

# ECLI:NL:OGHACMB:2022:135

Instantie	Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba
Datum uitspraak	06-12-2022
Datum publicatie	06-12-2022
Zaaknummer	AUA2020H00099
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Aruba. Het Gemeenschappelijk Hof stelt het huwelijk in Aruba open voor paren van gelijk geslacht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

Burgerlijke zaken over 2022

Registratienummer: AUA2020H00099

Uitspraak: 6 december 2022

### **GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE**

van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en  
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

### V O N N I S

in de zaak van:

1. de stichting

**FUNDACION ORGUYO ARUBA,**

gevestigd in Aruba,

2. **[APPELLANTE 2],**

wonende in Aruba,

3. **[APPELLANTE 3],**

wonende in Aruba,

oorspronkelijk eiseressen, thans appellanten,

gemachtigde: mr. E.A.D.M.E.J. Wever,

tegen

de openbare rechtspersoon

**HET LAND ARUBA,**

zetelend in Aruba,

oorspronkelijk gedaagde, thans geïntimeerde,

gemachtigde: mr. M.P. Jansen.

Partijen worden hierna de Fundacion c.s. en het Land genoemd.

## **1 Het verloop van de procedure**

1.1 Bij akte van appel van 6 juli 2020 zijn de Fundacion c.s. in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen en op 27 mei 2020, ECLI:NL:OGEEA:2020:239, uitgesproken vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba (hierna: het Gerecht).

1.2 Bij op 17 augustus 2020 ingekomen memorie van grieven hebben de Fundacion c.s. vijf grieven tegen het vonnis aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en toewijzing van hun vorderingen, met veroordeling van het Land in de kosten.

1.3 Het Land heeft geen memorie van antwoord ingediend.

1.4 Op 1 februari 2022 hebben de Fundacion c.s. een akte wijziging eis ingediend. Met inachtneming van de wijziging van eis luidt hun vordering:

REDENEN WAAROM de Eisers uw Gerecht verzoeken om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

A. Huwelijk:

I. Voor recht te verklaren dat de zinsnede 'een man en een vrouw' van artikel 31 BWA en ook de overige bepalingen in de wet of andere regelgeving waarin vanuit gaat dat huwelijk alleen kan worden aangegaan tussen een man en een vrouw, in strijd is met artikel I.1 en/of artikel I.16 Staatsregeling en/of artikel 39 Statuut en/of artikel 12 EVRM en/of artikel 14 juncto artikel 8 EVRM en/of artikel 2, 23 en 26 IVBP, althans datgene voor recht te verklaren dat recht doet aan de strekking en bedoeling van dit verzoek; en

II. Voor recht te verklaren dat het Land daardoor onrechtmatig handelt jegens Eisers, althans datgene voor recht te verklaren dat recht doet aan de strekking en bedoeling van dit verzoek; en

III. Te bepalen en/of voor recht te verklaren dat artikel 1:31 BWA, althans de zinsnede 'een man en een vrouw', ex artikel I.22 Staatsregeling geen toepassing vindt, met dien verstande dat die bepaling en alle met het huwelijk te maken wettelijke bepalingen en regelgeving zodanig dient te

worden toegepast dat twee personen, zij het een man met een vrouw, een man met een man of vrouw met een vrouw, een huwelijk kunnen aangaan, althans datgene te bepalen en/of voor recht te verklaren dat recht doet aan de strekking en bedoeling van dit verzoek; en

IV. Voor recht te verklaren of te bepalen dat, het Land, middels de ambtenaar van burgerlijke stand, gehouden is als en wanneer Luidens en Mendez, zich bij de burgerlijke stand begeven met het doel te met elkaar te trouwen, indien zij aan de formele vereisten voldoen, akte van ondertrouw op te maken en hen voor wet te laten huwen, althans datgene voor recht te verklaren dat recht doet aan de strekking en bedoeling van dit verzoek; althans

V. Het Land te bevelen om binnen zes (6) maanden na betekening vonnis, althans binnen een door uw Gerecht in goede justitie te bepalen termijn, een wetswijziging door te voeren inhoudende de openstelling van het huwelijk op gelijke voet als dat ook voor paren van verschillend geslacht geldt, althans het Land te bevelen zich te onthouden van het weigeren van de voltrekking en inschrijving van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht wanneer deze zich bij de burgerlijke stand melden om met elkaar te trouwen en aan de (rechtmatige) formele vereisten voldoen, althans het Land te bevelen om de onrechtmatigheid op te heffen.

#### B Geregistreerd Partnerschap:

I. Indien geen verplichting bestaat om het huwelijk open te stellen, voor recht te verklaren dat het niet aanbieden van een alternatief zoals een geregistreerd partnerschap of andere rechtsfiguur dat recht doet aan de positieve verplichting dat op het Land in dat verband rust, in strijd is met artikel I.1 en/of I.16 Staatsregeling en/of artikel 14 en/of artikel 8 EVRM, althans datgene voor recht te verklaren dat recht doet aan de strekking en bedoeling van dit verzoek; en I.(a) Voor recht te verklaren dat het geregistreerd partnerschap zoals die nu luidt geen recht doet aan de positieve verplichting die op het Land in dat verband rust, in strijd is met artikel I.1 en/of I.16 Staatsregeling en/of artikel 14 en/of artikel 8 EVRM, en het Land daardoor onrechtmatig handelt jegens de Eisers, althans datgene voor recht te verklaren dat recht doet aan de strekking en bedoeling van dit verzoek; en

II. Voor recht te verklaren dat Land daardoor onrechtmatig handelt jegens de Eisers, althans datgene voor recht te verklaren dat recht doet aan de strekking en bedoeling van dit verzoek; en

III. Te bepalen en/of voor recht te verklaren dat, zolang het huwelijk niet voor paren van gelijk geslacht is opengesteld, vanaf datum uitspraak althans vanaf een door uw Gerecht in goede justitie te bepalen datum, de bepalingen van het Amendement in werking treden met dien verstande dat waar in de wet, alsmede overige wet en regelgeving van Aruba het begrip 'huwelijk', dan wel samenhangende begrippen worden gebezigd, met het oog op de beoogde rechtsgevolgen van die wetsbepalingen en regelgeving, tevens worden begrepen het 'geregistreerd partnerschap' dan wel samenhangende begrippen, tenzij de aard van de desbetreffende bepaling zich tegen toepassing verzet, althans datgene voor recht te verklaren dat recht doet aan de strekking en bedoeling van dit verzoek; en

IV. Te bepalen en/of voor recht te verklaren dat, zolang het huwelijk niet voor paren van gelijk geslacht is opengesteld, het Land, middels de ambtenaar van burgerlijke stand, gehouden is als en wanneer Luidens en Mendez, zich bij de burgerlijke stand begeven met het doel met elkaar te trouwen, indien zij aan de formele vereisten voldoen, een geregistreerd partnerschap zoals verwoord in het Amendement kunnen aangaan, althans datgene voor recht te verklaren dat recht doet aan de strekking en bedoeling van dit verzoek; althans

V. Het Land te bevelen om binnen zes (6) maanden na betekening vonnis, althans binnen een door uw Gerecht in goede justitie te bepalen termijn, de Amendement in werking te laten treden, met dien verstande dat de rechtsgevolgen van het huwelijk ook op het geregistreerd partnerschap van toepassing zal zijn, tenzij de wet of strekking van de wet zich daartegen verzetten.

Alles, voor zover uw Gerecht één of meer bevelen aan het Land geeft, op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van Afl. 50.000,= per dag of gedeelte van een dag dat het Land in gebreke blijft met het voldoen aan het vonnis, met een maximum van Afl. 20.000.000;

Met veroordeling van het Land in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen de door Eisers betaalde griffierechten.

1.5 Op 1 februari 2022 hebben de Fundacion c.s. pleitaantekeningen, met producties, overgelegd.

1.6 Op 8 maart 2022 heeft het Land pleitaantekeningen overgelegd.

1.7 Vonnis is gevraagd en nader bepaald op vandaag.

## **2 De beoordeling**

### *I. INLEIDING*

#### *Stand van de wetgeving*

2.1 In de wetgeving van Aruba is het huwelijk gereserveerd voor personen van verschillend geslacht. Sinds 1 september 2021 bestaat het geregistreerd partnerschap voor zowel personen van verschillend geslacht als personen van gelijk geslacht. Er bestaat thans geen voornemen van de wetgever om het huwelijk open te stellen voor personen van gelijk geslacht.

2.2 De Fundacion c.s. vragen de rechter te bewerkstelligen dat het huwelijk wordt opengesteld voor personen van gelijk geslacht (vorderingen onder A). De vorderingen die betrekking hebben op het geregistreerd partnerschap (vorderingen onder B) zijn subsidiair ingesteld.

#### *Precedent*

2.3 Voordat in Nederland bij de *Wet openstelling huwelijk* van 21 december 2000, Stb. 2001, 9, het huwelijk werd opengesteld voor personen van gelijk geslacht, is getracht de rechter ertoe te bewegen het huwelijk voor personen van gelijk geslacht open te stellen. Dat was tevergeefs. Bij arrest van 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, NJ 1992/129, overwoog de Hoge Raad:

3.2 Het middel stelt primair (...) dat de Nederlandse wet een huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht niet verbiedt. Subsidiair (...) voert het middel aan dat, zo de Nederlandse wet een dergelijk huwelijk niet toestaat, die wet in zoverre buiten toepassing dient te blijven wegens onverenigbaarheid met de door verzoekster ingeroepen verdragsbepalingen.

3.3 De stelling dat de Nederlandse wet een huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht niet uitsluit, moet blijkens de toelichting op het middel aldus worden begrepen dat de tekst van de wet een dergelijk huwelijk niet verbiedt en dat die tekst weliswaar aanknopingspunten bevat voor de gangbare opvatting dat zij een huwelijk tussen een man en een vrouw op het oog heeft, maar in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen zo moet worden uitgelegd dat een huwelijk tussen twee personen van gelijk geslacht toelaatbaar is. Die stelling kan niet als juist worden aanvaard. Zij gaat uit van een reeds op zichzelf aanvechtbare letterlijke lezing van een aantal wetsartikelen en miskent de strekking van de wet zoals men deze bij de totstandkoming van Boek 1 BW, mede in het licht van de daaraan voorafgaande wetgeving, voor ogen heeft gehad. Ook

indien latere maatschappelijke ontwikkelingen steun zouden geven aan de opvatting dat het niet openstaan van de mogelijkheid van een wettelijk huwelijk tussen twee vrouwen of twee mannen niet langer gerechtvaardigd is, zou dit niet een van de onmiskenbare strekking van de wet afwijkende wetsuitlegging wettigen, te meer niet nu het hier gaat om een onderwerp dat de openbare orde raakt en waarbij de rechtszekerheid een belangrijke rol speelt. Anders dan in de derde alinea van het middel wordt aangevoerd, kan de daarin kennelijk voorgestane gedachte dat de wet zoveel mogelijk moet worden uitgelegd in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel zoals dit sinds 1983 in art. 1 Gr.w is opgenomen, in het voorgaande geen verandering brengen.

- 3.4 Verzoekster beroept zich op het bepaalde in de art. 8, 12 en 14 EVRM en in de art. 2, 23 en 26 IVBP. De wettelijke regeling is niet in strijd met art. 12 EVRM noch met art. 23 IVBP. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft in zijn uitspraak van 17 okt. 1986, NJ 1987, 945, geoordeeld dat art. 12 EVRM betrekking heeft op het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht. Anders dan het middel (...) betoogt, is er onvoldoende grond om art. 12 EVRM in samenhang met de art. 8 en 14 'dynamischer' te interpreteren dan het Europees Hof heeft gedaan. Nu dat Hof in een recente uitspraak de reikwijdte van art. 12 duidelijk heeft vastgesteld, vindt de HR geen vrijheid een ruimere betekenis aan die verdragsbepaling toe te kennen. Naar het oordeel van de HR moet worden aangenomen dat ook art. 23 IVBP het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht op het oog heeft. Voor zover het middel strekt ten betoge dat de wettelijke onmogelijkheid om met iemand van hetzelfde geslacht een burgerlijk huwelijk aan te gaan een ontoelaatbare inmenging met betrekking tot het door art. 8 EVRM beschermde privéleven en/of gezinsleven vormt, miskent het dat het recht om een huwelijk aan te gaan zijn regeling en afbakening vindt in art. 12 EVRM. Nu dit artikel blijkens het voorgaande niet voorziet in een recht van personen van gelijk geslacht om met elkaar een huwelijk aan te gaan, kan niet worden aangenomen dat het niet toekennen van dat recht in een nationale wet een door het verdrag verboden inmenging in het privéleven of gezinsleven van de betrokkenen oplevert.
- 3.5 Art. 14 EVRM en art. 2 IVBP verbieden, kort gezegd, het maken van onderscheid bij het verzekeren van de in het EVRM resp. IVBP erkende rechten. Nu het onderscheid dat de wettelijke regeling van het huwelijk maakt tussen enerzijds personen van verschillend geslacht, anderzijds personen van gelijk geslacht, blijkens het vorenoverwogene eigen is aan het in art. 12 EVRM resp. art. 23 IVBP verzekerde recht om te huwen, kan van een met art. 14 EVRM en art. 2 IVBP strijdig onderscheid niet worden gesproken.
- 3.6 Tenslotte moet worden nagegaan of art. 26 IVBP, dat een ruimere strekking heeft dan art. 2 IVBP, het maken van het bestreden onderscheid verbiedt. Dit is naar het oordeel van de HR niet het geval. Het wettelijk huwelijk is vanouds opgevat als een duurzame levensverbintenis tussen een man en een vrouw waaraan een reeks rechtsgevolgen wordt verbonden, die deels verband houden met het verschil in geslacht en de daarmee samenhangende gevolgen voor de afstamming van kinderen. Niet alleen in Nederland maar in tal van landen heeft het huwelijk die kenmerken. Ook kan niet worden gezegd dat de algemene rechtsovertuiging zich zo heeft ontwikkeld dat het voorgaande geen rechtvaardiging kan opleveren voor het verschil in behandeling naar seksuele geaardheid dat kan zijn gelegen in de onmogelijkheid om met iemand van hetzelfde geslacht een door de wet als huwelijk erkende verbintenis aan te gaan. Het vorenstaande laat onverlet de mogelijkheid dat het onvoldoende gerechtvaardigd is dat een bepaald rechtsgevolg wel aan het huwelijk wordt verbonden maar niet aan het duurzaam samenleven van twee personen van hetzelfde geslacht. Een vraagstuk van deze aard — dat doorgaans slechts door de wetgever zal kunnen worden opgelost — is echter in deze procedure niet aan de orde.
- 2.4 De Hoge Raad zag geen aanleiding voor rechterlijk ingrijpen en kwam daarom niet toe, behoudens aan het slot van rov. 3.6, aan de vraag of rechterlijk ingrijpen in dit geval de taak van de rechter te buiten zou gaan.

*Te beantwoorden vragen*

## 2.5 De thans te beantwoorden vragen zijn:

- Of deze oordelen van de Hoge Raad na 32 jaar nog opgeld doen in Aruba. Hierna zal het antwoord bevestigend zijn: een beroep op het EVRM en het IVBPR is in dit geval vruchteloos.
- Of de mogelijkheid in Aruba om – anders dan in Nederland wat betreft de Grondwet – de formele wet (landsverordeningen) te toetsen aan de klassieke grondrechten in de *Staatsregeling van Aruba* tot een ander oordeel moet leiden. Hierna zal het antwoord bevestigend zijn: beroep op de *Staatsregeling van Aruba* leidt tot openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht.
- Of het binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt de vorderingen toe te wijzen. Hierna zal het antwoord bevestigend zijn: het Hof zal het huwelijk voor personen van gelijk geslacht openstellen in Aruba.

In Nederland is het huwelijk opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Het concordantiebeginsel van artikel 39 lid 1 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden brengt echter niet mee dat dit ook voor Aruba geldt. Zie HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6095, NJ 2014/50:

3.3.4 Aan het voorgaande kan niet afdoen dat, naar de Ambtenaar van de burgerlijke stand en het Land hebben beklemtoond, het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht in de cultuur van Aruba en van de landen in de regio als strijdig met de goede zeden wordt verworpen. Het Statuut laat de afzonderlijke delen van Koninkrijk toe hun burgerlijk recht zelf vast te stellen. Het concordantiebeginsel dat in art. 39 van het Statuut uitdrukking heeft gevonden, brengt wel mee dat het burgerlijk recht zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze wordt geregeld, maar waar in een of meer delen van het Koninkrijk fundamenteel verschillende maatschappelijke opvattingen heersen aangaande een bepaald onderdeel van dat recht, zoals ten aanzien van de vraag of personen van hetzelfde geslacht met elkaar kunnen huwen, blijven de verschillende delen van het Koninkrijk bevoegd dat onderdeel van het recht in verschillende zin in hun wetgeving te regelen. In zoverre bestaat er ruimte voor, mede door de verschillende culturen in de Koninkrijksdelen ingegeven, verscheidenheid. Echter, het verband van het Koninkrijk, zoals dat in het Statuut vorm heeft gekregen, brengt óók mee dat alle delen van het Koninkrijk de gevolgen van die verscheidenheid dienen te aanvaarden, hetgeen, toegespitst op het onderhavige geval, betekent dat zij binnen hun eigen rechtsorde de rechtskracht en daarmee de rechtsgevolgen van elkaars rechterlijke uitspraken en authentieke akten moeten aanvaarden, ook indien die rechtsgevolgen niet aansluiten bij de plaatselijke opvattingen. Op dit punt laat het Statuut met art. 40 geen ruimte.

### *Ontwikkelingen in de wereld*

2.6 Het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) overwoog in EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04 (*Schalk en Kopf/Oostenrijk*), § 93, wat betreft de tijd na 2001, dat in de lid-Staten van de Raad van Europa

a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place

en

a considerable number (...) have afforded legal recognition to same-sex couples.

Dit geldt ook buiten de lid-Staten van de Raad van Europa. De United States Supreme Court heeft het huwelijk voor personen van gelijk geslacht mogelijk gemaakt in alle Staten (United States Supreme Court 26 juni 2015, *Obergefell*, 576 U.S. 644 (2015)). In het Caribisch gebied is het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht toegestaan op Bonaire, Sint Eustatius en Saba, in Puerto Rico, de United States Virgin Island, de Franse overzeese departementen en regio's en

Cuba. In een Advisory Opinion (OC-24/17 of November 24, 2017, Series A No. 24) oordeelde het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens: (samenvatting in het Engels)

'that States must ensure access to all legal institutions that exist in their domestic law to guarantee the protection of all rights of families composed of same-sex couples, without discrimination.'

#### *Toetsing van de formele wet*

- 2.7 Een beroep op openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht kan in Aruba worden gegrond op de mensenrechtenverdragen, te weten het *Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden* (EVRM) en het *Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten* (IVBPR), en op de *Staatsregeling van Aruba*. Toetsing aan het *Statuut voor het Koninkrijk* is niet mogelijk (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*)).

#### *Toetsing aan mensenrechtenverdragen*

- 2.8 Toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van de mensenrechtenverdragen in Aruba is toegestaan door artikel 5 lid 1 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden:

[De] uitoefening van de koninklijke en de wetgevende macht in aangelegenheden van het Koninkrijk worden voor zover het Statuut hierin niet voorziet geregeld in de Grondwet voor het Koninkrijk.

in verbinding met artikel 3 lid 1 aanhef en onder b Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden:

Onverminderd hetgeen elders in het Statuut is bepaald, zijn aangelegenheden van het Koninkrijk: (...) b. de buitenlandse betrekkingen; (...).

in verbinding met artikel 94 Grondwet voor het Koninkrijk:

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

#### *Toetsing aan de Staatsregeling van Aruba*

- 2.9 Toetsing aan de klassieke grondrechten van de *Staatsregeling van Aruba* is (sedert 1 januari 1986) toegestaan in artikel I.22 *Staatsregeling van Aruba*:

Wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met de bepalingen van dit hoofdstuk.

## *II. TOETSING AAN HET EVRM EN HET TWAALFDE PROTOCOL DAARBIJ*

### *Artikel 12 EVRM*

- 2.10 Het Hof zal beginnen met de toetsing aan de mensenrechtenverdragen, aangezien ter zake van het EVRM uitvoerige rechtspraak van het EHRM beschikbaar is.

- 2.11 Artikel 12 EVRM luidt:

Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.

2.12 In het reeds aangehaalde arrest *Schalk en Kopf* oordeelde het EHRM dat artikel 12 EVRM de Lid-Staten niet ertoe verplicht het huwelijk open te stellen voor personen van gelijk geslacht. Hiertoe overwoog het EHRM:

*(a) General principles*

49. According to the Court's established case-law, Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. The exercise of this right gives rise to personal, social and legal consequences. It is "subject to the national laws of the Contracting States", but the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (see *B. and L. v. the United Kingdom*, no. 36536/02, § 34, 13 September 2005, and *F. v. Switzerland*, 18 December 1987, § 32, Series A no. 128).

50. The Court observes at the outset that it has not yet had an opportunity to examine whether two persons who are of the same sex can claim to have a right to marry. However, certain principles might be derived from the Court's case-law relating to transsexuals.

51. In a number of cases the question arose whether refusal to allow a post-operative transsexual to marry a person of the opposite sex to his or her assigned gender violated Article 12. In its earlier case-law the Court found that the attachment to the traditional concept of marriage which underpins Article 12 provided sufficient reason for the continued adoption by the respondent State of biological criteria for determining a person's sex for the purposes of marriage. Consequently, this was considered a matter encompassed within the power of the Contracting States to regulate by national law the exercise of the right to marry (see *Sheffield and Horsham*, cited above, § 67; *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, § 46, Series A no. 184; and *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, §§ 49-50, Series A no. 106).

52. In *Christine Goodwin* (cited above, §§ 100-04) the Court departed from that case-law: it considered that the terms used by Article 12 which referred to the right of a man and woman to marry no longer had to be understood as determining gender by purely biological criteria. In that context, the Court noted that there had been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention. Furthermore, it referred to Article 9 of the Charter, which departed from the wording of Article 12. Finally, the Court noted that there was widespread acceptance of the marriage of transsexuals in their assigned gender. In conclusion, the Court found that the impossibility for a post-operative transsexual to marry in her assigned gender violated Article 12 of the Convention.

53. Two further cases are of interest in the present context: *Parry v. the United Kingdom (dec.)*, no. 42971/05, ECHR 2006-XV, and *R. and F. v. the United Kingdom (dec.)*, no. 35748/05, 28 November 2006. In both cases the applicants were a married couple, consisting of a woman and a male-to-female post-operative transsexual. They complained, inter alia, under Article 12 of the Convention that they were required to end their marriage if the second applicant wished to obtain full legal recognition of her change of gender. The Court dismissed that complaint as being manifestly ill-founded. It noted that domestic law only permitted marriage between persons of opposite gender, whether such gender derived from attribution at birth or from a gender recognition procedure, while same-sex marriages were not permitted. Similarly, Article 12 enshrined the traditional concept of marriage as being between a man and a woman. The Court acknowledged that a number of Contracting States had extended marriage to same-sex partners, but went on to say that this reflected their own vision of the role of marriage in their societies and did not flow from an interpretation of the fundamental right as laid down by the Contracting States in the Convention in 1950. The Court concluded that it fell within the State's margin of appreciation as to how to regulate the effects of the change of gender on pre-existing marriages. In addition, it considered that, should they choose to divorce in order to allow the transsexual partner to obtain full gender



recognition, the fact that the applicants had the possibility to enter into a civil partnership contributed to the proportionality of the gender recognition regime complained of.

*(b) Application of the above principles to the present case*

54. The Court notes that Article 12 grants the right to marry to "men and women". The French version provides that "l'homme et la femme ont le droit de se marier". Furthermore, Article 12 grants the right to found a family.

55. The applicants argued that the wording did not necessarily imply that a man could only marry a woman and vice versa. The Court observes that, looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women. However, in contrast, all other substantive Articles of the Convention grant rights and freedoms to "everyone" or state that "no one" is to be subjected to certain types of prohibited treatment. The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex.

56. As regards the connection between the right to marry and the right to found a family, the Court has already held that the inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as per se removing the right to marry (see Christine Goodwin, cited above, § 98). However, this finding does not allow any conclusion regarding the issue of same-sex marriage.

57. In any case, the applicants did not rely mainly on the textual interpretation of Article 12. In essence they relied on the Court's case-law according to which the Convention is a living instrument which is to be interpreted in the light of present-day conditions (see *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 92, 22 January 2008, and Christine Goodwin, cited above, §§ 74-75). In the applicants' contention, Article 12 should, in the light of present-day conditions, be read as granting same-sex couples access to marriage or, in other words, as obliging member States to provide for such access in their national laws.

58. The Court is not persuaded by the applicants' argument. Although, as it noted in Christine Goodwin (cited above), the institution of marriage has undergone major social changes since the adoption of the Convention, the Court notes that there is no European consensus regarding same-sex marriage. At present no more than six out of forty-seven Convention States allow same-sex marriage (see paragraph 27 above).

59. As the respondent Government, as well as the third-party Government, have rightly pointed out, the present case has to be distinguished from Christine Goodwin. In that case (cited above, § 103) the Court perceived a convergence of standards regarding marriage of transsexuals in their assigned gender. Moreover, Christine Goodwin is concerned with the marriage of partners who are of different gender, if gender is defined not by purely biological criteria but by taking other factors including gender reassignment of one of the partners into account.

60. Turning to the comparison between Article 12 of the Convention and Article 9 of the Charter, the Court has already noted that the latter has deliberately dropped the reference to "men and women" (see Christine Goodwin, cited above, § 100). The Commentary of the Charter, which became legally binding in December 2009, confirms that Article 9 is meant to be broader in scope than the corresponding Articles in other human rights instruments (see paragraph 25 above). At the same time, the reference to domestic law reflects the diversity of national regulations, which range from allowing same-sex marriage to explicitly forbidding it. By referring to national law, Article 9 of the Charter leaves the decision whether or not to allow same-sex marriage to the States. In the words of the Commentary:

"... it may be argued that there is no obstacle to recognise same-sex relationships in the context of

marriage. There is, however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such marriages.”

61. Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.

62. In that connection, the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society (see *B. and L. v. the United Kingdom*, cited above, § 36). 63. In conclusion, the Court finds that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple such as the applicants access to marriage.

64. Consequently, there has been no violation of Article 12 of the Convention.

#### *Artikelen 8 en 14 EVRM*

#### 2.13 Artikel 8 EVRM luidt, voor zover van belang:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, (...)
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

#### Artikel 14 EVRM luidt:

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

#### 2.14 In *Schalk en Kopf* oordeelde het EHRM dat ook de artikelen 8 en 14 EVRM de Lid-Staten niet ertoe verplichten het huwelijk open te stellen voor personen van gelijk geslacht. Hiertoe overwoog het EHRM:

##### *(a) Applicability of Article 14 taken in conjunction with Article 8*

87. The Court has dealt with a number of cases concerning discrimination on account of sexual orientation. Some were examined under Article 8 alone, namely cases concerning the prohibition under criminal law of homosexual relations between adults (see *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142; and *Modinos v. Cyprus*, 22 April 1993, Series A no. 259) and the discharge of homosexuals from the armed forces (see *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI). Others were examined under Article 14 taken in conjunction with Article 8. These included, inter alia, a different age of consent under criminal law for homosexual relations (see *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I), the attribution of parental rights (see *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, ECHR 1999-IX), permission to adopt a child (see *Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I, and *E.B. v. France*, cited above) and the right to succeed to the deceased partner’s tenancy (see *Karner*, cited above).

88. In the present case, the applicants have formulated their complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8. The Court finds it appropriate to follow this approach.

89. As the Court has consistently held, Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous –, there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, for instance, *E.B. v. France*, cited above, § 47; *Karner*, cited above, § 32; and *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, Reports 1998-II).

90. It is undisputed in the present case that the relationship of a same-sex couple like the applicants' falls within the notion of "private life" within the meaning of Article 8. However, in the light of the parties' comments the Court finds it appropriate to address the issue whether their relationship also constitutes "family life".

91. The Courts reiterates its established case-law in respect of different-sex couples, namely that the notion of "family" under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family" ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is ipso jure part of that "family" unit from the moment and by the very fact of his birth (see *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, § 43, ECHR 2000-VIII; *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 44, Series A no. 290; and *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 56, Series A no. 112).

92. In contrast, the Court's case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes "private life" but has not found that it constitutes "family life", even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake. In coming to that conclusion, the Court observed that despite the growing tendency in a number of European States towards the legal and judicial recognition of stable de facto partnerships between homosexuals, given the existence of little common ground between the Contracting States, this was an area in which they still enjoyed a wide margin of appreciation (see *Mata Estevez v. Spain* (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001-VI, with further references). In *Karner* (cited above, § 33), concerning the succession of a same-sex couple's surviving partner to the deceased's tenancy rights, which fell under the notion of "home", the Court explicitly left open the question whether the case also concerned the applicant's "private and family life".

93. The Court notes that since 2001, when the decision in *Mata Estevez* was given, a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. Since then, a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples (see paragraphs 27-30 above). Certain provisions of European Union law also reflect a growing tendency to include same-sex couples in the notion of "family" (see paragraph 26 above).

94. In view of this evolution, the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8. Consequently, the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.

95. The Court therefore concludes that the facts of the present case fall within the notion of "private life" as well as "family life" within the meaning of Article 8. Consequently, Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention applies.

*(b) Compliance with Article 14 taken in conjunction with Article 8*

96. The Court has established in its case-law that in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in treatment of persons in relevantly similar situations. Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008).

97. On the one hand, the Court has held repeatedly that, just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification (see *Karner*, cited above, § 37; *L. and V. v. Austria*, cited above, § 45; and *Smith and Grady*, cited above, § 90). On the other hand, a wide margin of appreciation is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy (see, for instance, *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 52, ECHR 2006-VI).

98. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see *Petrovic*, cited above, § 38).

99. While the parties have not explicitly addressed the issue whether the applicants were in a relevantly similar situation to different-sex couples, the Court would start from the premise that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships. Consequently, they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship.

100. The applicants argued that they were discriminated against as a same-sex couple, firstly, in that they still did not have access to marriage and, secondly, in that no alternative means of legal recognition were available to them until the entry into force of the Registered Partnership Act.

101. In so far as the applicants appear to contend that, if not included in Article 12, the right to marry might be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8, the Court is unable to share their view. It reiterates that the Convention is to be read as a whole and its Articles should therefore be construed in harmony with one another (see *Johnston and Others*, cited above, § 57). Having regard to the conclusion reached above, namely that Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage, Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either.

102. Turning to the second limb of the applicants' complaint, namely the lack of alternative legal recognition, the Court notes that at the time when the applicants lodged their application they did not have any possibility to have their relationship recognised under Austrian law. That situation obtained until 1 January 2010, when the Registered Partnership Act came into force.

103. The Court reiterates in this connection that in proceedings originating in an individual application it has to confine itself, as far as possible, to an examination of the concrete case before it (see *F. v. Switzerland*, cited above, § 31). Given that at present it is open to the applicants to enter into a registered partnership, the Court is not called upon to examine whether the lack of any means of legal recognition for same-sex couples would constitute a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 if it still obtained today.

2.15 Cruciaal in *Schalk en Kopf* is § 101 in verbinding met § 63: het EVRM moet als een geheel gelezen worden; aangezien de aanspraak op openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht niet kan worden gebaseerd op het specifieke artikel 12 EVRM (waarin het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht is verankerd) kan het evenmin worden afgeleid uit het meer algemene artikel 14 EVRM (discriminatieverbod) in verbinding met artikel 8 EVRM (bescherming privé- en familielevens).

*Artikel 1 Protocol nr. 12 EVRM*

2.16 Hetgeen hiervoor in 2.14 is overwogen over art. 14 EVRM (het discriminatieverbod) moet ook gelden voor het discriminatieverbod van artikel 1 van Protocol nr. 12 EVRM, luidende:

1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.
2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

*Het EHRM houdt vast aan Schalk en Kopf*

2.17 Aan *Schalk en Kopf* is vastgehouden in EHRM Grote Kamer 16 juli 2014, nr. 37359/09 (*Hämäläinen/Finland*):

96. The Court reiterates that Article 12 of the Convention is a *lex specialis* for the right to marry. It secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. Article 12 expressly provides for regulation of marriage by national law. It enshrines the traditional concept of marriage as being between a man and a woman (see Rees, cited above, § 49). While it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 63).

2.18 Zie ook EHRM 21 juli 2015, nrs. 18766/11 en 36030/11 (*Oliari en anderen/Italië*). Hoewel in die zaak een schending werd aangenomen van art. 8 EVRM, hield het Hof vast aan zijn oordeel dat uit dat artikel geen aanspraak kan worden afgeleid op openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht:

165. The Court reiterates that it has already held that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships, and that they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship (see *Schalk and Kopf*, § 99, and *Vallianatos*, §§ 78 and 81, both cited above). It follows that the Court has already acknowledged that same-sex couples are in need of legal recognition and protection of their relationship.

(...)

167. The Court notes that the applicants in the present case, who are unable to marry, have been unable to have access to a specific legal framework (such as that for civil unions or registered partnerships) capable of providing them with the recognition of their status and guaranteeing to them certain rights relevant to a couple in a stable and committed relationship.

(...)

169. The applicants' current status in the domestic legal context can only be considered a "de facto" union, which may be regulated by certain private contractual agreements of limited scope.

As regards the mentioned cohabitation agreements, the Court notes that while providing for some domestic arrangements in relation to cohabitation (see paragraphs 41 and 129 above) such private agreements fail to provide for some basic needs which are fundamental to the regulation of a relationship between a couple in a stable and committed relationship, such as, *inter alia*, the mutual rights and obligations they have towards each other, including moral and material support, maintenance obligations and inheritance rights (compare *Vallianatos*, § 81 *in fine*, and *Schalk and Kopf*, § 109, both cited above). The fact that the aim of such contracts is not that of the recognition and protection of the couple is evident from the fact that they are open to anyone cohabiting, irrespective of whether they are a couple in a committed stable relationship (see paragraph 41 above). Furthermore, such a contract requires the persons to be cohabiting; however, the Court has already accepted that the existence of a stable union is independent of cohabitation (see *Vallianatos*, §§ 49 and 73). Indeed, in the globalised world of today various couples, married or in a registered partnership, experience periods during which they conduct their relationship at long distance, needing to maintain residence in different countries, for professional or other reasons. The Court considers that that fact in itself has no bearing on the existence of a stable committed relationship and the need for it to be protected. It follows that, quite apart from the fact that cohabitation agreements were not even available to the applicants before December 2013, such agreements cannot be considered as giving recognition and the requisite protection to the applicants' unions.

(...)

172. It follows from the above that the current available protection is not only lacking in content, in so far as it fails to provide for the core needs relevant to a couple in a stable committed relationship, but is also not sufficiently stable – it is dependent on cohabitation, as well as the judicial (or sometimes administrative) attitude in the context of a country that is not bound by a system of judicial precedent (see *Torri and Others v. Italy*, (dec.), nos. 11838/07 and 12302/07, § 42, 24 January 2012). In this connection the Court reiterates that coherence of administrative and legal practices within the domestic system must be regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 (see paragraph 161 above).

(...)

174. In view of the above considerations, the Court considers that in the absence of marriage, same-sex couples like the applicants have a particular interest in obtaining the option of entering into a form of civil union or registered partnership, since this would be the most appropriate way in which they could have their relationship legally recognised and which would guarantee them the relevant protection – in the form of core rights relevant to a couple in a stable and committed relationship – without unnecessary hindrance. Further, the Court has already held that such civil partnerships have an intrinsic value for persons in the applicants' position, irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they would produce (see *Vallianatos*, cited above, § 81). This recognition would further bring a sense of legitimacy to same-sex couples.

175. The Court reiterates that in assessing a State's positive obligations regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole. Having identified above the individuals' interests at play, the Court must proceed to weigh them against the community interests.

(...)

185. In conclusion, in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts' conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal

framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.

186. To find otherwise today, the Court would have to be unwilling to take note of the changing conditions in Italy and be reluctant to apply the Convention in a way which is practical and effective.

187. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

(...)

191. The Court notes that in *Schalk and Kopf* the Court found under Article 12 that it would no longer consider that the right to marry must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. However, as matters stood (at the time only six out of forty-seven CoE member States allowed same-sex marriage), the question whether or not to allow same-sex marriage was left to regulation by the national law of the Contracting State. The Court felt it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society. It followed that Article 12 of the Convention did not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage (§§ 61-63). The same conclusion was reiterated in the more recent *Hämäläinen* (cited above, § 96), where the Court held that while it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples.

192. The Court notes that despite the gradual evolution of States on the matter (today there are eleven CoE states that have recognised same-sex marriage) the findings reached in the cases mentioned above remain pertinent. In consequence the Court reiterates that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage.

193. Similarly, in *Schalk and Kopf*, the Court held that Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either. The Court considers that the same can be said of Article 14 in conjunction with Article 12.

194. It follows that both the complaint under Article 12 alone, and that under Article 14 in conjunction with Article 12 are manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

2.19 Ook in EHRM 9 juni 2016, nr. 40183/07 (*Chapin en Charpentier/Frankrijk*) zag het EHRM geen aanleiding om terug te komen van *Schalk en Kopf*. Het EHRM overwoog:

36. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf* (§§ 58-63), la Cour a dit que, si l'institution du mariage avait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, il n'existait pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. Elle a considéré que l'article 12 de la Convention s'appliquait au grief des requérants, mais que l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel était régie par les lois nationales des États contractants. Elle a retenu que le mariage possédait des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre et rappelé qu'elle ne devait pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre. Elle a donc conclu que l'article 12 n'imposait pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants (voir également *Gas et Dubois c. France*, no 25951/07, § 66 CEDH 2012).

37. La Cour a réitéré cette conclusion dans les récents arrêts Hämäläinen et Oliari et autres précités. Dans l'arrêt Hämäläinen (§ 96), elle a rappelé que l'article 12 consacrait le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme et que, s'il était vrai qu'un certain nombre d'États membres avaient ouvert le mariage aux partenaires de même sexe, cet article ne pouvait être compris comme imposant pareille obligation aux États contractants.

38. Dans l'arrêt Oliari et autres (§§ 192-194), elle a affirmé que ces conclusions restaient valables malgré l'évolution graduelle des États en la matière, onze États membres du Conseil de l'Europe autorisant désormais le mariage entre personnes de même sexe. Elle a rappelé avoir dit dans l'arrêt Schalk and Kopf que, pas plus que l'article 12, l'article 14 combiné avec l'article 8, I le but et la portée sont plus généraux, ne pouvait s'interpréter comme imposant aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Elle en a déduit que la même approche était valable pour l'article 12 combiné avec l'article 14 et a rejeté ce grief comme étant manifestement mal fondé (§ 194).

39. La Cour ne voit aucune raison d'arriver à une conclusion différente dans la présente affaire, vu le bref laps de temps écoulé depuis les arrêts qu'elle a rendus dans les affaires Hämäläinen et Oliari et autres. Elle note au surplus que, depuis l'introduction de la requête, la loi du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples homosexuels (paragraphe 24 ci-dessus) et que les requérants sont désormais libres de se marier.

40. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 12 combiné avec l'article 14 de la Convention.

(...)

48. La Cour rappelle que les États demeurent libres au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8 de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels et qu'ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique (Schalk et Kopf précité, § 108 et Gas et Dubois précité, § 66).

49. Elle relève que, si à l'époque des faits le mariage n'était pas ouvert en droit français aux requérants, ils pouvaient néanmoins conclure un pacte civil de solidarité, prévu par l'article 515-1 du code civil, qui confère aux partenaires un certain nombre de droits et obligations en matière fiscale, patrimoniale et sociale (voir paragraphe 25 ci-dessus).

50. En cela, la situation se distingue de celle d'autres affaires où la Cour a conclu à la violation des articles 8 et 14 combinés, à savoir l'affaire Vallianatos précitée, où le pacte de vie commune n'était ouvert par la loi grecque qu'aux couples de sexe opposé et l'affaire Oliari et autres, où le droit italien ne prévoyait aucun mode de reconnaissance juridique des couples de même sexe.

51. Pour autant que les requérants font valoir les différences existant entre le régime du mariage et celui du pacte civil de solidarité, la Cour réitère qu'elle n'a pas à se prononcer en l'espèce sur chacune de ces différences de manière détaillée (Schalk et Kopf précité, § 109). Elle note en tout état de cause, comme elle l'a relevé dans cet arrêt, que ces différences correspondent dans l'ensemble à la tendance observée dans d'autres États membres et ne discerne nul signe indiquant que l'État défendeur aurait outrepassé sa marge d'appréciation dans le choix qu'il a fait des droits et obligations conférés par le pacte civil de solidarité (ibidem). Au surplus, comme rappelé ci-dessus (paragraphe 39), la loi du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples homosexuels et les requérants sont désormais libres de se marier.

52. Dès lors, la Cour estime qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention.



anderen/Italië) hield het EHRM vast aan het oordeel van *Schalk en Kopf*:

145. As to Article 12, the Court notes that in *Schalk and Kopf* it found that it would no longer consider that the right to marry must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex, and therefore that Article 12 was applicable to the applicants, a same-sex couple seeking to marry, but that Article 12 of the Convention did not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage (§§ 61-63). The same was reiterated in *Hämäläinen v. Finland* [GC], (no. 37359/09, § 96, ECHR 2014), and in *Oliari and Others v. Italy* (nos. 18766/11 and 36030/11, §§ 191-192, 21 July 2015), where the Court held that while it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples. More recently, the Court, in *Chapin and Charpentier v. France*, (no. 40183/07, 9 June 2016) also considered that Article 12 applied to the applicants, a same-sex couple seeking to marry (§ 31). Since the Court has already held Article 12 to be applicable to a same sex-couple wishing to marry, the provision must also be applicable to same-sex couples who are already married under the domestic system of another State.

(...)

192. The Court reiterates that States are still free, under Article 12 of the Convention as well as under Article 14 taken in conjunction with Article 8, to restrict access to marriage to different-sex couples (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 108 and *Chapin and Charpentier*, cited above, § 39). The same holds for Article 14 taken in conjunction with Article 12 (see *Oliari and Others*, cited above, § 193). Nevertheless, the Court has acknowledged that same-sex couples are in need of legal recognition and protection of their relationship (see *Oliari and Others*, cited above, § 165 and the case-law cited therein). Indeed, in *Oliari and Others* the Court concluded that in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests, and in the light of domestic courts' conclusions on the matter which remained unheeded, the Italian Government had overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants had available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions (§ 185). There had thus been a breach of Article 8 (§ 187). (...) 194. The Court has already held, in respect of various domestic legislations, that civil unions provide an opportunity to obtain a legal status equal or similar to marriage in many respects (see for example, *Schalk and Kopf*, § 109, concerning Austria, *Hämäläinen*, § 83, in connection with the Finnish system, and *Chapin and Charpentier*, §§ 49 and 51, concerning France, all cited above). The Court considers that, in principle, such a system would *prima facie* suffice to satisfy Convention standards. (...).

#### *Aanspraak op vorm van geregistreerd partnerschap*

2.21 Het EHRM erkent dus geen aanspraak van personen van gelijk geslacht op toegang tot het huwelijk op grond van het EVRM. Wel erkent het EHRM voor personen van gelijk geslacht een aanspraak op een vorm van geregistreerd partnerschap, onder welke benaming dan ook:

the provision of a legal framework allowing them to have their relationship recognised and protected under domestic law.

De Staat heeft hiertoe een uit artikel 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting. Zie *Oliari* (§ 165 e.v.) en *Orlandi* (§ 194).

2.22 Ook blijkt die positieve verplichting uit EHRM 13 juli 2021, nr. 40792/10 (*Fedotova en anderen/Rusland*). In die uitspraak heeft het EHRM overwogen:

49. The Court reiterates that Article 8 of the Convention enshrines the right to respect for private and family life. It does not explicitly impose on the Contracting States an obligation to formally acknowledge same-sex unions. However, it implies the need for striking a fair balance between the competing interests of same-sex couples and of the community as a whole. Having identified the individuals' interests at play, the Court must proceed to weigh them against the community interests (see *Oliari and Others*, cited above, § 175, and *Orlandi and Others*, cited above, § 198).

50. Given the nature of the applicants' complaint, it is for the Court to determine whether Russia, at the date of the analysis of the Court, failed to comply with the positive obligation to ensure respect for the applicants' private and family life, in particular through the provision of a legal framework allowing them to have their relationship recognised and protected under domestic law (see *Oliari and Others*, cited above, § 164).

51. The Court notes that the applicants as other same-sex couples are not legally prevented from living together in couples as families. However, they have no means to have their relationship recognised by law. The domestic law provides for only one form of family unions – a different-sex marriage (see paragraph 23 above). The Court notes the applicants' submission that without formal acknowledgment same-sex couples are prevented from accessing housing or financing programmes and from visiting their partners in hospital, that they are deprived of guarantees in the criminal proceedings (the right not to witness against the partner), and rights to inherit the property of the deceased partner (see paragraph 40 above). That situation creates a conflict between the social reality of the applicants who live in committed relationships based on mutual affection, and the law, which fails to protect the most regular of "needs" arising in the context of a same-sex couple. That conflict can result in serious daily obstacles for same-sex couples.

52. The Court takes note of the Government's assertion that the majority of Russians disapprove of same-sex unions. It is true that popular sentiment may play a role in the Court's assessment when it comes to the justification on the grounds of social morals. However, there is a significant difference between giving way to popular support in favour of extending the scope of the Convention guarantees and a situation where that support is relied on in order to deny access of a significant part of population to fundamental right to respect for private and family life. It would be incompatible with the underlying values of the Convention, as an instrument of the European public order, if the exercise of Convention rights by a minority group were made conditional on its being accepted by the majority (see, *mutatis mutandis*, *Alekseyev*, cited above, § 81; *Bayev and Others v. Russia*, nos. 67667/09 and 2 others, § 70, 20 June 2017; and *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, no. 41288/15, § 122, 14 January 2020).

53. The interest in protecting minors from display of homosexuality to which the Government referred is based on the domestic legal provision criticised by the Court in the case of *Bayev* (cited above, §§ 68 and 69). That argument is not relevant to the present case and therefore it cannot be accepted by the Court.

54. The Court notes that the protection of "traditional marriage" stipulated by the amendments to the Russian Constitution in 2020 (see paragraph 23 above) is in principle weighty and legitimate interest, which may have positive effect in strengthening family unions. The Court, however, cannot discern any risks for traditional marriage which the formal acknowledgment of same-sex unions may involve, since it does not prevent different-sex couples from entering marriage, or enjoying the benefits which the marriage gives.

55. In the light of the above the Court cannot identify any prevailing community interest against which to balance the applicants' interests as identified above. It finds that the respondent State has failed to justify the lack of any opportunity for the applicants to have their relationship formally acknowledged. It therefore cannot conclude that a fair balance between competing interests was struck at the case at hand.

56. The Court acknowledges that the respondent Government have a margin of appreciation to choose the most appropriate form of registration of same-sex unions taking into account its specific social and cultural context (for example, civil partnership, civil union, or civil solidarity act). In the present case they have overstepped that margin, because no legal framework capable of protecting the applicants' relationships as same-sex couples has been available under domestic law. Giving the applicants access to formal acknowledgment of their couples' status in a form other than marriage will not be in conflict with the "traditional understanding of marriage" prevailing in Russia, or with the views of the majority to which the Government referred, as those views oppose only same-sex marriages, but they are not against other forms of legal acknowledgment which may exist (see the experience of other Contracting States summarised in paragraph 29 above). There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

2.23 In Aruba is het geregistreerd partnerschap wettelijk geregeld.

*Geregistreerd partnerschap exclusief voor personen van verschillend geslacht is ongeoorloofd*

2.24 Vermeldenswaard is nog dat – anders dan wat voor het huwelijk geldt – indien een Staat een vorm van geregistreerd partnerschap heeft voor personen van verschillend geslacht, dit systeem wegens het discriminatieverbod ook moet worden opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Zie EHRM Grote Kamer 7 november 2013, nrs. 29381/09 en 32684/09 (*Vallianatos en anderen/Griekenland*):

73. The Court notes, on the basis of the case file, that the applicants form stable same-sex couples. Furthermore, it is not disputed that their relationships fall within the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention. The Court also points out that in its judgment in *Schalk and Kopf* (cited above, § 94), it considered that, in view of the rapid evolution in a considerable number of member States regarding the granting of legal recognition to same-sex couples, "it [would be] artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple [could not] enjoy 'family life' for the purposes of Article 8". Accordingly, the Court is of the view that the applicants' relationships in the present case fall within the notion of "private life" and that of "family life", just as would the relationships of different-sex couples in the same situation. It can see no basis for drawing the distinction requested by the Government (see paragraph 65 in fine above) between those applicants who live together and those who – for professional and social reasons – do not (see paragraph 8 above), since in the instant case the fact of not cohabiting does not deprive the couples concerned of the stability which brings them within the scope of family life within the meaning of Article 8.

*(ii) Principles established by the Court's case-law*

76. According to the Court's settled case-law, in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in comparable situations. Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008; *Schalk and Kopf*, cited above, § 96; and *X and Others v. Austria*, cited above, § 98). The notion of discrimination within the meaning of Article 14 also includes cases where a person or group is treated, without proper justification, less favourably than another, even though the more favourable treatment is not called for by the Convention (see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 82, Series A no. 94).

77. Sexual orientation is a concept covered by Article 14. The Court has repeatedly held that, just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require "particularly convincing and weighty reasons" by way of justification (see, for example, *Smith and Grady*, § 90;

Karner, §§ 37 and 42; L. and V. v. Austria, § 45; and X and Others v. Austria, § 99, all cited above). Where a difference in treatment is based on sex or sexual orientation the State's margin of appreciation is narrow (see Karner, § 41, and Kozak, § 92, both cited above). Differences based solely on considerations of sexual orientation are unacceptable under the Convention (see Salgueiro da Silva Mouta, § 36; E.B. v. France, §§ 93 and 96; and X and Others v. Austria, § 99, all cited above). (iii) Application of these principles in the present case

*(a) Comparison of the applicants' situation with that of different-sex couples and existence of a difference in treatment*

78. The first question to be addressed by the Court is whether the applicants' situation is comparable to that of different-sex couples wishing to enter into a civil union under Law no. 3719/2008. The Court reiterates that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships (see Schalk and Kopf, cited above, § 99). It therefore considers that the applicants are in a comparable situation to different-sex couples as regards their need for legal recognition and protection of their relationship (*ibid.*).

79. The Court further observes that section 1 of Law no. 3719/2008 expressly reserves the possibility of entering into a civil union to two individuals of different sex. Accordingly, by tacitly excluding same-sex couples from its scope, the Law in question introduces a difference in treatment based on the sexual orientation of the persons concerned.

*(β) Legitimate aim and proportionality*

80. The Court observes that the Government relied chiefly on two sets of arguments to justify the legislature's choice not to include same-sex couples in the scope of Law no. 3719/2008. Firstly, they contended that if the civil unions introduced by that Law were applied to the applicants, this would result for them in rights and obligations – in terms of their property status, the financial relations within each couple and their inheritance rights – for which they could already provide a legal framework under ordinary law, that is to say, on a contractual basis. Secondly, the Government argued that the legislation in question was designed to achieve several goals: protecting children born outside marriage, protecting single-parent families (as made clear in the explanatory report to the Law), responding to the wishes of parents to raise their children without being obliged to marry and, ultimately, strengthening the institutions of marriage and the family in the traditional sense.

81. As regards the first argument advanced by the Government, the Court is of the view that, even if it were to be considered valid, it does not take account of the fact that the civil partnerships provided for by Law no. 3719/2008 as an officially recognised alternative to marriage have an intrinsic value for the applicants irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they would produce. As the Court has already observed, same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships. Same-sex couples sharing their lives have the same needs in terms of mutual support and assistance as different-sex couples. Accordingly, the option of entering into a civil union would afford the former the only opportunity available to them under Greek law of formalising their relationship by conferring on it a legal status recognised by the State. The Court notes that extending civil unions to same-sex couples would allow the latter to regulate issues concerning property, maintenance and inheritance not as private individuals entering into contracts under the ordinary law but on the basis of the legal rules governing civil unions, thus having their relationship officially recognised by the State.

82. It is true that the Government's second main argument is that Law no. 3719/2008 is designed to strengthen the legal status of children born outside marriage and to make it easier for parents to raise their children without being obliged to marry. This aspect, it is argued, distinguishes different-sex couples from same-sex couples, since the latter cannot have biological children

together.

83. The Court considers it legitimate from the standpoint of Article 8 of the Convention for the legislature to enact legislation to regulate the situation of children born outside marriage and also indirectly strengthen the institution of marriage within Greek society by promoting the notion, as explained by the Government, that the decision to marry would be taken purely on the basis of a mutual commitment entered into by two individuals, independently of outside constraints or of the prospect of having children (see paragraph 62 above). The Court accepts that protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment (see *Karner*, § 40, and *Kozak*, § 98, both cited above). It goes without saying that the protection of the interests of the child is also a legitimate aim (see *X and Others v. Austria*, cited above, § 138). It remains to be ascertained whether the principle of proportionality was respected in the present case.

84. The Court reiterates the principles established in its case-law. The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it (see *Karner*, § 41, and *Kozak*, § 98, both cited above). Also, given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in present-day conditions (see, among other authorities, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26, and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 75, ECHR 2002-VI), the State, in its choice of means designed to protect the family and secure respect for family life as required by Article 8, must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social and civil-status issues and relationships, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one's family or private life (see *X and Others v. Austria*, cited above, § 139).

85. In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought. It must also be shown that it was necessary, in order to achieve that aim, to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of the provisions in issue (see *Karner*, § 41, and *Kozak*, § 99, both cited above). According to the case-law cited above, the burden of proof in this regard is on the respondent Government. It is therefore for the Greek Government to show in the instant case that it was necessary, in pursuit of the legitimate aims which they invoked, to bar same-sex couples from entering into the civil unions provided for by Law no. 3719/2008 (see, to similar effect, *X and Others v. Austria*, cited above, § 141).

86. The Court notes that the legislation in question does not merely provide for measures aimed at regulating the social realities and attaining the objectives referred to by the Government (see paragraph 80 above). It is designed first and foremost to afford legal recognition to a form of partnership other than marriage, referred to as "civil unions". This emerges clearly from the content and structure of the Law. Section 1 defines a civil union as a "contract between two different-sex adults governing their life as a couple". Furthermore, the subsequent sections are not confined to regulating the status of children born outside marriage, but deal with the living arrangements of couples who have entered into a civil union. Sections 6 and 7, for instance, refer to the financial relations between the parties and the maintenance obligations on dissolution of the union. Section 11, meanwhile, provides that when one partner dies the surviving partner is entitled to inherit (see paragraph 16 above).

87. The Court notes in that regard that in its report on the draft legislation the National Human Rights Commission observed that it was not made clear why exactly the bill had been given the title "Reforms concerning the family, children and society", when it actually provided for a new legal form of non-marital partnership (see paragraph 22 above). In view of the foregoing the Court considers that, notwithstanding its title and the declared intentions of the legislature, Law no.

3719/2008 was primarily aimed at affording legal recognition to a new form of non-marital partnership.

88. In any event, even assuming that the legislature's intention was to enhance the legal protection of children born outside marriage and indirectly to strengthen the institution of marriage, the fact remains that, by enacting Law no. 3719/2008, it introduced a form of civil partnership, known as "civil unions", which excluded same-sex couples while allowing different-sex couples, whether or not they had children, to regulate numerous aspects of their relationship.

89. On this point the Court notes firstly that the Government's arguments focus on the situation of different-sex couples with children, without justifying the difference in treatment arising out of the legislation in question between same-sex and different-sex couples who are not parents. Secondly, the Court is not convinced by the Government's argument that the attainment through Law no. 3719/2008 of the goals to which they refer presupposes excluding same-sex couples from its scope. It would not have been impossible for the legislature to include some provisions dealing specifically with children born outside marriage, while at the same time extending to same-sex couples the general possibility of entering into a civil union. The Court points out in that connection that the explanatory report on the legislation in issue offers no insight into the legislature's decision to limit civil unions to different-sex couples (see paragraph 10 above). It further notes that the National Human Rights Commission considered the bill to be discriminatory since it did not apply to same-sex couples (see paragraphs 23-24 above) and that the Scientific Council of Parliament adopted a similar position (see paragraph 13 above).

90. Lastly, the Court observes that under Greek law, as the Government themselves pointed out (see paragraph 64 above), different-sex couples, unlike same-sex couples, could have their relationship legally recognised even before the enactment of Law no. 3719/2008, whether fully on the basis of the institution of marriage or in a more limited form under the provisions of the Civil Code dealing with de facto partnerships. Consequently, same-sex couples would have a particular interest in entering into a civil union since it would afford them, unlike different-sex couples, the sole basis in Greek law on which to have their relationship legally recognised.

91. In addition, the Court would point to the fact that, although there is no consensus among the legal systems of the Council of Europe member States, a trend is currently emerging with regard to the introduction of forms of legal recognition of same-sex relationships. Nine member States provide for same-sex marriage. In addition, seventeen member States authorise some form of civil partnership for same-sex couples. As to the specific issue raised by the present case (see paragraph 75 above), the Court considers that the trend emerging in the legal systems of the Council of Europe member States is clear: of the nineteen States which authorise some form of registered partnership other than marriage, Lithuania and Greece are the only ones to reserve it exclusively to different-sex couples (see paragraphs 25 and 26 above). In other words, with two exceptions, Council of Europe member States, when they opt to enact legislation introducing a new system of registered partnership as an alternative to marriage for unmarried couples, include same-sex couples in its scope. Moreover, this trend is reflected in the relevant Council of Europe materials. In that regard the Court refers particularly to Resolution 1728(2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and to Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2010)5 (see paragraphs 28-30 above).

92. The fact that, at the end of a gradual evolution, a country finds itself in an isolated position as regards one aspect of its legislation does not necessarily imply that that aspect conflicts with the Convention (see *F. v. Switzerland*, 18 December 1987, § 33, Series A no. 128). Nevertheless, in view of the foregoing, the Court considers that the Government have not offered convincing and weighty reasons capable of justifying the exclusion of same-sex couples from the scope of Law no. 3719/2008. Accordingly, it finds that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 in the present case.

2.25 Het komt erop neer (zie *Vallianatos* § 77) dat:

'differences based on sexual orientation require "particularly convincing and weighty reasons" by way of justification'

en

'differences based solely on considerations of sexual orientation are unacceptable under the Convention'

met een uitzondering voor de toegang tot het huwelijk. Grond voor deze uitzondering is artikel 12 EVRM. Met dat artikel is het traditionele huwelijk voor personen van verschillend geslacht verankerd in het EVRM. In de woorden van het EHRM: *secure* (*Schalk en Kopf* § 49), *underpin* (*Schalk en Kopf* § 51) en *consacrer* (*Chapin en Charpentier* § 37).

*Mag de rechter verder gaan dan het EHRM?*

2.26 De Nederlandse rechter die de formele wet opzij wil zetten wegens strijd met het EVRM, is gebonden aan artikel 94 van de Grondwet. Dit geldt ook voor de rechter van Aruba (zie hierboven rov. 2.8). Aldus HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, NJ 2002/278, rov. 3.9:

(...) Art. 53 EVRM laat de nationale wetgever de vrijheid om een verdergaande bescherming te bieden dan de bepalingen van het EVRM geven. De Nederlandse rechter is evenwel gebonden aan art. 94 Gr.w, ingevolge welke bepaling binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Een zodanige onverenigbaarheid kan niet worden aangenomen uitsluitend op basis van een uitleg door de nationale - Nederlandse - rechter van het begrip "family life" in het licht van recent tot stand gekomen wetgeving, die leidt tot een verdergaande bescherming dan op grond van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot art. 8 EVRM mag worden aangenomen.

2.27 Zie ook HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, NJ 2017/132, rov. 3.3.3:

Op grond van art. 93 Grondwet dient de Nederlandse rechter de een ieder verbindende bepalingen uit het EVRM toe te passen. Dat brengt mee dat hij ook gehouden is die bepalingen zelf uit te leggen, met dien verstande echter dat de taakverdeling tussen de nationale rechter en het EHRM meebrengt dat de nationale rechter bij zijn uitleg van de bepalingen van het EVRM zich richt naar de gevestigde rechtspraak van het EHRM. Weliswaar laat art. 53 EVRM de verdragsstaten de vrijheid om verdergaande bescherming te bieden dan voortvloeit uit de bepalingen van het EVRM, maar de art. 94 en 120 Grondwet brengen mee dat de Nederlandse rechter (bepalingen uit) een wet in formele zin slechts buiten toepassing mag laten indien toepassing van die wet niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Gelet op hetgeen zojuist is overwogen kan een zodanige onverenigbaarheid echter niet worden aangenomen op grond van een uitleg door de nationale - Nederlandse - rechter van het begrip eigendom in art. 1 EP die afwijkt van de gevestigde rechtspraak van het EHRM met betrekking tot die verdragsbepaling (vgl. HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, NJ 2002/278 en HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, BNB 2014/30). (...).

2.28 Hetgeen de Hoge Raad blijkens voorgaande overwegingen heeft aangenomen voor het begrip *family life* (familie- en gezinsleven) in art. 8 EVRM en voor het begrip *property* (eigendom) in art. 1 EP, geldt ook voor het begrip *men and women* (mannen en vrouwen) in art. 12 EVRM. Daarom mag de rechter in het Koninkrijk de wettelijke huwelijksbepalingen niet buiten toepassing laten op grond van een uitleg van het begrip *men and women* die afwijkt van de gevestigde rechtspraak

van het EHRM. De conclusie is dat wat het huwelijk betreft (vorderingen onder A) een beroep op het EVRM de Fundacion c.s. geen soelaas biedt. De vorderingen (onder B) betreffende het geregistreerd partnerschap zijn subsidiair en behoeven, zoals hierna zal blijken, geen behandeling.

### *III. TOETSING AAN HET IVBPR*

#### *Corresponderende bepalingen in het IVBPR*

2.29 De artikelen 2, 23 en 26 corresponderen met de artikelen 8, 12, 14 EVRM en artikel 1 Protocol nr. 12 EVRM en er is geen goede reden die artikelen anders uit te leggen (zie HR 19 oktober 1990, hierboven in rov. 2.3 geciteerd). Artikel 23 lid 2 IVBPR bevat het recht om te trouwen. Aangenomen moet worden dat dit, evenals artikel 12 EVRM, het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht op het oog heeft (HR 19 oktober 1990, rov. 3.4). Ook een beroep op het IVBPR kan derhalve de Fundacion c.s. wat het huwelijk betreft (vorderingen onder A) niet baten.

### *IV. TOETSING AAN DE STAATSREGELING VAN ARUBA*

#### *De Staatsregeling van Aruba*

2.30 Artikel I.1 *Staatsregeling van Aruba* luidt:

Allen die zich in Aruba bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, kleur, taal, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, of op welke grond dan ook is niet toegestaan.

2.31 Artikel I.16 lid 1 *Staatsregeling van Aruba* luidt:

Ieder heeft, behoudens bij of krachtens landsverordening te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

2.32 De *Staatsregeling van Aruba* kent geen met artikel 12 EVRM en artikel 23 lid 2 IVBPR corresponderende bepaling inzake het recht om traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht.

#### *Harmoniserende uitleg*

2.33 Het ligt voor de hand de grondrechten uit de *Staatsregeling van Aruba* op dezelfde wijze uit te leggen als de mensenrechten. Vgl. de uitspraak van het Constitutioneel Hof van Sint Maarten van 8 november 2013, ECLI:NL:OCHM:2013:2:

#### 2.3.5

##### *Concordantie*

Ten slotte hanteert het Constitutioneel Hof het uitgangspunt van een harmoniserende interpretatie van grondrechten- en mensenrechtenbepalingen. Veel van de in de *Staatsregeling* opgenomen grondrechtenbepalingen zijn ontleend aan artikelen uit het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Het ligt dan ook voor de hand om die grondrechtenbepalingen in beginsel EVRM-conform uit te leggen, in overeenstemming met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Dat ligt te meer voor de hand, nu deze EVRM-bepalingen ingevolge artikelen 93 en 94 Grondwet in beginsel een ieder verbindend zijn en binnen de rechtsorde van Sint Maarten door de rechter toegepast moeten worden. Immers, vergelijkbare bepalingen uit de *Staatsregeling* en het EVRM zijn dan tegelijkertijd van toepassing. Een soortgelijke benadering met betrekking tot



grondrechtenbepalingen uit andere verdragen waaraan Sint Maarten gebonden is, ligt evenzeer voor de hand.

Daarnaast zal het Constitutioneel Hof bij de interpretatie van bepalingen in de Staatsregeling, voor zover die ontleend zijn aan de Nederlandse Grondwet, de uitleg van die Grondwet, waar aangewezen en passend, als een inspiratiebron hanteren.

- 2.34 Het Hof sluit zich hier in beginsel bij aan. Mede gelet daarop verwijst het Hof hierna onder 2.35-2.39 en verder naar uitspraken van het EHRM als inspiratiebron voor de wijze van toetsing aan de *Staatsregeling van Aruba*. Het Hof herhaalt echter dat een cruciaal verschil tussen het EVRM en de *Staatsregeling van Aruba* is dat het EVRM in artikel 12 een bepaling kent die het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht verankert en de *Staatsregeling van Aruba* een dergelijke bepaling niet kent. Uitleg van een bepaling die correspondeert met art. 12 EVRM is dus bij de toetsing aan de *Staatsregeling van Aruba* niet aan de orde.

#### *Terughoudendheid*

- 2.35 Het gaat in dit geval om toetsing door de rechter van formele wetgeving (de huwelijksregeling in het Burgerlijk Wetboek) aan de *Staatsregeling van Aruba*. De door het EHRM gehanteerde leer van de *margin of appreciation* geldt niet op het nationale vlak. Vergelijk EHRM Grote Kamer 19 februari 2009, no. 3455/05 (*A. en anderen/Verenigd Koninkrijk*), NJ 2010/468:

184. The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level’).

- 2.36 Uit de scheiding der machten en het primaat van de wetgever (de wetgever toetst eveneens aan de *Staatsregeling van Aruba*, zij het *ex ante* en *in abstracto*) vloeit echter wel een zekere door de rechter te betrachten terughoudendheid (*judicial restraint*) voort, ook al gaat het bij de constitutionele toetsing *in concreto* en *ex post* door de rechter ingevolge artikel I.22 *Staatsregeling van Aruba* om de praktische implementatie en toepassing van de formele wet in een individueel geval en kan deze toetsing niet leiden tot ongeldigverklaring van de formele wet maar enkel tot het buiten toepassing laten in dat individuele geval. De rechter heeft in het bijzonder terughoudendheid te betrachten waar het gaat om open en multi-interpretabele normen. De mate van terughoudendheid kan variëren, afhankelijk van de omstandigheden en de aard en onderwerp van het geschil. Met het uitgangspunt van gepaste rechterlijke terughoudendheid bij het toetsen van mede door de Staten vastgestelde landsverordeningen – die daardoor een rechtstreekse democratische legitimatie hebben – is verwant het beginsel van het vermoeden van grondwettigheid (*presumption of constitutionality*). Dat een landsverordening niet verenigbaar is met de *Staatsregeling van Aruba* zal derhalve duidelijk moeten zijn aangetoond, wil de rechter tot de conclusie kunnen komen dat sprake is van onverenigbaarheid.

#### *‘of op welke grond dan ook’*

- 2.37 Artikel I.1 *Staatsregeling van Aruba* somt discriminatiegronden op, maar voegt daaraan toe: ‘of op welke grond dan ook’. In EHRM Grote Kamer 9 juni 2022, no. 49270/11 (*Savickis en anderen/Litouwen*) is overwogen over de zinsnede ‘on any ground such as ... or other status’ in artikel 14 EVRM:

181. (...) However, only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or “status”, are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (see Carson and Others, cited above, § 61; Fábíán, cited above, § 113, and Molla Sali, cited above, § 134). (...)

- 2.38 Seksuele oriëntatie is als ‘identifiable characteristic’ daaronder begrepen (*Vallianatos*, § 77 eerste zin). Het voorgaande geldt *mutatis mutandis* ook voor het ‘of welke grond dan ook’ in artikel I.1

*Staatsregeling van Aruba.*

*Maatstaven ter beantwoording van de discriminatievraag*

2.39 Is de uitsluiting van personen van gelijk geslacht van de huwelijksluiting in strijd met artikel I.1 *Staatsregeling van Aruba*? De maatstaven ter beantwoording van deze vraag ontleent het Hof aan *Vallianatos* § 76-77 (zie hiervoor 2.24).

*'in gelijke gevallen'*

2.40 Twee mannen of twee vrouwen die willen trouwen bevinden zich in een gelijke, in de zin van relevant vergelijkbare, situatie met een man en een vrouw die willen trouwen. Vergelijk *Vallianatos* § 81.

*Verskil in behandeling*

2.41 Dat twee personen van gelijk geslacht niet en twee personen van verschillend geslacht wel kunnen trouwen levert duidelijk een verschil in behandeling door de wetgever op.

*Legitiem doel en proportionaliteit - teksten*

2.42 Voorop staat dat:

differences based on sexual orientation require "particularly convincing and weighty reasons" by way of justification.

Bij de beoordeling van de vraag of deze overtuigende en gewichtige redenen ter rechtvaardiging voor het verschil in behandeling bestaan, slaat het Hof mede acht op de hierna volgende teksten.

2.43 De meerderheid van de Commissie Openstelling Burgerlijk Huwelijk heeft op 28 oktober 1997 het volgende advies uitgebracht aan de Nederlandse regering (Kamerstukken 22700, nr. 23, p. 6 en 26672, nr. 3, p. 2):

Sommigen ervaren het als krenkend dat het huwelijk niet is opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Aan het huwelijk wordt maatschappelijk gezien een bepaalde symbolische en emotionele waarde toegekend. Uit het feit dat voor paren van gelijk geslacht de gehuwde staat niet bereikbaar is, zou kunnen worden afgeleid dat aan hun relatie mindere waarde wordt toegekend. Juist de openstelling van het huwelijk zou ertoe kunnen bijdragen dat relaties van paren van gelijk geslacht meer worden geaccepteerd. Verwezen wordt ook naar de 'separate, but equal'-doctrine. Het toekennen van een aparte status aan homoseksuele paren zou in dit licht nog steeds discriminatie betekenen, ook al zouden de rechtsgevolgen hiervan praktisch identiek zijn aan het huwelijk. Het huwelijk heeft in het verleden bewezen een flexibel instituut te zijn dat maatschappelijke veranderingen heeft verwerkt.

2.44 Het Constitutionele Hof van Zuid Afrika van 1 december 2005, (*Minister van Binnenlandse Zaken/Fourie en Bonthuys*), ZACC 19, 2006 (1) SA 524 (CC), 2006 (3) BCLR 355 (CC):

71. The exclusion of same-sex couples from the benefits and responsibilities of marriage, accordingly, is not a small and tangential inconvenience resulting from a few surviving relics of societal prejudice destined to evaporate like the morning dew. It represents a harsh if oblique statement by the law that same-sex couples are outsiders, and that their need for affirmation and protection of their intimate relations as human beings is somehow less than that of heterosexual couples. It reinforces the wounding notion that they are to be treated as biological oddities, as failed or lapsed human beings who do not fit into normal society, and, as such, do not qualify for the full moral concern and respect that our Constitution seeks to secure for everyone. It signifies

that their capacity for love, commitment and accepting responsibility is by definition less worthy of regard than that of heterosexual couples.

72. It should be noted that the intangible damage to same-sex couples is as severe as the material deprivation. To begin with, they are not entitled to celebrate their commitment to each other in a joyous public event recognised by the law. They are obliged to live in a state of legal blankness in which their unions remain unmarked by the showering of presents and the commemoration of anniversaries so celebrated in our culture. It may be that, as the literature suggests, many same-sex couples would abjure mimicking or subordinating themselves to heterosexual norms. Others might wish to avoid what they consider the routinisation and commercialisation of their most intimate and personal relationships, and accordingly not seek marriage or its equivalence. Yet what is in issue is not the decision to be taken, but the choice that is available. If heterosexual couples have the option of deciding whether to marry or not, so should same-sex couples have the choice as to whether to seek to achieve a status and a set of entitlements and responsibilities on a par with those enjoyed by heterosexual couples. It follows that, given the centrality attributed to marriage and its consequences in our culture, to deny same-sex couples a choice in this respect is to negate their right to self-definition in a most profound way.

2.45 De United States Supreme Court overwoog in zijn uitspraak van 26 juni 2015 (*Obergefell*), 576 U.S. 644 (2015), waarin de onmogelijkheid voor paren van gelijk geslacht om te trouwen in strijd werd geacht met de Amerikaanse federale Grondwet, p. 17:

Same-sex couples are consigned to an instability many opposite-sex couples would deem intolerable in their own lives.

*Legitiem doel en proportionaliteit - beoordeling*

2.46 Het traditionele huwelijk tussen man en vrouw gaat al eeuwen terug. In al die eeuwen is het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht nooit ingevoerd in Aruba. Hierin ziet het Hof echter geen rechtvaardiging voor het verschil in behandeling. Uit de enkele omstandigheid dat een bepaald fenomeen al lang bestaat, kan niet worden afgeleid of dat fenomeen goed of niet goed is. Een ieder kan fenomenen bedenken die niet goed zijn en toch al eeuwenlang bestaan. Andersom geldt dat indien een bepaald fenomeen (zoals het huwelijk voor personen van gelijk geslacht) nog niet bestaat, uit die enkele omstandigheid niet kan worden afgeleid of invoering daarvan goed of niet goed zou zijn. In elk geval zou het openstellen van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht niet betekenen dat het huwelijk voor personen van verschillend geslacht wordt afgeschaft.

2.47 Het instituut van het huwelijk is in de loop der tijden meermalen sterk veranderd in diverse opzichten; bijvoorbeeld van een arrangement door de ouders tot een wettelijk vereiste vrije wil van de aanstaande echtgenoten, en van dominantie door de getrouwde man in het huwelijk tot gelijkberechtiging van de getrouwde vrouw. Niet kan worden gezegd dat deze veranderingen het instituut van het huwelijk hebben verzwakt. Het huwelijk is aan de tijd aangepast en wordt ook heden ten dage door velen in de samenleving ervaren als een sterk instituut. De vrees dat dit zal veranderen door openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van gelijk geslacht, is objectief niet gerechtvaardigd.

2.48 Dat paren van gelijk geslacht contractueel, met een samenlevingscontract, testamentair en door bepaalde verzekeringspolissen de rechtsgevolgen van het huwelijk kunnen benaderen levert geen rechtvaardiging voor het verschil in behandeling op. Veel rechtsgevolgen van het huwelijk kunnen niet contractueel worden bereikt. Dit geldt voor de rechtsgevolgen uit het Burgerlijk Wetboek (titels 5 tot en met 10 van Boek 1), en tevens voor die in het belastingrecht, het sociale verzekeringsrecht en het bewijsrecht. Het huwelijk biedt door zijn rechtsgevolgen in veel opzichten stabiliteit. In de rechtspraak van het EHRM is uitgemaakt dat een contractuele

'lappendeken' niet gelijkwaardig is aan een wettelijk stelsel als het huwelijk of geregistreerd partnerschap. Zie *Vallianatos* § 81 (geen: 'relationship officially recognised by the State'), *Oliari* § 173 ('the law, which gives them no official recognition') en *Fedotova* § 51 (geen: 'relationship recognised by law').

- 2.49 Het huwelijk heeft een intrinsieke (symbolische en emotionele) waarde, die losstaat van zijn rechtsgevolgen en uitstijgt boven het samenlevingscontract en het geregistreerd partnerschap. Indien aan personen die met een ander van hetzelfde geslacht willen trouwen, het recht daarop wordt ontzegd, wordt hen daarmee het recht ontzegd om deel te hebben aan die intrinsieke waarde van het instituut van het huwelijk. Zij kunnen dan niet de huwelijkse staat verwerven. Bovendien kunnen zij dan niet trouwen met de persoon van hun keuze. Daarmee worden zij getroffen in een belangrijk, ingrijpend, persoonlijk en vaak diep doorvoeld belang. Daartegenover staat het belang van degenen die menen dat de intrinsieke waarde van het huwelijk als instituut wordt aangetast, indien het wordt opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Ook die mening kan voor hen belangrijk, ingrijpend persoonlijk en diep doorvoeld zijn. Sommigen menen zelfs dat de intrinsieke waarde van hun eigen huwelijk erdoor zou worden aangetast. Hoezeer het Hof daar ook oog voor heeft, het belang van degenen die willen trouwen met de persoon van hun keuze, maar dat niet kunnen om de enkele reden dat die persoon van hetzelfde geslacht is, weegt zwaarder.
- 2.50 De bezwaren van tegenstanders van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht hebben in veel gevallen een godsdienstig fundament. De vrijheid van godsdienst moet gewaarborgd worden. De vrijheid van godsdienst gaat in een democratische rechtsstaat echter niet zo ver dat men de eigen godsdienstige normen en waarden kan opleggen aan een ander. Tegenstanders van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht worden door de openstelling daarvan ook niet beroofd van hun recht om te trouwen met de persoon van hun keuze.
- 2.51 Dat het is uitgesloten dat personen van gelijk geslacht biologisch samen kinderen krijgen, schiet tekort als argument tegen het openstellen van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht. Het huwelijk is niet gekoppeld aan voortplanting. Er zijn paren van verschillend geslacht die geen kinderen kunnen of willen krijgen. Een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht hoeft ook geen afstammingsrechtelijke gevolgen van rechtswege te hebben. Zo is de wettelijke 'pater est-regel' niet van toepassing omdat van 'man' en 'vrouw' wordt gesproken (artikel 1:199 aanhef en onder a BW: 'Vader van een kind is de man: a. die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd, ...'). Ook voor het ouderlijk gezag zijn er geen gevolgen van rechtswege. Ouderlijk gezag kan in de wetgeving van Aruba slechts toekomen aan ouders, dus de vader of de moeder. Ouderlijk gezag van een ouder en een niet-ouder bestaat niet in Aruba. Wat betreft adoptie zie hierna rov. 2.64-2.67.
- 2.52 Introductie van het geregistreerd partnerschap in plaats van openstelling van het huwelijk acht het Hof geen toereikend middel om de discriminatie op te heffen, zelfs niet als het geregistreerd partnerschap alle 'core' gevolgen van het huwelijk zou hebben. Als het geregistreerd partnerschap ook mogelijk zou zijn voor personen van verschillend geslacht, dan bestaat de ongelijke behandeling daarin dat paren van verschillend geslacht de keuze hebben en paren van gelijk geslacht niet. Hiervoor bestaat onvoldoende rechtvaardiging.
- 2.53 Als het geregistreerd partnerschap slechts zou worden geïntroduceerd voor paren van gelijk geslacht, dan biedt dat geen toereikende oplossing, omdat het huwelijk voor velen een intrinsieke waarde heeft, die een geregistreerd partnerschap voor hen niet heeft. Het geregistreerd partnerschap kan dan worden ervaren als minder ('*separate but equal*').
- 2.54 Indien al aangenomen zou moeten worden dat de meerderheid van de bevolking van Aruba tegen openstelling van het huwelijk is, hetgeen niet goed is onderzocht en geenszins vaststaat, is dat niet beslissend. Zie *Fedotova* § 52 (hiervoor in rov. 2.22).

- 2.55 Indien een homoseksuele oriëntatie zou kunnen veranderen, levert dat geen rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling op. Het kan niet van personen die met iemand van hetzelfde geslacht willen trouwen, worden gevergd dat zij (hun seksuele oriëntatie al en dan niet veranderen en) ervan afzien te trouwen of trouwen met iemand anders (namelijk iemand van het andere geslacht).
- 2.56 Dat er meer niet-traditionele leefvormen bestaan (polygamie e.a.) is niet van belang. De vraag of voor die leefvormen een achterstelling in de wetgeving van Aruba bestaat en zo ja, of die achterstelling gerechtvaardigd is, behoeft in deze zaak niet te worden beantwoord.
- 2.57 Ook de omstandigheid dat stellen van gelijk geslacht voor hun huwelijkssluiting kunnen uitwijken naar Bonaire, leidt niet tot een ander oordeel. Afgezien van de daaraan verbonden kosten en praktische bezwaren, wordt daarmee het principiële karakter van de zaak miskend. Over de grondrechten van zijn burgers moet een land zelf waken.
- 2.58 Het Hof komt tot de conclusie dat er geen goede argumenten zijn ter rechtvaardiging van de uitsluiting van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht en zo deze er zijn, dat de proportionaliteit ontbreekt tussen middel en doel. De uitsluiting is discriminatoir als bedoeld in artikel I.1 *Staatsregeling van Aruba*. Zoals eerder opgemerkt, bevat de *Staatsregeling van Aruba* geen verankering van het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht, die in de weg zou kunnen staan aan de openstelling van het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht.

#### *Persoonlijke levenssfeer*

- 2.59 Ofschoon niet nodig, gelet op het voorgaande, zal het Hof ook aandacht geven aan de bescherming van de 'persoonlijke levenssfeer' in artikel I.16 lid 1 *Staatsregeling van Aruba*. De term 'persoonlijke levenssfeer' heeft geen andere betekenis dan 'private life' in artikel 8 EVRM. De onmogelijkheid om te trouwen raakt het 'private life' en de 'persoonlijke levenssfeer' van personen van gelijk geslacht. Zie *Schalk en Kopf* § 90.

#### *Artikel I.16 lid 1 Staatsregeling van Aruba*

- 2.60 In Aruba is het geregistreerd partnerschap ingevoerd. Daarom levert de onmogelijkheid voor personen van gelijk geslacht om te huwen in beginsel, geabstraheerd van de tekortkomingen van de Arubaans regeling, geen inbreuk op artikel 8 EVRM op en daardoor evenmin op artikel I.16 lid 1 *Staatsregeling van Aruba* (maar zoals hiervoor onder 4.61 is geconcludeerd, wel een inbreuk op artikel I.1 *Staatsregeling van Aruba*). Vergelijk *Orlandi* § 194.

#### *V. RECHTSVORMENDE TAAK VAN DE RECHTER*

- 2.61 Het Hof acht het niet buiten zijn rechtsvormende taak gelegen in deze zaak het huwelijk open te stellen. Het rechtstekort bestaat al geruime tijd. In Nederland heeft de wetgever al twintig jaar geleden het huwelijk opengesteld voor personen van gelijk geslacht. In andere landen heeft de rechter ingegrepen. Het Hof heeft al vaker gebruik moeten maken van zijn rechtsvormende taak wegens een door de wetgever in stand gelaten rechtstekort (zie GHvJ 30 juli 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:147 (gerechtelijke vaststelling van het vaderschap) en HR 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2614 (discriminatoir namenrecht)). Blijkens de Nederlandse en buitenlandse ervaringen hoeft voor rechtsonzekerheid niet te worden gevreesd. De rechterlijke ingreep is technisch niet gecompliceerd. De wijze waarop het huwelijk moet worden opengesteld voor personen van gelijk geslacht, is niet afhankelijk van verder te maken keuzen van politieke aard. Het huwelijk is al uitvoerig wettelijk geregeld. Het Hof heeft gelet op de Nederlandse Wet openstelling huwelijk van 21 december 2000, Stb. 2001, 9 en de aanpassingswet van 8 maart 2001, Stb. 2001, 128. Aanpassing van de wetgeving van Aruba is slechts minimaal nodig (zie hierna 2.69-2.71 en het dictum). Wat betreft het afstammingsrecht en het gezagsrecht is

hierboven reeds overwogen dat deze ongewijzigd kunnen blijven (rov. 2.51). Adoptie komt hierna aan de orde (rov. 2.64-2.67).

2.62 Ter illustratie geeft het Hof het volgende citaat uit de Memorie van Toelichting bij de Nederlandse Wet openstelling huwelijk (p. 3-5):

*2. Overeenkomsten en verschillen tussen het huwelijk voor personen van verschillend geslacht en het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht*

Het uitgangspunt van gelijke behandeling van homoseksuele paren en heteroseksuele paren heeft, wat het huwelijk betreft, ertoe geleid dat zoveel als mogelijk de regels omtrent het aangaan, de stuiting, de nietigverklaring en de gevolgen van het huidige huwelijk van toepassing zullen zijn op een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht. Om dit te benadrukken is voorgesteld in een nieuw artikel 30, eerste lid, te bepalen dat, een huwelijk zowel door twee personen van verschillend als door twee personen van hetzelfde geslacht kan warden aangegaan. Uiteraard gaat het hier om twee natuurlijke personen.

De vraag naar de overeenkomsten tussen het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en het huwelijk voor personen van verschillend geslacht zou dan ook beantwoord kunnen worden met het noemen van verschillen tussen het ene en het andere huwelijk. Behoudens die verschillen gaat het om een en hetzelfde huwelijk. Er is geen verschil in de voorwaarden voor het aangaan van een huwelijk tussen heteroseksuelen en homoseksuelen, ook geen verschil in de mogelijkheden tot stuiting en nietigverklaring (behoudens de grond tot nietigverklaring wegens zwangerschap genoemd in artikel 74). De verschillen tussen het huwelijk voor personen van verschillend geslacht en personen van hetzelfde geslacht liggen in de gevolgen. Het betreft een tweetal aspecten: in de eerste plaats de verhouding tot de kinderen en in de tweede plaats de internationale component.

Voordat op deze verschillen wordt ingegaan, een aantal voorbeelden van de overeenkomsten tussen het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en het huwelijk voor personen van verschillend geslacht. In alle gevallen moeten de personen die een huwelijk wensen aan te gaan in principe meerderjarig zijn (artikel 31, eerste lid). Steeds wordt aangifte van het voornemen te huwen gedaan bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van één der partijen (artikel 43, eerste lid). De regels ter voorkoming van schijnhuwelijken (artikel 44, eerste lid, onderdeel k), artikel 53, derde lid en artikel 71a) zijn van toepassing. De voltrekking van het huwelijk geschiedt ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand in het bijzijn van twee en ten hoogste vier getuigen (artikel 63).

De aanstaande echtgenoten moeten steeds ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand en in tegenwoordigheid van de getuigen verklaren dat zij elkander aannemen tot echtgenoten en getrouw alle plichten zullen vervullen die door de wet aan de huwelijkse staat worden verbonden (artikel 67). Ook artikel 68 is in alle gevallen van toepassing. Dit betekent dat geen godsdienstige plechtigheden zullen mogen plaats hebben, voordat de partijen aan de bedienaar van de eredienst zullen hebben doen blijken dat het huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken. De huwelijksakte wordt opgenomen in het register van huwelijken.

Wat de gevolgen betreft kan bij wijze van voorbeeld op het volgende gewezen worden. In alle gevallen zijn de echtgenoten bevoegd elkaars geslachtsnaam te voeren, hetzij in plaats van de eigen geslachtsnaam, hetzij voorafgaand aan of volgend op de eigen geslachtsnaam (artikel 9). De echtgenoten zullen, ongeacht of het een paar van verschillend of van gelijk geslacht betreft, in gemeenschap van goederen gehuwd zijn, als zij niet voorafgaande aan het huwelijk huwelijkse voorwaarden hebben laten maken (artikel 93). De regeling van de echtscheiding is in alle gevallen van toepassing (artikel 150 e.v.), evenals die met betrekking tot de alimentatie na scheiding (artikel 157 e.v.). Ook de scheiding van tafel en bed behoort tot de mogelijkheden (artikel 168

e.v.).

Zoals hierboven al is opgemerkt hebben de verschillen tussen een huwelijk van personen van verschillend geslacht en een huwelijk van personen van hetzelfde geslacht betrekking op enerzijds de positie van de kinderen en anderzijds de internationale aspecten.

Wat de positie van kinderen betreft wordt aangesloten bij het advies van de commissie-Kortmann dat van rechtswege geen afstammingsrechtelijke gevolgen aan het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht worden verbonden. Dit is ook het standpunt van het vorige kabinet (kamerstukken II 1997/98, 22 700, nr. 23, blz. 2). Het gaat te ver om aan te nemen dat een kind dat geboren wordt binnen een huwelijk van twee vrouwen, in juridisch opzicht afstamt van beide vrouwen. Daarmee wordt de werkelijkheid geweld aangedaan. De afstand tussen werkelijkheid en recht zou te groot worden. Daarom is in het onderhavige wetsvoorstel titel 11 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (B.W.) over de afstamming, waarin steeds wordt uitgegaan van een man/vrouwverhouding niet aangepast.

(...)

Wat de internationale aspecten betreft wordt in dit onderdeel van deze memorie alleen ingegaan op de verhouding tot geldende verdragen met betrekking tot het huwelijk en op het EU-recht. De overige aspecten worden behandeld in het aparte onderdeel van deze memorie over internationale aspecten (punt 4).

- 2.63 Wat betreft internationale gevallen kan in het grotendeels ongeschreven internationaal privaatrecht van Aruba aansluiting worden gezocht bij het Nederlandse internationaal privaatrecht. Deze aansluiting is thans in het algemeen al de praktijk en soms zelfs voorgeschreven ingevolge de rechtspraak van de Hoge Raad.

#### *Adoptie door echtparen van gelijk geslacht*

- 2.64 Hoewel adoptie heel weinig voorkomt, verdient dit instituut aparte aandacht omdat er een kind bij betrokken is. De openstelling van het huwelijk voor twee personen van gelijk geslacht zou in Aruba doorwerken in art. 1:227 lid 1 BW, dat luidt:

Adoptie geschiedt door een uitspraak van het gerecht in eerste aanleg op verzoek van een echtpaar of op verzoek van één persoon alleen.

en in artikel 1:229 lid 3 BW-Aruba, dat luidt:

In afwijking van het tweede lid blijft de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde en zijn ouder en diens bloedverwanten bestaan, indien de echtgenoot van die ouder het kind adopteert.

- 2.65 De eventueel van rechtswege tot stand gekomen openstelling van gezamenlijke adoptie en stiefouderadoptie door personen van gelijk geslacht is in deze procedure in het geheel niet aan de orde geweest (behoudens dat de artikelen 1:227 en 1:229 BW voorkomen in de inventarisatie van gevolgen van het huwelijk, productie 4 bij pleitnota mr. Wever in hoger beroep). De insteek in de huidige procedures is slechts de openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht. De openstelling van het huwelijk en de openstelling van de adoptie zijn twee te onderscheiden kwesties. In Nederland zijn de twee ook separaat gerealiseerd (Wet openstelling huwelijk, Stb. 2001, 9 en Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht, Stb. 2001,10); tussen de twee wetten bestaat geen noodzakelijk verband. Het Arubaanse afstammingsrecht heeft de natuurlijke afstamming als ordenend beginsel. Het hebben van twee vaders of twee moeders is iets waarop de regelgeving niet is ingericht. Het is niet ondenkbaar dat openstelling van adoptie voor personen van gelijk geslacht, waarbij een kind betrokken is, in de Arubaanse samenlevingen meer omstreden is dan openstelling van het huwelijk. Over de openstelling van adoptie moet een debat

gevoerd worden, bij voorkeur mede in de Staten.

- 2.66 In deze procedures is niet aan de orde of de huidige Arubaanse adoptieregeling verenigbaar is met het EVRM en de *Staatsregeling van Aruba*. Zie voor wat betreft het EVRM de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM Grote Kamer 22 januari 2008, 435466/02, NJ 2008/456 (*E.B. tegen Frankrijk*), EHRM 15 maart 2012, nr. 25951/07 (*Gas en Dubois tegen Frankrijk*) en EHRM Grote Kamer 19 februari 2013, nr. 19010/07 (*X en anderen tegen Oostenrijk*).
- 2.67 Al met al acht het Hof het onwenselijk dat dit vonnis van rechtswege de openstelling van adoptie zou meebrengen. Het Hof zal daarom in het dictum bepalen dat dit vonnis geen gevolgen heeft voor de mogelijkheid voor echtparen van gelijk geslacht om tezamen een verzoek te doen een kind te adopteren of voor de mogelijkheid voor een echtgenoot om adoptie van het kind van de andere echtgenoot van gelijk geslacht te verzoeken.

## VI. BESLUIT

- 2.68 Het Hof zal, behoudens het adoptiegevolg, het huwelijk openstellen voor personen van gelijk geslacht.
- 2.69 Het leeftijdsartikel 1:31 lid 1 BW ('Een huwelijk wordt alleen aangegaan tussen een man en een vrouw die beiden de leeftijd van achttien jaren hebben bereikt') moet worden gelezen als: Om een huwelijk te mogen aangaan moet een persoon de leeftijd van achttien jaren hebben bereikt.
- 2.70 Het monogamieartikel 1:33 BW ('De man kan tegelijkertijd slechts met een vrouw, de vrouw slechts met een man door het huwelijk verbonden zijn') moet sekseneutraal worden gelezen als: Een persoon kan tegelijkertijd slechts met één andere persoon door het huwelijk verbonden zijn.
- 2.71 Het Hof zal ingevolge artikel 1:24 BW de ambtenaar van de burgerlijke stand van Aruba opdragen mee te werken aan het aangaan van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht door het opmaken van een akte van huwelijksaangifte en van een huwelijksakte.
- 2.72 De vordering dat het Hof een verklaring voor recht geeft dat het Land onrechtmatig heeft gehandeld, wordt afgewezen. Gelet op het voorgaande is niet duidelijk welk belang de Fundacion c.s. bij deze vordering hebben. Bovendien moet aan het Land enige tijd gegund worden de wetgeving aan te passen. Het gaat hier om een gebied van 'one of evolving rights with no established consensus' (vgl. over de 'timing' van wetgeving *Schalk en Kopf* § 105-106).
- 2.73 De vorderingen (onder B) die betrekking hebben op het geregistreerd partnerschap zijn subsidiair ingesteld en kunnen dus buiten behandeling blijven.

## *Uitgestelde rechtskracht*

- 2.74 Het Hof zal bepalen dat de verklaringen voor recht en het bevel aan de ambtenaar van de burgerlijke stand geen rechtskracht krijgen voordat dit vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Het gaat om een maatschappelijk zeer belangrijke en omstreden kwestie. Het is wenselijk dat, indien cassatieberoep wordt ingesteld, de hoogste rechter van Aruba zich erover uitlaat. Indien de rechtskracht van dit vonnis niet zou worden uitgesteld, zouden, in het geval de Hoge Raad dit vonnis zou vernietigen, inmiddels voltrokken huwelijken van personen van gelijk geslacht nietig moeten worden verklaard door de rechter.

## *Kosten*

- 2.75 Het Land wordt als de in het ongelijk gestelde partijen in de kosten veroordeeld.

## *Samenvatting*



2.76 Samengevat oordeelt het Hof als volgt. In de wetgeving van Aruba is het huwelijk gereserveerd voor personen van verschillend geslacht. Uit rechtspraak van het EHRM volgt dat die stand van zaken geen schending van het EVRM oplevert. Cruciaal daarbij is dat het EVRM een bepaling kent waarmee het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht is verankerd in het EVRM. De *Staatsregeling van Aruba* kent geen daarmee corresponderende bepaling. Zij kent wel een discriminatieverbod. Het Hof komt tot de conclusie dat de uitsluiting van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht in strijd is met dat discriminatieverbod. Daarom verklaart het Hof voor recht dat bepalingen uit de formele wetgeving van Aruba geen toepassing vinden, voor zover door die toepassing het huwelijk tussen twee personen van gelijk geslacht zou worden uitgesloten. Verder merkt het Hof op dat zijn uitspraak van vandaag geen gevolgen heeft voor de wettelijke regeling van adoptie.

## B E S L I S S I N G

Het Hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat in Aruba een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht, met dien verstande dat dit vonnis geen consequenties heeft voor de mogelijkheid voor echtparen van gelijk geslacht om tezamen een verzoek te doen een kind te adopteren of voor de mogelijkheid voor een echtgenoot om adoptie van het kind van de andere echtgenoot van gelijk geslacht te verzoeken;

verklaart voor recht dat artikel 31 lid 1 en artikel 33 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek van Aruba, wegens onverenigbaarheid met de artikelen 3 en 12 lid 1 van de *Staatsregeling van Aruba*, geen toepassing vinden, voor zover door die toepassing het huwelijk tussen twee personen van gelijk geslacht zou worden uitgesloten;

beveelt de ambtenaar van de burgerlijke stand van Aruba mee te werken aan het aangaan van een huwelijk door twee personen van gelijk geslacht door het opmaken van een akte van huwelijksaangifte en van een huwelijksakte;

bepaalt dat de verklaringen voor recht en het bevel aan de ambtenaar van de burgerlijke stand geen rechtskracht krijgen voordat dit vonnis in kracht van gewijsde is gegaan;

veroordeelt het Land Aruba in de kosten van dit hoger beroep aan de zijde van de Fundacion c.s. gevallen en tot op heden begroot op Afl. 1.296,45 aan verschotten en Afl. 6.000,- voor salaris voor de gemachtigde;

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mrs. G.C.C. Lewin, S. Verheijen en J. de Boer, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en ter openbare terechtzitting van het Hof in Aruba uitgesproken op 6 december 2022 in tegenwoordigheid van de griffier.

