

RECHTSLEER/DOCTRINE

Den Haese, Sarah (Universiteit Gent) – Ommekeer in de rechtspraak van het EHRM: Intern verbod op draagmoederschap kan niet altijd omzeild worden door zich te beroepen op een draagmoeder in het buitenland

Commentaar bij *Paradiso en Campanelli/Italië*¹

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna “EHRM”) sprak zich in *Paradiso en Campanelli* uit over de beslissing van Italië om een kind, geboren in Rusland via de tussenkomst van een Russische draagmoeder, te scheiden van zijn Italiaanse wensouders.

I. FEITEN

1.1 Italiaanse wensouders doen beroep op Russische draagmoeder

1. Verzoekers in deze zaak zijn een Italiaans gehuwd koppel. Toen bleek dat ze zelf niet in staat waren om een kind op te wereld te brengen, besloot het koppel zich kandidaat te stellen voor adoptie. In december 2006 verkreeg het koppel hiervoor officieel de toelating van de bevoegde Italiaanse rechtbank. Na jaren van vruchteloos wachten op een adoptiekind, contacteerde het koppel een ziekenhuis in Moskou (Rusland) dat bekend stond voor het faciliteren van (internationale) draagmoederschapsovereenkomsten. Eenmaal in contact gebracht met een geschikte draagmoeder, sloot het koppel een draagmoedersovereenkomst en reisde de vrouw met het sperma van haar man naar Rusland. Het betrokken ziekenhuis in Moskou verzekerde verzoekers dat de zaadcellen van de man gebruikt zouden worden voor het bevruchten van anoniem gedoneerde eicellen. Na een succesvolle in vitro bevruchting werden twee embryo's ingepland bij de draagmoeder.²

2. In februari 2011 beviel de draagmoeder van een gezonde jongen. In een schriftelijke verklaring gaf ze haar toestemming om de naam van de wensouders op te nemen in de geboorteakte van de jongen. Enkele dagen na de geboorte nam de wensmoeder, die kort voor de geboorte naar Moskou was gereisd, de jongen mee naar een door haar gehuurd appartement. Het contact tussen de wensmoeder en het kind enerzijds en de wensvader anderzijds verliep via het internet.³

3. In april 2011 contacteerde de wensmoeder het Italiaanse consulaat in Moskou met de vraag haar zoon van de nodige documenten te voorzien zodat ze samen naar Italië konden reizen. De wensmoeder overhandigde de van een apostille voorziene Russische geboorteakte waarin zijzelf en haar echtgenoot vermeld werden als juridische ouders van het kind. Het Italiaanse consulaat zag geen problemen en overhandigde de nodige reisdocumenten.⁴ Echter, eenmaal in Italië begonnen de moeilijkheden. Het Italiaanse consulaat in Moskou had de autoriteiten in Italië immers meegedeeld dat de documenten van de jongen valse informatie zouden bevatten.⁵ De Italiaanse autoriteiten namen de beschuldigen geuit door het consulaat in Moskou ter harte en stelden zowel op strafrechtelijk als burgerlijke vlak een procedure in. Deze twee procedures, ingesteld door het Openbaar Ministerie, werden doorkruist door een burgerlijke procedure, ingesteld door de verzoekers zelf, waarmee ze de registratie van de Russische geboorteakte beoogden.

¹ Reeds opgenomen in: *Tijdschrift@ipr.be* 2017, nr. 1, 7.

² EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, §§ 8-12.

³ Ibid., §§ 13-15.

⁴ Ibid., § 17; Volledigheidshalve kan hier verwezen worden naar de zaak *D. en anderen/België*, EHRM 8 juli 2014, nr. 29176/13, waar het Hof zich boog over de weigering van België om de nodige reisdocumenten te verlenen aan een kind geboren Oekraïne, via de tussenkomst van een draagmoeder, met Belgische wensouders.

⁵ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 19.

1.2 Strafrechtelijke procedure

4. Het Openbaar Ministerie besloot de verzoekers te vervolgen voor de foutieve voorstelling van de burgerlijke staat, het gebruik van vervalste documenten en het schenden van de wetgeving inzake internationale adoptie en medisch begeleide voortplanting.⁶ Uit het geannoteerde arrest blijkt niet of verzoekers al dan niet werden veroordeeld voor deze tenlasteleggingen.⁷

1.3 Burgerlijke procedures

Procedure ingesteld door het Openbaar Ministerie

5. Naast het instellen van een strafrechtelijke procedure, besloot het Openbaar Ministerie om een procedure te starten voor de burgerlijke rechtbank. Het Openbaar Ministerie was immers de mening toegedaan dat het betrokken kind zich in een staat van verlatenheid⁸ bevond waardoor het in aanmerking kwam voor adoptie. De gevatte rechter stelde onmiddellijk een voogd *ad hoc* aan en schortte, op vraag van deze laatste, de ouderlijke verantwoordelijkheid van de verzoekers op. De rechter gelastte tevens een sociaal onderzoek en beval een DNA-test zodat de biologische band tussen de wensvader en het kind zou komen vast te staan.⁹ Geheel onverwachts bleek de DNA-test negatief.¹⁰ Rekening houdend met het feit dat het kind niet verwant was met (ten minste één van) zijn wensouder(s), dat de wensouders om en bij de 50.000 euro hadden betaald en dat de wensouders er zelf voor gekozen hadden om de Italiaanse (adoptie)wetgeving te omzeilen, besloot de rechter dat het in het belang van het kind was om weggehaald te worden bij zijn wensouders en (tijdelijk) geplaatst te worden in een opvangtehuis.¹¹

6. Tegen deze beslissing tekenden de wensouders hoger beroep aan. De wensouders waren van mening dat de Italiaanse autoriteiten de inhoud van de Russische geboorteakte niet zomaar naast zich neer konden leggen. Het hof van beroep volgde deze redenering niet en verwierp het beroep. Het hof herhaalde dat het kind zich wel degelijk in een staat van verlatenheid bevond aangezien de appellanten (lees: de wensouders) niet beschouwd konden worden als de (juridische) ouders. Het hof achtte het bovendien niet nodig om de uitkomst af te wachten van de procedure tegen de weigeringsbeslissing van de gemeente, ingesteld door de wensouders zelf, om de inhoud van de Russische geboorteakte te registreren. Tegen deze beslissing van het hof stond geen cassatieberoep open.¹²

Procedure ingesteld door de wensouders

7. Niet alleen het Openbaar Ministerie probeerde via de tussenkomst van een burgerlijke rechter zijn slag thuis te halen (lees: verhinderen dat het kind opgevoed zou worden door de wensouders), ook de wensouders kozen voor de tussenkomst van een rechter, zij het met als doel de bescherming van hun familielevens door de overschrijving van de inhoud van de Russische geboorteakte in de Italiaanse registers af te dwingen. De rechter in eerste aanleg achtte zich echter zonder rechtsmacht. Tegen deze beslissing tekenden de wensouders beroep aan. De voogd *ad hoc* voerde aan dat appellanten niet over de vereiste *locus standi* beschikten om tegen de weigeringsbeslissing van de gemeente op te treden. Het hof volgde deze redenering evenwel niet. Het loutere feit dat de

⁶ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 21.

⁷ Ibid., § 56.

⁸ Uit de Italiaanse Adoptiewet volgt dat een kind zich in een staat van verlatenheid bevindt wanneer hij het moet stellen zonder enige emotionele en materiële steun van zijn ouders of een ander familielid dat verantwoordelijkheid is voor het verstrekken van deze steun (met uitzondering van een tijdelijk geval van overmacht). Het probleem in deze zaak was niet dat het kind niet emotioneel en materieel ondersteund werd, maar dat deze steun niet verstrekt werd door de biologische ouder(s). Zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 63.

⁹ Ibid., §§ 22-25.

¹⁰ Ibid., § 30; Het rapport opgemaakt door een team van sociaal werkers, daarentegen, kende een positieve uitkomst. Zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 25.

¹¹ Ibid., §§ 36-37.

¹² Ibid., §§ 39-41.

appellanten in de Russische geboorteakte vermeld stonden als zijnde de “ouders” van het kind, was voor het hof voldoende. Echter, aangezien het kind biologisch niet verwant was met ten minste één van zijn wensouders, oordeelde het hof dat er *in casu* geen sprake was van hoogtechnologisch draagmoederschap en dat de draagmoederschapsovereenkomst de Russische wetgeving inzake draagmoederschap schond.¹³ Het hof kwam tot het besluit dat het onverenigbaar zou zijn met de openbare orde om de inhoud van de Russische geboorteakte op te nemen in de Italiaanse registers aangezien de akte vals was. Het verweer van appellanten dat ze steeds te goeder trouw hadden gehandeld, veranderde volgens het hof niets aan de zaak.¹⁴ Hoewel tegen deze beslissing een cassatieberoep openstond, maakten de wensouders hiervan geen gebruik.¹⁵

Adoptieprocedure

8. Uiteindelijk verbleef het kind gedurende 15 maanden in een opvangtehuis vooraleer het werd geplaatst in een gezin met het oog op adoptie. Het werd de wensouders in deze periode verboden om contact te zoeken met het kind. Op verzoek van de voogd *ad hoc* verkreeg het kind een nieuwe identiteit en werd de adoptieprocedure verdergezet zonder tussenkomst van de wensouders.¹⁶

Procedure voor het EHRM

9. De scheiding van hun kind, het feit dat de Italiaanse autoriteiten weigerden om de inhoud van de Russische geboorteakte te erkennen en het gegeven dat hun kind werd afgestaan voor adoptie, bracht verzoekers ertoe een verzoekschrift in te dienen bij het EHRM. De zaak werd voor de eerste maal beslecht in een arrest van 27 januari 2015.¹⁷ De Italiaanse overheid kon zich echter niet vinden in de beslissing van de Kamer en verzocht daarom, conform artikel 43 EVRM, om de verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer waar de zaak uiteindelijk definitief beslecht werd op 25 januari 2017.¹⁸ Het is deze laatste zaak die het voorwerp vormt van deze commentaar en die aangeduid zal worden met de term “geannoteerd arrest”.

II. WEIGERING VAN ITALIË OM DE RUSSISCHE GEBOORTEAKTE NA GRENSOVERSCHRIJDEND DRAAGMOEDERSCHAP TE ERKENNEN: SCHENDING VAN ARTIKEL 8 EVRM?

10. In de procedure voor het EHRM beweerden de verzoekers dat de weigering van Italië, om de Russische geboorteakte opgemaakt na draagmoederschap te erkennen, een schending uitmaakte van het recht op eerbiediging van het privé- en familieleven (artikel 8 EVRM) en dit zowel in hoofde van het kind (2.1) als in eigen hoofde (2.2).¹⁹

2.2 Vermeende schending in hoofde van het kind

11. De Italiaanse overheid was van mening dat het de verzoekers aan bekwaamheid ontbrak om het kind in rechte te verdedigen. In zijn arrest van 27 januari 2015 verduidelijkte het EHRM dat het noodzakelijk is om de vertegenwoordiging van kinderen voor het EHRM niet op een restrictieve en zuiver technische manier te benaderen. Het EHRM benadrukte dat rekening moet worden gehouden met de band tussen het betrokken kind en zijn vertegenwoordiger(s), het voorwerp en het doel van het verzoekschrift en de aanwezigheid van een eventueel belangenconflict.²⁰

¹³ Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat het onduidelijk is of de Russische wetgeving, op het ogenblik dat het kind werd geboren, daadwerkelijk een biologische band vereiste met ten minste één van de wensouders. De vereiste van een biologische band werd immers pas ingeschreven in een wet die van kracht ging na de geboorte van het kind. Zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, §§ 73-74.

¹⁴ Ibid., §§ 32, 46-48.

¹⁵ EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 62.

¹⁶ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, §§ 49-55.

¹⁷ EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*.

¹⁸ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*.

¹⁹ EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 3.

²⁰ Ibid., § 48.

12. In deze kwam het EHRM tot het besluit dat de wensouders niet de vereiste bekwaamheid bezaten om een vordering in te stellen in naam van het kind. Het EHRM kwam tot deze conclusie door rekening te houden met volgende elementen: de afwezigheid van een biologische band tussen het kind en (één van) de wensouder(s), het gegeven dat het kind door de Italiaanse autoriteiten geplaatst was onder voogdij, het feit dat de ouders er niet in geslaagd waren om hun ouder-kind relatie te laten registreren in Italië, dat het kind ondertussen een nieuwe identiteit verkreeg en dat het voor de wensouders onmogelijk bleek om het kind te adopteren. Dit deel van het verzoekschrift werd dan ook onontvankelijk verklaard.²¹

13. Het EHRM stelt mijns inziens terecht dat de bekwaamheid van ouders om hun kinderen in rechte te vertegenwoordigen niet beperkend noch zuiver technisch mag worden benaderd. Een te restrictieve invulling zou er immers voor zorgen dat de (grond)rechten van kinderen onvoldoende gewaarborgd worden. Hoewel het EHRM toelaat dat kinderen in eigen naam en zonder procesvertegenwoordiging optreden als verzoeker in een procedure worden ze in de meeste gevallen toch vertegenwoordigd.²² Het hoeft immers geen betoog dat het instellen van een procedure voor het EHRM geen sinecure is en een zekere maturiteit veronderstelt. In *Scozzari en Giunta/Italië* aanvaardde het EHRM dat de kinderen vertegenwoordigd werden door hun moeder, hoewel de nationale autoriteiten haar hadden ontzet uit haar ouderlijk gezag. Het EHRM was van mening dat haar hoedanigheid van biologische ouder²³ volstond om in naam van de kinderen een verzoekschrift in te dienen met het oog op de verdediging van hun belangen.²⁴

14. Uit de feiten van deze zaak blijkt dat het betrokken kind op het ogenblik van het neerleggen van het verzoekschrift voor het EHRM amper één jaar oud was. Er kan dus bezwaarlijk worden gesteld dat het kind in eigen naam en zonder procesvertegenwoordiging kon optreden als verzoeker. De vertegenwoordiging van het kind door de wensouders lijkt op het eerste zicht dan ook evident. Echter, dit bleek niet het geval te zijn.

15. Vooreerst blijkt het EHRM belang te hechten aan de band die bestaat tussen het betrokken kind en zijn vertegenwoordiger(s). Uit de beslissing van de Kamer in geannoteerd arrest en het hierboven genoemde arrest *Scozzari en Giunta/Italië* kan worden afgeleid dat het EHRM hiermee de aanwezigheid van een biologische band bedoelt.²⁵ Aangezien er in het geannoteerde arrest geen biologische band bestaat tussen het kind en zijn wensouders, weigerde het EHRM dan ook de vertegenwoordiging van het kind door de wensouders. De vereiste van het EHRM dat er een biologische band aanwezig moet zijn om het kind in rechte te kunnen vertegenwoordigen, is echter merkwaardig aangezien de Kamer, bij de beoordeling over de grond van de zaak, besliste dat de relatie tussen het kind en de wensouders wel degelijk onder de notie “familieleven” viel.²⁶ Het feit dat de ouders deel hadden uitgemaakt van de eerste belangrijke levensfase van het kind en dat ze, minstens initieel, ouderlijk gezag hadden over het kind, was voor de Kamer voldoende om te besluiten dat er een *de facto* familieband bestond.²⁷ De voorwaarde dat er tussen de vertegenwoordiger(s) en het betrokken kind een biologische band moet bestaan, strookt mijns inziens dan ook niet met de

²¹ Ibid., §§ 49-50.

²² G. MAES, “Jeugd(beschermings)recht in internationaal perspectief: invloeden van het EVRM” in N. CALUWÉ, J. COLLE, B. DE SMET, S. D’HONDT, N. DE VOS, H. DE WIEST, A. GIESELINK, G. MAES, M. PERTEGAS SENDER, T. ROBERT, F. SWENNEN, T. VANDER BEKEN, E. VAN DER MUSSELE en L. VENY (eds.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 305-306.

²³ Het EHRM spreekt in *Scozzari en Giunta/Italië* over “natural mother”.

²⁴ EHRM 13 juli 2000, nr. 39221/98 en 41963/98, *Scozzari en Giunta/Italië*, § 138.

²⁵ EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 49; EHRM 13 juli 2000, nr. 39221/98 en 41963/98, *Scozzari en Giunta/Italië*, § 138.

²⁶ Cf. *infra* randnr. 23.

²⁷ EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 69. Volledigheidshalve is het belangrijk om indachtig te houden dat deze beslissing, uitgesproken door de Kamer, vervangen werd door de beslissing van de Grote Kamer van 24 januari 2017. Echter, wat de ontvankelijkheid van het verzoek betrof, volgde de Grote Kamer de redenering van de Kamer. Zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 86 j° 84.

rechtspraak van het EHRM wat betreft de betekenis van de notie familieleven in de zin van artikel 8 EVRM.²⁸

16. De aan- of afwezigheid van een biologische band is echter niet het enige element waarmee rekening moet worden gehouden om na te gaan of de verzoeker(s) bekwaam is/zijn om, in naam van het betrokken kind, een vordering in te stellen voor het EHRM. In zijn arrest van 27 januari 2015 benadrukte het EHRM immers het belang van het voorwerp en het doel van de vordering.²⁹ In geannoteerde zaak beoogden de wensouders o.a. de juridische erkenning van de in Rusland vastgelegde afstammingsband van hun kind geboren via de tussenkomst van een draagmoeder. Rekening houdend met het feit dat de verzoekers in het bezit waren van een formeel geldige Russische geboorteakte en het gegeven dat Rusland lid is van de Raad van Europa, ben ik van mening dat de band tussen de verzoekers en het betrokken kind in geannoteerde zaak voldoende is aangetoond om minstens een beroep in te kunnen stellen bij het EHRM. Het EHRM deelde deze mening echter niet. Aangezien Italië weigerde om de ouder-kind relatie (juridisch) te erkennen, het kind ondertussen een nieuwe identiteit verkreeg en er een nieuwe geboorteakte werd opgemaakt en het de wensouders werd verboden om het kind te adopteren, besloot het EHRM dat er voldoende elementen aanwezig waren om de wensouders de vereiste bekwaamheid te ontzeggen.

17. Tot slot had het EHRM in zijn arrest van 27 januari 2015 ook aandacht voor de mogelijkheid van een belangenconflict.³⁰ Wanneer de belangen van de verzoeker(s) tegengesteld zouden kunnen zijn aan deze van het betrokken kind, is het wenselijk dat de belangen van het kind door een derde worden vertegenwoordigd. Het EHRM ging hier echter niet dieper op in waardoor een uitgebreide analyse van de mogelijkheid/wenselijkheid tot het aanduiden/betrekken van een (nationaal aangeduide) voogd *ad hoc* het bestek van deze commentaar te buiten gaat.

3.1 Vermeende schending in hoofde van de wensouders

Beoordeling door de Kamer

18. De Italiaanse overheid was van mening dat het verzoekschrift van de wensouders onontvankelijk was aangezien ze hadden nagelaten om de nationale rechtsmiddelen uit te putten. Wat de vermeende schending van artikel 8 EVRM betrof aangaande de weigering van Italië om de Russische geboorteakte na grensoverschrijdend draagmoederschap te erkennen, volgde het EHRM, in zijn arrest van 27 januari 2015, de redenering van de Italiaanse overheid. Aangezien de verzoekers hadden nagelaten om cassatieberoep in te stellen tegen de beslissing van het hof van beroep om de inhoud van de Russische geboorteakte niet te erkennen³¹, was niet voldaan aan artikel 35, §1 EVRM. Dit deel van het verzoekschrift werd dan ook onontvankelijk verklaard.³²

Beoordeling door de Grote Kamer

19. In lijn met zijn vaststaande rechtspraak oordeelde de Grote Kamer dat het uitspraak moest doen over de zaak zoals deze ontvankelijk werd verklaard door de Kamer.³³ De vermeende schending van artikel 8 EVRM aangaande de weigering van Italië om de Russische geboorteakte na draagmoederschap te erkennen, werd dus niet onderzocht door de Grote Kamer. Hierdoor

²⁸ Het belang en de betekenis van de notie “familieleven” wordt uitvoerig besproken onder puntje IV.

²⁹ Cf. *supra* randnr. 11.

³⁰ Cf. *supra* randnr. 11.

³¹ Cf. *supra* randnr. 7.

³² EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 62.

³³ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 84. Zie ook: J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 416-417.

onderscheidt deze zaak zich duidelijk van de arresten *Mennesson*³⁴, *Labassee*³⁵, *Foulon en Bouvet*³⁶ en *Laborie*³⁷.

III. BESLISSING VAN ITALIË OM HET KIND TE SCHEIDEN VAN ZIJN WENSoudERS: SCHENDING VAN ARTIKEL 8 EVRM?

20. Naast de weigering van de Italiaanse autoriteiten om de Russische geboorteakte te erkennen, klaagden verzoekers ook de beslissing van Italië aan om het kind te plaatsen in een opvangtehuis en later in een pleeggezin met het oog op adoptie. Verzoekers waren de mening toegedaan dat deze scheiding een schending uitmaakte van het recht op eerbiediging van het privé- en familielevens (artikel 8 EVRM) en dit zowel in hoofde van het kind (3.1) als in eigen hoofde (3.2).³⁸

3.1 Vermeende schending in hoofde van het kind

21. Wat de vermeende schending van artikel 8 EVRM aangaande de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders in hoofde van het kind betreft, kan ik kort zijn. Het EHRM verklaarde dit deel van het verzoekschrift immers onontvankelijk om de hierboven reeds uiteengezette redenen.³⁹

3.2 Vermeende schending in hoofde van de wensouders

Beoordeling door de Kamer

22. In eerste instantie moest het EHRM zich ook hier uitspreken over de ontvankelijkheid van de vordering. De Italiaanse overheid had voor het EHRM immers opgeworpen dat ook dit deel van het verzoekschrift onontvankelijk moest worden verklaard bij gebrek aan uitputting van de nationale rechtsmiddelen. Het EHRM volgde de redenering van de Italiaanse overheid echter niet en verklaarde de vordering toelaatbaar.⁴⁰

23. Vooraleer het EHRM zich boog over de vraag of de scheiding tussen het betrokken kind en de wensouders een (ongeoorloofde) schending inhield van artikel 8 EVRM, ging het na of er in geannoteerde zaak wel sprake was van een “familielevens” in de zin van artikel 8 EVRM. Hoewel het EHRM zeer duidelijk stelde dat artikel 8 EVRM geen recht tot het stichten van een gezin, noch het recht om te adopteren inhoudt, besliste het EHRM dat er *in casu* wel degelijk sprake was van een *de facto* familielevens. De afwezigheid van een biologische band met (ten minste één van) de wensouder(s) en het feit dat de ouder-kind relatie juridisch niet werd erkend in Italië, werd opgevangen door het feit dat de ouders deel hadden uitgemaakt van de eerste belangrijke levensfase van het kind en dat ze, minstens initieel, ouderlijk gezag hadden over het kind.⁴¹ Het feit dat verzoekers amper zes maanden met het kind hadden kunnen doorbrengen, vormde geen hindernis voor het EHRM.⁴²

24. Het EHRM stelde daarnaast ook vast dat de onmogelijkheid voor verzoekers om de afstamming langs vaderszijde erkend te zien in Italië en de rechterlijke beslissingen die aanleiding hadden gegeven tot het weghalen en plaatsen van het kind, een inmenging vormde in hun recht tot respect voor hun privé- en familielevens.⁴³ Uit artikel 8 EVRM en vaste rechtspraak van het EHRM blijkt dat iedere inmenging in het recht op eerbiediging van het privé- en familielevens een schending uitmaakt van dit

³⁴ EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson/Frankrijk*.

³⁵ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee/Frankrijk*.

³⁶ EHRM 21 juli 2016, nr. 9063/14 en 10410/14, *Foulon en Bouvet/Frankrijk*.

³⁷ EHRM 19 januari 2017, nr. 44024, *Laborie/Frankrijk*.

³⁸ EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 3.

³⁹ Cf. *supra* randnr.'s 11-12.

⁴⁰ EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 63.

⁴¹ *Ibid.*, *Italië*, §§ 67-69.

⁴² Zie ook: EHRM 8 juli 2015, nr. 29176/13, *D. en anderen/België*, § 49.

⁴³ EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 71.

artikel, tenzij de inmenging (1) voorzien is bij wet, (2) één of meerdere legitieme doelen nastreeft én (3) noodzakelijk is in een democratische samenleving.

25. Toegepast op de feiten in deze zaak oordeelde het EHRM vooreerst dat de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders, voorzien was bij wet. De Italiaanse wetgeving voorzag immers in de mogelijkheid om een kind, in staat van verlatenheid, te plaatsen in een opvangtehuis of pleeggezin met het oog op adoptie.⁴⁴ Zoals hierboven reeds opgemerkt, bevindt een kind zich in een staat van verlatenheid wanneer het geen emotionele en materiële steun van zijn ouders ontvangt. *In casu* bestond geen twijfel over de vraag of het kind voldoende werd ondersteund. Het sociaal onderzoek had dit immers aangetoond.⁴⁵ Wel bestond onduidelijkheid over de vraag of het kind wel ouders, in de juridische betekenis van het woord, had. Hoewel de wensouders in het bezit waren van een formeel geldige Russische geboorteakte, benadrukte het EHRM dat Italië het recht had om de inhoud van de buitenlandse geboorteakte te controleren. Het apostille attesteert immers louter de formele geldigheid en zegt niets over de inhoud van het document. Aangezien er in geannoteerde zaak een grensoverschrijdend element aanwezig was, besloten de Italiaanse autoriteiten om de aan- of afwezigheid van een afstammingsband langs vaderszijde te onderzoeken volgens het recht aangewezen door de nationale IPR regels.⁴⁶ Conform de Italiaanse IPR regels wordt de afstamming bepaald door het nationaal recht van het kind op het ogenblik van de geboorte.⁴⁷ Vermits het kind het resultaat was van een bevruchting tussen een anonieme zaad- en eicel, kwamen de Italiaanse autoriteiten tot het besluit dat de nationaliteit van het kind niet kon worden vastgesteld. Het kind droeg niet de Russische nationaliteit aangezien de Russische draagmoeder haar rechten bij de geboorte had afgestaan aan de wensouders en de loutere geboorte op het grondgebied van de Russische federatie niet volstaat voor het verkrijgen van de Russische nationaliteit. Het kind was ook niet in het bezit van de Italiaanse nationaliteit aangezien het verbod op draagmoederschap het onmogelijk maakte voor de wensouders om hun band met het kind wettelijk te verankeren. Bijgevolg kwamen de Italiaanse autoriteiten tot het besluit dat het kind zich wel degelijk in een staat van verlatenheid bevond. Interessant aan deze zaak is dat het EHRM zich niet uitspreekt over de technieken die soevereine Staten gebruiken voor het bepalen van het toepasselijk recht in een internationale situatie, maar enkel nagaat of de betrokken Staat, bij toepassing van deze techniek, een billijk evenwicht wist te vinden tussen de belangen van de gemeenschap enerzijds en de belangen van de verzoekers anderzijds.⁴⁸

26. Nadat vaststond dat de beslissing van de Italiaanse autoriteiten om het kind te scheiden van zijn wensouders voorzien was bij wet, onderzocht het EHRM of deze beslissing minstens één legitiem doel nastreefde. Het EHRM aanvaardde dat de plaatsing van het kind was ingegeven vanuit het voorkomen van wanordelijkheden en de bescherming van de rechten en vrijheden van het kind.⁴⁹

27. Tot slot ging het EHRM na of de scheiding van het kind met zijn wensouders noodzakelijk was in een democratische samenleving. Het EHRM was van oordeel dat de Italiaanse autoriteiten niet onredelijk hadden gehandeld wat betreft de strikte toepassing van de nationale wet voor het vaststellen van de afstammingsband tussen het kind en de wensouders en de niet-erkenning van een

⁴⁴ Ibid., § 72.

⁴⁵ Cf. *supra* voetnoot 10.

⁴⁶ Er wordt dus geen melding gemaakt van de vaststelling van de afstamming van moederszijde. Dit is niet zo merkwaardig aangezien Italië, net zoals België, het *mater semper certa est* beginsel hanteert waardoor het onmogelijk is om de wensmoeder als de juridische moeder van het kind te beschouwen.

⁴⁷ Zie: art. 33 Wet inzake het Italiaans Internationaal Privaatrecht van 1995 (Wet nr. 218): “*Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita.*” Voor een correcte vertaling zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 57 en 171: “*The legal parent-child relationship is determined by the national law governing the child at the time of his or her birth*”. Voor een foutieve vertaling zie: EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 72: “*Paternity is determined by the national law of the country in which the child was born*”. (De onderlijningen werden door de auteur aangebracht.)

⁴⁸ Zie ook: EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson/Frankrijk*, § 84.

⁴⁹ EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 73.

in het buitenland rechtsgeldig tot stand gekomen afstammingsband.⁵⁰ Echter, het EHRM achtte het noodzakelijk om na te gaan of de genomen maatregel, *in casu* de scheiding en plaatsing van het kind met het oog op adoptie, wel beschouwd kon worden als zijnde proportioneel. In andere woorden: het EHRM ging na of de Italiaanse autoriteiten wel voldoende rekening hadden gehouden met de belangen van het kind. De Italiaanse autoriteiten achtten een scheiding tussen het kind en zijn wensouders noodzakelijk omdat de biologische ouders van het kind onbekend waren, de draagmoeder het kind bij zijn geboorte had afgestaan en de wensouders de wetgeving inzake adoptie en medisch begeleide voortplanting hadden geschonden waardoor er ernstige twijfels rezen over hun ouderlijke en emotionele vaardigheden. Het EHRM, daarentegen, benadrukte dat de scheiding van een kind met zijn ouders een verregaande maatregel is die slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden uitgesproken. Enkel wanneer een kind zich in een situatie van onmiddellijk gevaar bevindt, kan toepassing worden gemaakt van deze maatregel. Het loutere feit dat Italië een einde wenste te stellen aan de, in zijn ogen, illegale toestand, was voor het EHRM onvoldoende. Het EHRM ging dan ook over tot het vaststellen van een schending van artikel 8 EVRM wat betreft de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders. De veroordeling van Italië door het EHRM betekende evenwel niet dat Italië nu verplicht werd om het kind te herenigen met zijn wensouders. Doordat het kind ondertussen een sterke vertrouwensband had opgebouwd met zijn adoptieouders, oordeelde het EHRM dat een nieuwe scheiding niet in het belang van het kind was.

28. De beslissing van het EHRM van 27 januari 2015 werd in de rechtsleer niet door iedereen op applaus onthaald.⁵¹ Ook de Italiaanse overheid kon zich niet vinden in het arrest en vroeg, op grond van artikel 43 EVRM, de verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer. Het verzoek van Italië werd door de Grote Kamer aanvaard waardoor het EHRM zich opnieuw over de zaak boog.

Beoordeling door de Grote Kamer

29. De Grote Kamer ging, net zoals de Kamer, in eerste instantie na of de relatie tussen de wensouders en het kind onder de notie familie- en/of privéleven vervat in artikel 8 EVRM viel. In tegenstelling tot de Kamer, kwam de Grote Kamer tot het besluit dat er *in casu* niet voldaan was aan de voorwaarden om te kunnen spreken van een familieleven. De aanwezigheid van een ouderlijk project en het bestaan van een sterke emotionele band tussen de wensouders en het betrokken kind, ontwikkeld gedurende de eerste belangrijke levensfase van het kind, waren in de ogen van de Grote Kamer onvoldoende. Het feit dat er geen biologische band bestond tussen (één van) de wensouders(s) en het betrokken kind, dat de wensouders slechts zes maanden hadden samengewoond met het kind en dat ze zich bewust hadden moeten zijn van de moeilijkheden op juridisch vlak om de erkenning van hun (in het buitenland tot stand gebrachte) afstammingsband te bekomen, bracht de Grote Kamer ertoe om te besluiten dat de relatie tussen de wensouders en het kind niet onder de notie familieleven viel.⁵² Echter, rekening houdend met de oprechte intenties van de wensouders om in te staan voor de opvoeding van een kind, het recht van mensen om zowel hun keuze om kinderen te hebben als hun beslissing om er geen te krijgen, gerespecteerd te zien en het recht van mensen om relaties met anderen op te bouwen, besloot de Grote Kamer dat de feiten in deze zaak wel onder de notie privéleven vielen.⁵³

30. Eenmaal duidelijk dat de relatie tussen de wensouders en het kind beschermd werd door artikel 8 EVRM, ging de Grote Kamer na of Italië een inbreuk had gepleegd op deze bepaling. De Grote Kamer was van mening dat de beslissing van Italië om het kind te scheiden van de wensouders en te plaatsen in een opvangtehuis en later een pleeggezin met het oog op adoptie, een inmenging vormde in hun recht op eerbiediging van hun privéleven. De Grote Kamer herhaalde dat iedere inmenging aanleiding

⁵⁰ Ibid., § 77; *A contraria* EHRM 28 juni 2007, nr. 76240/01, *Wanger en J.M.W.L./Luxemburg*, § 135.

⁵¹ Zie bijv.: G. PUPPINCK en C. DE LA HOUQUE, "Paradiso and Campanelli v. Italy: The ECHR validates the sale of a child through surrogacy", *Revue Lamy Droit Civil* 2015, 41-45. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2605819, geraadpleegd op 19 september 2017)

⁵² EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 157.

⁵³ Ibid., §§ 163-164.

geeft tot een schending van artikel 8 EVRM, tenzij de inmenging (1) voorzien is bij wet, (2) één of meerdere legitieme doelen nastreeft én (3) noodzakelijk is in een democratische samenleving.⁵⁴

31. Rekening houdend met de feiten van deze zaak, kwam de Grote Kamer tot het besluit dat de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders en te plaatsen, voorzien was bij wet. Net zoals de Kamer, wees de Grote Kamer op het belang en de betekenis van het Haags Apostilleverdrag van 1961 en het recht van Staten om de inhoud van buitenlandse documenten te controleren aan de hand van hun nationaal IPR en hun materieel recht. Italië had volgens de Grote Kamer terecht toepassing gemaakt van de Italiaanse adoptiewetgeving en het kind – in overeenstemming met deze wet – geplaatst in een opvangtehuis aangezien hij zich in een staat van verlatenheid bevond.⁵⁵

32. Nadat vaststond dat de beslissing van de Italiaanse autoriteiten om het kind te scheiden van zijn wensouders voorzien was bij wet, onderzocht de Grote Kamer of deze beslissing minstens één legitiem doel nastreefde. De Grote Kamer aanvaardde, net zoals de Kamer, dat de plaatsing van het kind was ingegeven vanuit de wil wanordelijkheden te voorkomen en de rechten en vrijheden van het kind te beschermen. Interessant in deze zaak is dat de Grote Kamer aanvaardde dat de praktijk van Italië om enkel ouder-kind relaties te erkennen wanneer er een biologische band is of wanneer de relatie het gevolg is van een geldig tot stand gekomen adoptie, steunt op een legitiem doel, namelijk het beschermen van kinderen.⁵⁶ Uiteraard moet worden opgemerkt dat de aanwezigheid van één of meerdere legitieme doelen niet voldoende is om een inmenging in het privéleven van de wensouders te rechtvaardigen. De inmenging moet immers ook noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.

33. Om te kunnen antwoorden op de vraag of de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders noodzakelijk was in een democratische samenleving, onderzocht de Grote Kamer drie zaken. Vooreerst ging de Grote Kamer na of Italië *in casu* over een beperkte dan wel ruime appreciatiemarge beschikte. De Grote Kamer besloot dat Italië over een ruime appreciatiemarge beschikte vermits de zaak ethisch gezien bijzonder gevoelig lag. Aangezien noch de identiteit van het kind, noch zijn afstammingsband met zijn biologische ouder aan de orde was, wat wel het geval was in bijv. de *Menesson* zaak, zag de Grote Kamer geen reden om de ruime appreciatiemarge in te beperken. Echter, de Grote Kamer benadrukte dat een ruime appreciatiemarge niet gelijkstaat aan een *carte blanche* voor de betrokken Verdragsstaat.⁵⁷ Vervolgens onderzocht de Grote Kamer of de elementen, in aanmerking genomen door Italië om te besluiten dat het kind gescheiden moest worden van zijn wensouders, relevant en afdoende waren.⁵⁸ De Grote Kamer was van mening dat dit het geval was.⁵⁹ Tot slot nam de Grote Kamer de belangen van de wensouders, het betrokken kind en de samenleving in ogenschouw en ging het na of er *in casu* een billijke belangenafweging had plaatsgevonden. Wat het belang van de samenleving betrof, aanvaardde de Grote Kamer dat de Italiaanse adoptiewetgeving en deze inzake medisch begeleide voortplanting tot doel hadden om kinderen (en vrouwen) te beschermen tegen onrechtmatige praktijken en gebruiken die Italië, vanuit ethisch oogpunt, bijzonder problematisch vindt.⁶⁰ Het belang van het betrokken kind in deze zaak bestond zeer specifiek uit het feit dat hij het recht had om opgevoed te worden door een geschikt koppel. Aangezien de wensouders in strijd hadden gehandeld met de internationale adoptiewetgeving en de Italiaanse wetgeving inzake medisch begeleide voortplanting én er geen biologische band was

⁵⁴ Ibid., §§ 166-167.

⁵⁵ Ibid., §§ 169-174.

⁵⁶ Ibid., §§ 177-178.

⁵⁷ Ibid., §§ 194-195.

⁵⁸ Welke elementen door Italië in aanmerking werden genomen, is terug te vinden in EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, §§ 189-191.

⁵⁹ Ibid., §§ 196-199.

⁶⁰ Ibid., §§ 202-203.

met het kind, konden de wensouders bezwaarlijk worden aanzien als zijnde “geschikt”.⁶¹ Het belang van de wensouders bestond dan weer uit hun recht om hun relatie met het betrokken kind verder te zetten.⁶² De wensouders konden zich *in casu* immers niet beroepen op hun recht tot eerbiediging van hun familieleven aangezien hun relatie met het betrokken kind niet onder de notie familieleven viel. De Grote Kamer hechtte veel belang aan het feit dat de belangen van de samenleving zeer zwaarwichtig waren, dat Italië uitvoerig gemotiveerd had waarom een scheiding noodzakelijk was in het belang van het kind én dat de wensouders hadden gehandeld in strijd met de internationale adoptiewetgeving en de nationale wetgeving inzake medisch begeleide voortplanting.⁶³

34. Uiteindelijk besliste de Grote Kamer dat Italië, door het kind te scheiden van zijn wensouders en te bepalen dat deze maatregel geen onherstelbare schade zou toebrengen aan het kind, een billijke belangenafweging had gemaakt en binnen zijn ruime beoordelingsmarge was gebleven. Italië had artikel 8 EVRM, dat het recht op eerbieding van het privéleven inhoudt, dus niet geschonden.⁶⁴

IV. BELANG VAN DE NOTIE “FAMILIELEVEN”

35. Uit bovenstaande uiteenzetting blijkt zeer duidelijk dat de invulling die wordt gegeven aan de notie familieleven een enorme impact heeft op de bescherming waarop de verzoekers zich kunnen beroepen. Wanneer het EHRM van mening is dat de feiten enkel onder het toepassingsgebied van de notie privéleven van artikel 8 EVRM vallen, is de bescherming die het EHRM biedt tegen een eventueel ongeoorloofde inmenging minder sterk dan wanneer de feiten kunnen worden ondergebracht onder de notie familieleven. Het recht op het in stand houden van een familieleven weegt immers zwaarder door dan het recht om relaties uit te bouwen met anderen. De vraag dringt zich dan ook op welke betekenis het EHRM doorheen de jaren heeft toegekend aan de notie familieleven en wat dit betekent voor wensouders die zich met hun kind, geboren via de tussenkomst van een draagmoeder, willen vestigen in een Verdragsstaat waar draagmoederschap niet geregeld of verboden is.

4.1 Betekenis van de notie “familieleven”

36. Het begrip familieleven wordt niet gedefinieerd in het EVRM maar wordt ingevuld door het EHRM. Het EHRM maakt hierbij gebruik van de dynamische of evolutieve interpretatiemethode. Dit houdt in dat het EHRM o.a. rekening houdt met de evoluerende opvattingen in de samenleving, sociale veranderingen en de vooruitgang in de medische wereld. De betekenis van de notie familieleven bij de totstandkoming van het EVRM in 1950 is dus van ondergeschikt belang.⁶⁵

37. Algemeen wordt aanvaard dat het bestaan van een familieleven, in de zin van artikel 8 EVRM, een feitenkwestie is waarbij de aanwezigheid van dichte persoonlijke banden doorslaggevend is.⁶⁶ Concreet betekent dit dat niet enkel relaties die voortvloeien uit het huwelijk onder de notie familieleven vallen, maar ook bepaalde *de facto* familiebanden.

Kind geboren buiten het huwelijk

38. In het welgekende arrest *Marckx* veroordeelde het EHRM België voor het maken van het (ongeoorloofde) onderscheid tussen wettige en onwettige (of natuurlijke) kinderen. Het EHRM stelde in dit arrest dat de relatie tussen mevrouw Marckx en haar dochter (met wie zij een biologische band had) niet verschilt van deze tussen een gehuwde vrouw en haar kind. Aangezien geen discussie bestond over het feit dat mevrouw Marckx sinds de geboorte beschikte over ouderlijke verantwoordelijkheid en steeds had ingestaan voor de zorg en opvoeding van haar dochter, oordeelde

⁶¹ Ibid., § 206.

⁶² Ibid., § 207.

⁶³ Ibid., §§ 210-211.

⁶⁴ Ibid., §§ 215-216.

⁶⁵ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 192-195.

⁶⁶ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx/België*, § 31 en EHRM 12 juli 2001, nr. 25702/94, *K. en T./Finland*, § 150.

het EHRM dat er *in casu* sprake was van een werkelijk familieleven.⁶⁷ Enkele jaren later verduidelijkte het EHRM dat ook de relatie tussen een ongehuwd koppel en hun (biologische) kinderen die samenwonen onder hetzelfde dak, onder de notie familieleven valt.⁶⁸

39. Uit de arresten *Marckx* en *Johnston* zou kunnen worden afgeleid dat de aanwezigheid van een biologische band met de moeder (en eventueel ook de vader) volstaat om te kunnen spreken van een familieleven. Echter, uit een grondige lezing van de arresten en latere rechtspraak volgt dat dit niet het geval is.⁶⁹ Om aanspraak te kunnen maken op het recht op eerbiediging van het familieleven, moet de biologische ouder aantonen dat hij/zij ook nauwe persoonlijke banden heeft met het betrokken kind.⁷⁰

Kind geboren via draagmoederschap met biologische band wensouder(s)

40. In 2014, sprak het EHRM zich voor de eerste keer uit over het bestaan van een familieleven in de zin van artikel 8 EVRM in dossiers van grensoverschrijdend draagmoederschap. In zowel *Mennesson* als *Labassee* oordeelde het EHRM dat er *in casu* sprake was van een familieleven tussen de verzoekers en de betrokken kinderen aangezien wensouders zich sinds de geboorte van hun kind(eren) hadden gedragen als ouders en hun manier van samenleven niet onderscheiden kon worden van een familieleven in de traditionele betekenis van het woord.⁷¹ In de zaak *D. en anderen* ging het EHRM nog een stap verder en oordeelde het dat de biologische band met één van de wensouders én hun intentie om het kind op te voeden voldoende was om toepassing te maken van artikel 8 EVRM, wat betreft het recht op eerbiediging van het familieleven.⁷² De aanwezigheid van een familieleven tussen de wensouders en een kind geboren via de tussenkomst van een draagmoeder waarbij het kind een biologische band heeft met (minstens één) van de wensouders werd ook bevestigd in de recente arresten *Foulon en Bouvet*⁷³ en *Laborie*⁷⁴. Ook hier speelde het gegeven dat Frankrijk de verzoekers toeliet om een gezinsleven te leiden in Frankrijk een doorslaggevende rol.

Familieleven mogelijk zonder de aanwezigheid van een biologische band met het kind?

41. Hoewel een biologische band vaak aanwezig is tussen de verzoeker en het betrokken kind, is dit niet altijd het geval. Kinderen kunnen door hun biologische ouder(s) worden afgestaan voor adoptie, de nieuwe partner van de vrouw die het kind ter wereld bracht, kan zich geroepen voelen om in te staan voor de opvoeding van het kind, etc. Sinds jaar en dag aanvaardt het EHRM dat de relatie tussen de adoptieouder(s) en het geadopteerde kind, valt onder de notie familieleven in de zin van artikel 8 EVRM.⁷⁵ Uit het arrest *Wagner* volgt bovendien dat de totstandkoming van de relatie in strijd met de nationale wetgeving geen onoverkomelijk obstakel vormt om de aanwezigheid van een *de facto* familieleven vast te stellen. Het feit dat verzoekster reeds tien jaar een feitelijk gezin vormde met haar adoptie dochter, volstond voor het EHRM.⁷⁶

⁶⁷ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx/België*, § 31. Uit het arrest *Marckx* blijkt ook dat de relatie tussen naaste familieleden, zoals deze tussen grootouders en kleinkinderen, onder de notie familieleven valt (§ 45). Het bestaan van een familieleven tussen een nonkel en neef werd door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna “ECRM”) bevestigd in de zaak *Boyle/Verenigd Koninkrijk* (§ 45).

⁶⁸ EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82, *Johnston en anderen/Ierland*, § 56 en 72.

⁶⁹ Zie bijv. EHRM 8 februari 1993, nr. 16944/90, *J.R.M./Nederland*, § 1;

⁷⁰ Zie ook: E. FARNOS AMOROS, “Biology-based systems of parentage and safety valves protecting social parenting” in M. GANZALEZ PASCUAL en A. TORRES PÉREZ (eds.), *The Right to Family Life in the European Union*, Londen, Routledge, 2017, 117 en 122.

⁷¹ EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson/Frankrijk*, § 45 en EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee/Frankrijk*, § 37.

⁷² EHRM 8 juli 2014, nr. 29176/13, *D. en anderen/België*, § 49.

⁷³ EHRM 21 juli 2016, nr. 9063/14 en 10410/14, *Foulon en Bouvet/Frankrijk*.

⁷⁴ EHRM 19 januari 2017, nr. 44024, *Laborie/Frankrijk*.

⁷⁵ ECRM 10 juli 1975, nr. 6482/74, *X/België en Nederland*; ECRM 5 oktober 1992, nr. 9993/82, *X/Frankrijk* en EHRM 28 juni 2007, nr. 76240/01, *Wagner en J.M.W.L./Luxemburg*, § 117.

⁷⁶ Zie ook: G. PUPPINCK en C. DE LA HOUQUE, “Surrogacy: general interest can prevail upon the desire to become parents – about the *Paradiso and Campanelli v. Italy* Grand Chamber judgment of 24th January 2017”, *Revue Lamy Droit Civil* 2017, 3. (<https://eclj.org/surrogacy/echr/paradiso-et-campanelli-c-italie--lintrt-gnral-peut-primer-le-dsir-de-parentalit>, geraadpleegd op 22 september 2017)

42. Niet alleen de relatie tussen een adoptieouder en zijn/haar adoptiekind valt onder artikel 8 EVRM, ook de band tussen een pleegouder en zijn/haar pleegkind kan onder de notie familielevens vallen. In verschillende arresten heeft het EHRM aanvaard dat de relatie tussen (een) pleegouder(s) en een pleegkind beschouwd kan worden als een familieleven. De integratie van het pleegkind in het pleeggezin, de aanwezigheid van een sterke vertrouwensband, de duur van het verblijf in het pleeggezin en de oprechte intenties van de pleegouders om voor het kind te zorgen, kunnen ertoe leiden dat er *in casu* sprake is van een familieleven in de zin van artikel 8 EVRM.⁷⁷

43. De vooruitgang in de medische wereld maakt het ook mogelijk voor mensen om hun verlangen om een kind groot te brengen, vervuld te zien zonder zich te beroepen op adoptie of pleegzorg. Zo is kunstmatige inseminatie met eigen en/of gedoneerde gameten in heel wat landen toegestaan en is de tussenkomst van een draagmoeder in een aantal Staten wettelijk geregeld. Reeds in 1997 moest het EHRM zich uitspreken over de aan- of afwezigheid van een familieleven tussen een vrouw die een geslachtsoperatie had ondergaan en het kind dat hij samen met zijn vrouwelijke partner opvoedde. In deze zaak besliste het EHRM dat de relatie tussen een transseksueel en zijn kind geboren via kunstmatige inseminatie met donorzaad onder de notie familielevens viel. Aangezien de verzoeker reeds jaren samenwoonde met de moeder van het kind, het koppel samen de nodige stappen had gezet om zwanger te kunnen worden en hij zich sinds de geboorte van het kind had gedragen als de vader van het kind, oordeelde het EHRM dat er *in casu* sprake was van een familieleven.⁷⁸

44. Uit de hierboven aangehaalde rechtspraak van het EHRM blijkt zeer duidelijk dat de aanwezigheid van een biologische band geen absolute vereiste is om te kunnen spreken over een familieleven in de zin van artikel 8 EVRM. Het EHRM verwacht immers niet alleen dat een biologische band wordt aangevuld met nauwe persoonlijke banden, de afwezigheid ervan kan zelfs worden opgevangen door de daadwerkelijke betrokkenheid van de verzoeker in het leven van het betrokken kind. Het is net op dit punt dat de zaak *Paradiso en Campanelli* merkwaardig is: de aanwezigheid van een ouderlijk project en het bestaan van een sterke emotionele band tussen de wensouders en het betrokken kind, ontwikkeld gedurende de eerste belangrijke levensfase van het kind, is onvoldoende om te besluiten tot het bestaan van een familieleven wanneer er geen biologische band is met (ten minste) één van de wensouder(s), de wensouders hebben gehandeld in strijd met de internationale adoptiewetgeving en de nationale wetgeving inzake medisch begeleide voortplanting én de periode van samenzijn beperkt was in tijd.⁷⁹

4.2 Betekenis van de notie “familielevens” in dossiers van (grensoverschrijdend) draagmoederschap

45. In tegenstelling tot de Kamer, oordeelde de Grote Kamer in geannoteerd arrest dat de relatie tussen de wensouders en het betrokken kind niet gekwalificeerd kon worden als familieleven in de zin van artikel 8 EVRM. Met deze beslissing gaf het EHRM een belangrijk signaal en riep het de steeds ruimere invulling van de notie familielevens (voorlopig) een halt toe. De stelling dat artikel 8 EVRM Verdragsstaten de verplichting oplegt om het *de facto* familielevens tussen (wens)ouders en hun kind(eren) te eerbieden ongeacht de aan- of afwezigheid van een biologische band⁸⁰, kan dus niet langer worden verdedigd. Enkel wanneer er tussen het betrokken kind en (minstens één van) de wensouder(s) een biologische band is én partijen samenleven op een manier die niet onderscheiden kan worden van een familieleven in de traditionele betekenis van het woord of de wensouders minstens de intentie hebben om de zorg van het kind op zich te nemen, kunnen de wensouders (en

⁷⁷ EHRM 20 mei 2010, nr. 16318/07, *Moretti en Benedetti/Italië*, § 48-52 en EHRM 17 januari 2012, nr. 1598/06, *Kopf en Liberda/Oostenrijk*, § 37.

⁷⁸ EHRM 22 april 1997, nr. 21830/93, *X, Y en Z/Verenigd Koninkrijk*, §§ 36-37.

⁷⁹ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 157.

⁸⁰ Zie bijv. G. CANO PALOMARES, “Right to family life and access to medically assisted procreation in the case law of the European Court of Human Rights” in M. GANZALEZ PASCUAL en A. TORRES PÉREZ (eds.), *The Right to Family Life in the European Union*, Londen, Routledge, 2017, 109.

het kind) zich beroepen op het recht op eerbiediging van hun familielevens. Van zodra er geen biologische band is tussen het kind en (minstens één van) zijn wensouder(s) én de betrokken Verdragsstaat de totstandkoming van een familielevens verhindert, vervalt deze bescherming en kan hoogstens toepassing worden gemaakt van het recht op eerbiediging van het privéleven.

46. De aandachtige lezer heeft ongetwijfeld opgemerkt dat de beslissing van de Russische fertiliteitskliniek om geen gebruik te maken van de zaadcellen van de Italiaanse wensvader, zware gevolgen heeft. Uit de rechtspraak van het EHRM in de zaken *Mennesson, Labassee* en *D. en anderen* kan immers worden afgeleid dat de aanwezigheid van een biologische band meer bescherming had geboden tegen de inmenging door Italië. De aanwezigheid van een biologische band, het feit dat de ouders zich steeds hebben gedragen als de ouders van het kind en het gegeven dat ze de eerste belangrijke levensfase van het kind hebben gedeeld, zou het EHRM ertoe kunnen hebben gebracht om tot de aanwezigheid van een familielevens te besluiten. Het feit dat de wensouders de internationale adoptiewetgeving en nationale wetgeving inzake medisch begeleide voortplanting hebben omzeild, blijft weliswaar, maar deze elementen zijn niet doorslaggevend om te kunnen bepalen of er *in casu* al dan niet sprake is van een familielevens.

V. BELANG VAN DE NOTIE “PRIVÉLEVEN”

5.1 Recht om biologische ouder te worden en op toegang tot medisch begeleide voortplantingstechnieken in het buitenland

47. De vraag blijft echter of onderdanen van een Verdragsstaat waar een nationaal verbod op draagmoederschap geldt, het recht hebben om zich naar het buitenland te begeven om er zich te beroepen op een draagmoeder met het oog op het vervullen van hun kindervens. Om een antwoord te kunnen formuleren op deze vraag, is het van belang na te gaan of het EVRM het recht om (biologisch) ouder te worden, erkent en garandeert.

48. In lijn met eerdere rechtspraak benadrukt het EHRM in geannoteerde zaak dat artikel 8 EVRM geen recht inhoudt om een gezin te stichten, noch het recht om te adopteren.⁸¹ Een onvruchtbaar koppel of individu kan zich dus niet beroepen op het EVRM om bijv. een adoptiekind af te dwingen.⁸² Echter, de opvatting van het EHRM dat er geen universeel recht is tot het uitbouwen van een gezin betekent niet dat individuen geen recht hebben op bescherming van hun beslissing om al dan niet ouder te worden. In de zaak *Evans* aanvaardde het EHRM immers, voor de eerste maal, dat het recht op eerbiediging van de beslissing om een biologische ouder te worden, vervat ligt in de notie privéleven van artikel 8 EVRM.⁸³ In latere rechtspraak ging het EHRM nog een stap verder en oordeelde het dat het recht op eerbiediging van de beslissing om een biologische ouder te worden, tevens een recht op toegang tot medisch begeleide voortplantingstechnieken inhoudt.⁸⁴ In de zaak *S.H. en anderen* rees de vraag of Oostenrijk verplicht kon worden tot het legaliseren en reguleren van heterologe kunstmatige inseminatie.⁸⁵ Het EHRM was van mening dat het verbod van Oostenrijk op heterologe kunstmatige inseminatie geen schending inhield van artikel 8 EVRM aangezien homologe kunstmatige inseminatie wettelijk geregeld was en het koppels vrijstond om zich naar het buitenland te begeven en er zich te beroepen op technieken die in Oostenrijk bij wet werden verboden.⁸⁶ Het belang van deze zaak zit echter in de conclusie die het EHRM op het einde maakt. Door te verwijzen naar de ontwikkelingen in de samenleving en de wetenschap en het feit dat wetgeving evolueert doorheen de tijd, maakt het

⁸¹ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 141.

⁸² Zie bijv. EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, *E.B./Frankrijk*, § 41.

⁸³ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, *Evans/Verenigd Koninkrijk*, § 72.

⁸⁴ EHRM 4 december 2007, nr. 44362/04, *Dickson/Verenigd Koninkrijk*, § 66 en EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, *S.H. en anderen/Oostenrijk*, § 78.

⁸⁵ Bij heterologe kunstmatige inseminatie wordt gebruik gemaakt van gedoneerde ei- en/of zaadcellen. Bij homologe kunstmatige inseminatie daarentegen worden de eicellen van de vrouw geïnsemineerd met zaadcellen van haar mannelijke partner waardoor het kind biologisch verwant is met zowel de moeder als de vader.

⁸⁶ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, *S.H. en anderen/Oostenrijk*, § 114.

EHRM duidelijk dat van Verdragsstaten verwacht wordt dat ze hun nationale praktijken en wetgevingen aanpassen. Het is niet omdat een verbod op heterologe kunstmatige inseminatie in 2011 geen schending uitmaakt van artikel 8 EVRM dat dit de toekomst nog steeds zo zal zijn. Van zodra er op niveau van de Raad van Europa een consensus kan worden vastgesteld, verliezen de Verdragsstaten hun ruime beoordelingsmarge, ook wanneer het gaat om zaken die ethisch gezien bijzonder gevoelig liggen.⁸⁷

5.2 Recht op toegang tot draagmoeder in het buitenland?

49. Aangezien het EHRM het recht op toegang tot medisch begeleide voortplantingstechnieken beschouwt als onderdeel van het recht op eerbiediging van het privéleven, rijst de vraag of Verdragsstaten verplicht kunnen worden tot het legaliseren en reguleren van draagmoederschap op hun grondgebied en/of ze gedwongen kunnen worden om de in het buitenland tot stand gebrachte afstammingsbanden te erkennen. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat in thema's die ethisch en moreel gezien gevoelig liggen, Staten in beginsel een ruime beoordelingsmarge hebben. Echter, deze ruime beoordelingsmarge is niet absoluut.

50. Uit het arrest *Mennesson* blijkt dat er op het vlak van draagmoederschap geen consensus bestaat binnen de Staten van de Raad van Europa.⁸⁸ Zo bestaat er geen eensgezindheid over de wettigheid van draagmoederschapsovereenkomsten, noch over de juridische waarde van de in het buitenland gecreëerde afstammingsbanden tussen de wensouder(s) en het kind geboren via de tussenkomst van een draagmoeder. Bijgevolg staat het de Verdragspartijen vandaag de dag vrij om zelf te beslissen of ze draagmoederschap toestaan in hun nationale wetgeving. Wat de erkenning van in het buitenland rechtmatig tot stand gekomen afstammingsbanden betreft, beschikken Staten over iets minder beoordelingsmarge wanneer een belangrijk facet van het bestaan of de identiteit van een individu in het gedrang is.⁸⁹ Dit is het geval wanneer het kind een biologische band blijkt te hebben met (minstens één van) de wensouder(s), bijv. de wensvader. In dat geval weegt het recht van het kind om zijn biologisch verwantschap juridisch erkend te zien, zwaarder door dan het belang van de samenleving en verliest de betrokken Staat zijn recht om geen gevolgen toe te kennen aan (grensoverschrijdend) draagmoederschap. Uit het geannoteerde arrest blijkt duidelijk dat de aanwezigheid van een biologische band een noodzakelijke vereiste is om het belang van de samenleving buiten spel te kunnen zetten. In *Paradiso en Campanelli* behield Italië zijn ruime beoordelingsmarge aangezien het recht van het kind om de details van zijn/haar biologische identiteit juridisch erkend te zien, niet kon worden ingeroepen.⁹⁰

VI. BESLUIT

51. De afwezigheid van een Europese consensus over draagmoederschap zorgt ervoor dat Verdragsstaten tot op heden bijzonder vrij kunnen beslissen over hoe ze hiermee omgaan. Sommige landen hebben ervoor gekozen om draagmoederschap expliciet te verbieden, anderen kozen er dan weer voor om de tussenkomst van een draagmoeder te verankeren in nationale wetgeving. Het gevolg hiervan is dat koppels en individuen zich over de grenzen heen gaan verplaatsen om hun kinderwens vervuld te zien. In het geannoteerde arrest werd de Grote Kamer van het EHRM geconfronteerd met de vraag of de beslissing van Italië om (1) de Russische geboortakte opgemaakt na grensoverschrijdend draagmoederschap niet te erkennen en (2) het kind te scheiden van zijn wensouders een schending uitmaakte van artikel 8 EVRM. De Grote Kamer werd gevraagd uitspraak te doen in deze zaak nadat een Kamer van het EHRM eerder had geoordeeld dat de eerste vordering onontvankelijk was en de beslissing van Italië om het kind te plaatsen in een opvangtehuis en later in een pleeggezin met het oog op adoptie een schending uitmaakte van artikel 8 EVRM.

⁸⁷ Ibid., § 118.

⁸⁸ EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson/Frankrijk*, §§ 40-42.

⁸⁹ Ibid., § 80.

⁹⁰ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 195.

52. De Grote Kamer onderzocht in eerste instantie of de feiten van de zaak onder de notie “familieleven” in de zin van artikel 8 EVRM konden worden gebracht. In tegenstelling tot de Kamer, besloot de Grote Kamer dat er *in casu* geen sprake was van een familieleven en dat verzoekers zich enkel konden beroepen op het recht op eerbiediging van hun privéleven. Aangezien de belangen van de samenleving *in casu* zwaar doorwogen en het recht op eerbiediging van het privéleven minder bescherming biedt dan het recht op eerbiediging van het privéleven, kwam de Grote Kamer tot het besluit dat de beslissing van Italië om het kind te scheiden van verzoekers geen schending uitmaakte van artikel 8 EVRM.

53. Hoewel de vordering met betrekking tot de niet-erkenning van de Russische geboorteakte onontvankelijk werd verklaard, geeft het geannoteerde arrest ons toch een aantal belangrijke inzichten. Vooreerst aanvaardt de Grote Kamer de toepassing van de conflictenrechtelijke controle in het IPR. Het kind in deze zaak werd immers maar beschikbaar gesteld voor adoptie eenmaal duidelijk was dat het geen ouders had op basis van de Italiaanse wetgeving inzake afstamming. Daarnaast blijkt duidelijk uit het geannoteerde arrest dat het EHRM Verdragsstaten (nog) niet verplicht om draagmoederschap te legaliseren en/of reguleren, noch om de in het buitenland tot stand gebrachte afstammingsband tussen het kind en de wensouders te erkennen wanneer er geen biologische band is met minstens één van de wensouders én de betrokken Verdragsstaat maatregelen heeft genomen om de totstandkoming van nauwe persoonlijke banden te verhinderen. Concreet betekent dit dus dat onderdanen van een Verdragsstaat waar draagmoederschap niet toegelaten is of niet gereguleerd is, zich kunnen beroepen op een draagmoeder in het buitenland maar dat zij de erkenning van de in het buitenland tot stand gebrachte afstammingsband(en) enkel kunnen afdwingen wanneer zij kunnen aantonen dat het kind met minstens één van de wensouders biologisch verwant is én er sprake is van een *de facto* gezinsleven. Het is echter maar de vraag of de discussie rond (grensoverschrijdend) draagmoederschap hiermee definitief beslecht is. Aangezien het EHRM steeds rekening houdt met de evoluerende opvattingen in de samenleving, sociale veranderingen, de vooruitgang in de medische wereld en de omstandigheden eigen aan iedere zaak, is de kans groot dat het laatste woord hierover nog niet gezegd is.