bekend is die toepassing maakt van artikel 21, tweede lid, van de Grondwet en van artikel 267 Strafwetboek. Waarom zou men nog verbieden dat mensen huwen voor hun kerkgemeenschap, terwijl ze ongehuwd wensen samen te wonen op burgerlijk vlak? Samen met de vraag of het wel gepast is om bepalingen in de Grondwet te behouden die slechts een historische herinnering zijn⁵² en de vraag of men hetzelfde doel niet met heden ten dage meer gepaste regels kan bereiken, doet mij sterk twijfelen aan de overeenstemming met de voorwaarde van de noodzakelijkheid.

M.i. is artikel 21, tweede lid, van de Grondwet in strijd met de vrijheid van godsdienst, doordat ze een voorbijgestreefde regel in stand houdt. Ik pleit niet voor een volledige afschaffing van de regel, zoals in het voorstel van verklaring tot herziening van artikel 21 van de Grondwet van 23 februari 2003,⁵³ maar voor een aanpassing van de regel. Een mogelijkheid zou erin bestaan het uitsluitend huwen voor een kerkgemeenschap toe te laten, maar er

⁵⁰ Art. 9, 2e lid E.V.R.M., art. 18.2 B.U.P.O.

⁵¹ Hof Mensenrechten, *Kokkinanis t/ Griekenland*, van 25 mei 1993, §33 (www.echr.coe.int).

⁵² K. RIMANQUE, *De grondwet, toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 53.

⁵³ Voorstel van verklaring tot herziening van artikel 21 van de Grondwet, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1115/001.

expliciet bij te vermelden dat dit logischerwijze geen burgerrechtelijke gevolgen heeft. Hoogstwaarschijnlijk zullen we een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens moeten afwachten waarin tot een schending van de in artikel 9 E.V.R.M. gewaarborgde vrijheid van godsdienst wordt besloten, voordat artikel 21, tweede lid, van de Grondwet wordt aangepast.

In rdnr. 20 van zijn noot bekritiseert P. SENAËVE de argumentatie van het Hof op het vijfde middel. Waar het Hof stelt dat om te kunnen spreken van een discriminatie er een pertinente vergelijking gemaakt moet kunnen worden tussen de beweerdelijk gediscrimineerde categorie van personen en een andere categorie van personen, stelt hij zich de vraag waarom het Hof niet heeft teruggegrepen naar de argumentatie die het gebruikte bij de verwerping van het eerste middel. Dit middel zou dan verworpen worden door op te merken dat het enkel aan de wetgever toekomt om de aard en de voorwaarden van het huwelijk te bepalen, en dat de wetgever nu eenmaal het huwelijk opvat als een instituut met als voornaamste doel het creëren van een duurzame levensgemeenschap tussen twee personen. In deze gedachtegang kan men dan stellen, aldus P. SENAËVE, dat t.a.v. het aldus ingevulde huwelijksconcept het verschil tussen enerzijds twee personen die met elkaar een duurzame levensgemeenschap willen vormen en anderzijds personen die dit met drie of meer willen doen, zodanig is dat het uitsluiten van deze laatsten geen discriminatoire behandeling kan vormen.⁵⁴

M.i. heeft het Arbitragehof hier gedaan wat het bij het belang stelde te moeten doen: het middel ten gronde onderzoeken om te kijken of er een belang aanwezig is. Eigenlijk doet het Hof hier niets meer dan een onderzoek naar het belang te voeren. Het wijst het middel af door te stellen dat met deze categorie geen pertinente vergelijking kan worden gemaakt. Het is dus wel juist wat het Hof hier doet, de vraag blijft waarom het Hof moest wachten tot de bespreking van de middelen alvorens het het belang van de middelen wilde aanraken.

BESLUIT

In deze juridische noot heb ik getracht aan te tonen dat dit arrest van het Arbitragehof vele vragen oproept: wat is nog de waarde van het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij een verzoekschrift voor het Arbitragehof; opent het Arbitragehof via dit arrest de weg voor gehuwde homoseksuele koppels om de verboden artikels inzake afstamming en adoptie die op hen van toepassing zijn, aan te vechten; acht het Arbitragehof het homohuwelijk in overeenstemming met het recht om te huwen zoals gewaarborgd in de mensenrechtenverdragen; kunnen homoseksuele koppels een gezin stichten; en is artikel 21, tweede lid, van de Grondwet in strijd met de vrijheid van

⁵⁴ P. SENAËVE., “Wet op het homohuwelijk niet strijdig bevonden met de grondwet”, *E.J.* 2005, afl. 2, 25-30, rdnr. 20.

godsdienst? Op al deze vragen heb ik getracht een begin van antwoord te geven.

Wat ik vooral uit dit arrest heb geleerd, is dat bij een vluchtige lezing men absoluut niets bijzonders opmerkt, een grondige analyse daarentegen legt wel een aantal discussiepunten bloot. Hiervan zijn de twee markantste, m.i., de opening die het Arbitragehof heeft gecreëerd voor het stichten van een gezin voor gehuwde homoseksuelen en de mogelijke strijdigheid met de vrijheid van godsdienst. Twee punten die hoogstwaarschijnlijk in de toekomst nog tot felle discussies aanleiding zullen geven.

Indien het de bedoeling was van het Hof om zijn beleid uit de doeken te doen over de Wet op het homohuwelijk, is het nog sterk de vraag of het er de verregaande gevolgen die ik eraan verbind, ook heeft gewild. Het blijft onduidelijk waarom het Hof niet heeft gekozen voor een eenvoudigere wijze van verwerping van de middelen nu die wijze voor handen was.

Misschien is dit arrest de aanzet tot een volgende evolutie in de wetgeving om de steeds sneller veranderende samenleving bij te houden. De toekomst zal het uitwijzen.