

VU Research Portal

Klankbord of motor der verandering?

Cammu, Nola; Vonk, Machteld

published in

NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten
2021

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Cammu, N., & Vonk, M. (2021). Klankbord of motor der verandering? De rol van het EHRM in de erkenning van 'niet(?)-traditionele' gezinsvormen. *NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten*, 46(4), 384-397. [2021/30]. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00DA2E39&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

KLANKBORD OF MOTOR DER VERANDERING? DE ROL VAN HET EHRM IN DE ERKENNING VAN ‘NIET(?) -TRADITIONELE’ GEZINSVORMEN

Nola Cammu & Machteld Vonk

Dr. N. Cammu is als universitair docent verbonden aan de afdeling privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Dr. M.J. Vonk is als universitair hoofddocent verbonden aan afdeling privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

Samenvatting | Het in artikel 8 EVRM vervatte recht op bescherming van het privé- en gezinsleven staat in een onduidelijke verhouding tot de (afwezigheid van) juridische bescherming van niet-traditionele gezinnen. In dit artikel beargumenteren wij dat gangbare niet-traditionele gezinnen ten gevolge van gewijzigde en emancipatorische regelgeving het discours van ‘traditionaliteit’ hebben bereikt, waardoor dit concept herziening behoeft. Vervolgens kaderen wij onze (her)invulling van het concept: niet-traditionele gezinsvormen in de ambigue houding van het Hof om het gewijzigd maatschappelijk draagvlak voor ouderschap in diens rechtspraak te spiegelen (klankbordfunctie), of mee vorm te geven (sturende functie). Ten slotte stellen wij enkele vervolgvragen over de al dan niet juridische erkenning van meer dan twee ouderschapsfiguren, in het licht van de rechtspraak van het EHRM en de potentiële ‘spiegelende’ en ‘sturende’ functie die het Hof daarmee vervult.

Trefwoorden | [EVRM, Ouderschap, meerouderschap, draagmoederschap, LHBT]

1 Inleiding

[pg. 384] Sinds het mijlpaalarrest *Marxck* in 1979¹, dat het einde inluidde van de wettelijke discriminatie tussen kinderen geboren uit gehuwde en ongehuwde ouders, heeft het familierecht zich verder ontwikkeld buiten de grenzen van het ‘traditioneel’ (biologisch) ouderschap en het huwelijk. Medische ontwikkelingen op het vlak van artificiële reproductieve technieken, gewijzigde maatschappelijke opvattingen rondom ouderschap en verder doorgevoerde LHBT-emancipatie en -regelgeving binnen Europa hebben deze ontwikkelingen mede vorm gegeven. Door de jaren heen is (de interpretatie van) het EVRM ook onderhevig geweest aan veranderingen, en deze veranderingen zijn sprekend voor de ontwikkeling van dominante opvattingen rond familie en ouderschap. Het EVRM en bijhorende EHRM rechtspraak reflecteert niet alleen op de ‘modernisering’ die heeft plaatsgevonden (klankbordfunctie), maar is tegelijkertijd ook een motor voor verandering (sturende functie). In deze bijdrage ligt de focus op de vraag wat de ontwikkelingen op grond van 8 EVRM en de rechtspraak van het Hof op het gebied van ‘niet(?) -traditioneel ouderschap’ kunnen betekenen voor de juridische erkenning van meerouderschap in Nederland, en eventueel voor het Hof zelf. We zullen eerst een uiteenzetting geven van ons begrip van niet(?) -traditionele gezinsvormen, alvorens over te gaan op de gepercipieerde rol van artikel 8 EVRM en de manier waarop de rechtspraak van het Hof op dit gebied geëvolueerd is. Ten slotte stellen wij enkele vragen omtrent de juridische erkenning van meer dan twee ouders [pg. 385] binnen het kader van (intentioneel) meerouderschap; een vraagstuk waarvan wij vermoeden dat de relevantie in toekomstige nationale en Europese wetgeving en rechtspraak zal toenemen.

¹ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*).

2 De erkenning van niet(?)-traditionele gezinsvormen in Nederland

De focus in deze bijdrage ligt op niet(?)-traditionele gezinnen, maar wat verstaan we daaronder? Er zijn meerdere termen in omloop om niet(?)-traditionele gezinnen te beschrijven, zoals ‘alternatieve gezinnen/of ouderschap’ (*alternative parenting*), ‘nieuwe’ gezinnen (*new family forms*), of ‘moderne gezinnen’ (*modern families*). Deze termen hebben allen hun voordelen en beperkingen. Wij beseffen dat door de term ‘niet(?)-traditionele gezinnen’ in gebruik te nemen wij de discoursen rondom (traditioneel versus niet(?)-traditioneel) ouderschap mede vorm geven en sturen, maar wij gebruiken de term, zij het met enige terughoudendheid, wegens gebrek aan een beter alternatief.

Het is niet altijd duidelijk wat er precies onder ‘niet(?)-traditioneel gezin’ valt. Het is makkelijker om het ‘traditionele gezin’ te beschrijven: een gezin bestaande uit een man en vrouw (bij voorkeur gehuwd) die samen biologisch/genetische kinderen hebben en deze kinderen samen opvoeden in een monogaam, duurzaam samenlevingsverband. Als dit gezin het uithangbord is van het ‘traditionele gezin’, zijn er al snel heel wat gezinnen die buiten de boot vallen; zoals eenoudergezinnen en nieuw-samengestelde gezinnen of (plus-ouder)gezinnen na scheiding of separatie door de ouders. Onder niet(?)-traditionele gezinnen vallen gangbaar ook gezinnen met twee vaders, twee moeders, of transouders (LHBT-ouderschap), gezinnen waarbij kinderen ter wereld komen via artificiële reproductieve technieken zoals donorschap of draagmoederschap. In deze gevallen zijn er in principe meer dan twee partijen betrokken (bijvoorbeeld een donor of draagmoeder en/of eiceldonor) bij de totstandkoming van het ouderschap. De fragmentatie van ouderschap in genetische, biologische, intentionele, sociale en juridische componenten wordt ook aangeduid als ‘meerouderschap’. Hieronder vallen dus ook sociale ouderschapspraktijken met meer dan twee ouders (bv. zorgouders, plus-ouders, of biologisch en/of intentionele mee-ouders).

Wij beargumenteren dat veel van deze ouderschapspraktijken en fragmentatievormen van ouderschap reeds juridisch erkend worden (of dat binnenkort zullen zijn) in Nederland (zij het binnen het twee-ouder model) waardoor aan het bestaansrecht en gebruik van de term ‘niet(?)-traditionele gezinnen’ wordt ingeboet. Zo is er inmiddels een juridisch kader voor donorschap (wat procedures, afstamming en recht op afstammingsgegevens betreft), en wetgeving voor LHBT-ouderschap (huwelijksrecht sinds 2001, binnen- en buitenlands adoptierecht (sinds respectievelijk 2001 en 2009)) en ouderschap van rechtswege voor vrouwenparen (sinds 2014).² Ook worden draagmoederschap (dat al enige jaren deel uitmaakt van de sociale-juridische praktijk) en deelgezag (om zorgouders te erkennen in hun opvoederschap) mogelijk binnenkort [pg. 386] wettelijk verankerd.³ Veel van deze situaties zijn reeds besproken voor het Hof, en bevinden zich inmiddels in de sfeer van ‘traditionaliteit’ omdat ze (gedeeltelijk of grotendeels) juridisch en maatschappelijk genormaliseerd zijn. Dit is (nog) niet het geval voor intentionele meerouderschap situaties waarbij drie of vier ouders voor de conceptie van een kind beslissen om samen een kind op te wereld te zetten. Dit kan

² Zie o.a. Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk); Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie (Wet lesbisch ouderschap).

³ Conceptwetsvoorstel *Kind, draagmoederschap en afstamming*, consultatie 24 april 2020 – 22 mei 2020; <https://www.internetconsultatie.nl/kinddraagmoederschapenafstamming>; het conceptwetsvoorstel *Deelgezag* consultatie 24 april 2020-24 mei 2020: <https://www.internetconsultatie.nl/deelgezag>. De Raad van State heeft over beide wetsvoorstellen advies uitgebracht, maar de betreffende adviezen zijn nog niet gepubliceerd: Advies Wet Kind, draagmoederschap en afstamming (kenmerk W16.20.0469/II) vastgesteld op 2 juni 2021; en Advies Deelgezag (kenmerk W16.200490/II) vastgesteld op 10 maart 2021.

plaatsvinden in de context van polyamorie⁴ of naar aanleiding van een gezamenlijk ‘ouderschapproject’ tussen een vrouwenpaar met een donor of een mannenpaar met een draagmoeder (drie ouderschap), een vrouwen-of mannenpaar (vier ouderschap).⁵

De (recentere) discussie omtrent de laatstgenoemde vorm van meerouderschap, die momenteel politiek en juridisch voorligt in meerdere Europese landen,⁶ toont dat ouderschap zich niet altijd laat kenmerken door dualiteit (maximaal twee ouders) en relationaliteit (ouders die in een romantisch-affectieve relatie tot elkaar staan). Ondanks dat er over juridische erkenning (met afstammingsmogelijkheden en/of gezag) voor meer dan twee ouders hevig wordt gedebatteerd binnen Europa, blijft deze regelgeving in de meeste Europese landen, waaronder Nederland, uit.⁷ Dit brengt vanzelfsprekend de vraag met zich mee naar de grenzen en draagwijdte van de erkenning van niet(?)-traditionele familiebanden⁸ en welke rol het EVRM en de rechtspraak van het Hof bij verdere erkenning van deze familiebanden kunnen spelen. Meerouderschap wordt niet expliciet genoemd in de rechtspraak van het Hof.⁹ Wat de sociale praktijken van [pg. 387] intentioneel meerouderschap betreft, waarbij drie of vier volwassenen voorafgaand aan de conceptie van een kind beslissen dat zij samen een ouderrol willen vervullen,¹⁰ is het niet duidelijk hoe het EVRM en de rechtspraak van het Hof zich tot zulke ouderschapsconstructies verhouden. Het Hof kleurt het begrip vaderschap bijvoorbeeld wel in met het ‘nieuwsoortig’ aspect van ‘zorg’ (sociaal ouderschap), maar blijft niettemin trouw aan ‘conventionele’ interpretaties van vaderschap gestoeld op biologie, de genetische band tussen vader en kind en de aanwezigheid van een (heteronormatieve) (huwelijks)relatie tussen de ouders.¹¹ Niet duidelijk binnen dit toenemend juridisch discours van symbolische genealogie is het belang van het kind in meerouderschapskwesties; met name wanneer er effectief sprake is van meerdere betrokken ouderschapsfiguren. Niet zelden identificeert een

⁴ Zie bijvoorbeeld het recente boek van I. Jenkins, *Three dads and a baby: Adventures in modern parenting*, New Jersey: Cleis Press 2021.

⁵ Zie bijvoorbeeld S. Coster, *De wens en de vaders*, Uitgeverij Veen 2012.

⁶ Zie o.a.: voor Nederland: *Kind en Ouders in de 21ste Eeuw: Rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap*, Den Haag: Xerox/OBT, 2016, p. 637; Ministerie van Veiligheid en Justitie: Kamerbrief van 7 december 2016 met Kabinetsreactie op rapport 'Kind en ouders in de 21e eeuw'; Wetsvoorstel Deelgezag (consultatieversie) van 24 april 2020, <https://www.internetconsultatie.nl/deelgezag>; voor Frankrijk: I. Théry & A.-M. Leroyer (red.), *Filiation, origines, parentalité : Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris: Odile Jacob, 2014, 135-36, p. 143; voor Duitsland: Ministerie van Justitie en Consumentenbescherming, *Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht: Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, Köln: Bundesanzeiger, 2017; A. Sanders, *Meherelternschaft, Ius Privatum 227*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018.

⁷ M.J. Vonk, ‘One, two or three parents? Lesbian co-mothers and a known donor with “family life” under Dutch law’, *International Journal of Law, Policy, and the Family* (18) 2004, afl. 1, p. 103–117; M.J. Vonk, ‘Zijn alle gezinnen gelijk? Een nadere analyse van de voorstellen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap over de juridische verankering van het meerouderschap’, *Ars Aequi* 2017; N. Cammu, ‘Intent to parent is what makes a parent? A comparative analysis of the role of intent in multi-parenthood recognition’, *Canadian Journal of Family Law* 2019, 32(2), p. 281-322. Zie evenwel wat Nederland betreft, de recente voorstellen met betrekking tot deelgezag, hetgeen kan leiden tot een de facto situatie van meeroudergezag via een de jure fragmentatie (delegatie) van ouderlijk gezag tot maximum 2 gezagdragers en 2 deelgezagdragers: Kamerstukken II 2018/19, 33836, nr. 45; Concept Memorie van Toelichting Wet Deelgezag, consultatieversie 2020.

⁸ A. Gross, ‘The Burden of Conjugalit’, in: E. Brems (red.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 266-273; P. Vlaardingebroek, ‘Het afstammingsrecht in de 21ste eeuw, beschouwd vanuit een mensenrechtelijk perspectief’, *NTM/NJCM-Bull.* 2018/5, p. 87-98.

⁹ I. Boone, ‘Van Co-Ouderschap naar Intentioneel Meerouderschap’ in: I. Boone, I. en C. Declerck (red.), *Actualia Familierecht: Co-ouderschap Vandaag en Morgen*, Brugge: Die Keure 2017, p. 99.

¹⁰ Zie o.a. C. Dietz & J. Wallbank ‘“Square peg, round hole?”: The legal regulation of Plus-Two-Parent Families’, in: B. Nicola and M. Daniel (red.), *From Civil Partnership to Same-Sex Marriage: Interdisciplinary Reflections*, New York: Routledge 2005, p. 167–182.

¹¹ A. Margaria, *The construction of fatherhood: the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 155-164.

derde en/of vierde ouder zich namelijk niet als zaaddonor of draagmoeder – bekende casuïstiek voor het Hof – maar als ‘ouder’.¹² Meerouderschap wordt ook hevig bediscussieerd binnen het publieke discours, maar het belang van het kind wordt op verschillende manieren door voor- en tegenstanders van meerouderschap ingevuld.¹³ Het Hof heeft algemeen erkend dat kinderrechten (en ruimer de verschillende belangen van het kind) met elkaar in conflict kunnen komen. Dit is met betrekking tot het vraagstuk van meerouderschap niet anders. In wat zal volgen, schetsen wij een overzicht van de meest relevante rechtspraak van het Hof met betrekking tot de gewijzigde houding ten opzichte van niet(?)-traditioneel ouderschap.

3 Niet(?)-traditionele gezinsvormen in het licht van art. 8 EVRM

De interpretatie van artikel 8 EVRM is sinds de totstandkoming van het verdrag in 1950, onderhevig geweest aan veranderingen in de manier waarop we familielevens en ouderschap inkleuren. Traditioneel werd het begrip gezinsleven onder artikel 8 EVRM klassiek ingevuld in overeenstemming met de positie die het heteroseksuele huwelijk in nam in de maatschappij.¹⁴ Dit beeld is sinds de jaren ‘50 van de vorige eeuw grondig veranderd, eerst door (niet-juridisch omkaderde) ontwikkelingen in de maatschappij en later ook door erkenning van deze ontwikkelingen in het (Nederlandse) recht, mede onder invloed van rechtspraak van het hof op basis van artikel 8 EVRM. Welke instrumenten heeft het EHRM tot zijn beschikking om op basis van artikel 8 EVRM mee te gaan met de maatschappelijke realiteit en hoe ver reiken die instrumenten? Hieronder bespreken we de begrippen gezinsleven en privéleven, de vraag wanneer hier inbreuk op mag worden gemaakt, de rol van de *living-instrument* doctrine en de rol van de appreciatiemarge. [pg. 388] Ten slotte schetsen we de gewijzigde houding van het Hof met betrekking tot niet(?)-traditioneel ouderschap.

Allereerst kunnen zowel het begrip gezinsleven als het begrip privéleven betrekking hebben op de relatie tussen ouders en kinderen. Naast gezinsleven wordt ook privéleven onder artikel 8 EVRM beschermd. Het begrip gezinsleven ziet op relaties tussen personen binnen de familiale sfeer en kan de vorm hebben van feitelijk gezinsleven of intentioneel gezinsleven.¹⁵ Het recht op privéleven is een ruimer omschreven recht dat meer omvat dan enkel de familiale levenssfeer. Het begrip wordt zowel in het verdrag als door het Hof niet uitputtend omschreven.¹⁶ Het gaat bijvoorbeeld om het recht om betekenisvolle relaties met anderen op te bouwen, en deze te kunnen onderhouden.¹⁷ Zo wordt een biologische band tussen een vader en kind door het EHRM voldoende geacht om onder de bescherming van het privéleven te vallen.¹⁸ Ook de naam en gender- en seksuele oriëntatie van een persoon zijn elementen die uitdrukkelijk

¹² N. Cammu, ‘We are Three parents, but Legally Two: Absent legality, Present Display’, *Journal of Family Issues* 2021, p. 22.

¹³ N. Cammu, ‘“Deviant” or the consequence of social evolution? Discourses of intentional “multiple parenthood practices” in the Dutch and the Flemish Press’, *DiGeSt: Journal of Diversity and Gender Studies* (7) 2020, afl. 1.

¹⁴ C. Forder, ‘Article 8 ECHR: The Utter Limits of ‘Family Life’ and the Law of Parenthood’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (4) 1997, afl. 2, p. 129.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 22 juni 2004, 78028/01, 78030/01 (*Pini en anderen/ Roemenië*); EHRM 21 december 2010, 20578/07 (*Anayo/Duitsland*).

¹⁶ EHRM 16 december 1992, 13710/88 (*Niemietz/Duitsland*). Zie voor een uitgebreid onderzoek naar de rol van privéleven het recente proefschrift van S. Bou-Sfia, *De betekenis van identiteitsrechten van kinderen in het Nederlandse familierecht, Een onderzoek naar de artikelen 8 IVRK en 8 EVRM*, (proefschrift) Utrecht 2021.

¹⁷ J. Scherpe. “The Legal recognition of same-sex couples in Europe and Role of European Court of Human Rights.” *The Equal Rights Review* 2013, Vol. 10, p.87; Zie ook SDU Commentaar EVRM, 2020-2021 (het hoofdstuk over het recht op privéleven in artikel 8 EVRM).

¹⁸ M.J. Vonk, ‘Weten, kennen en erkennen: kinderen van ouders die niet samen zijn’, *NJCM Bulletin* 2013/4, p. 515-531.

tot het privéleven behoren.¹⁹ Het Hof kan dus soms overgaan tot het vaststellen van een schending van het recht op privéleven terwijl het recht op gezinsleven niet geschonden wordt.²⁰ De binnen de rechtsleer uitvoerig besproken opdeling tussen privéleven en gezinsleven is dus meer dan een (louter) theoretisch of symbolisch onderscheid en heeft ook consequenties voor de vraag in hoeverre artikel 8 EVRM kan bijdragen aan erkenning van meerouderschap.²¹

Daarnaast zijn er twee interpretatiemechanismen die bij kunnen dragen aan modernisering van het ouder-kind recht op grond van artikel 8 EVRM. Enerzijds de 'living instrument'-doctrine die het hof de mogelijkheid geeft om breed gedragen maatschappelijke ontwikkelingen te betrekken bij de beantwoording van de vraag of een horizontale of verticale gezinsverhouding binnen de bescherming van artikel 8 EVRM valt.²² Anderzijds de appreciatiemarge die met name bij de beoordeling of een inbreuk op gezins- of privéleven noodzakelijk is in een democratische samenleving een rol speelt. Bij beide mechanismen speelt de vraag of en hoe breed de betreffende ontwikkeling wordt gedragen binnen de lidstaten, een rol. Zo heeft het Hof erkend dat de 'familie als instituut' geen vaststaande betekenis heeft, maar onderhevig is aan historische, sociologische en juridisch ontwikkelingen.²³ [pg. 389] Dit is het gevolg van de zogenaamde 'living instrument'-doctrine van het Hof²⁴ en betreft zowel relaties tussen partners onderling (het horizontaal familierecht) als de relaties tussen ouders en kinderen (het verticaal familierecht).²⁵ Traditioneel is er een sterke link tussen beide.²⁶ Zo was er vroeger enkel plaats voor juridisch ouderschap binnen het huwelijk. Ondanks dat de koppeling tussen (formele) partnerrelaties en ouderschap/gezag door de jaren heen sterk aan invloed heeft verloren (zo kan een donovader een kind erkennen met toestemming van de moeder en kunnen een ouder en een ander dan een ouder gezamenlijk gezag uitoefenen),²⁷ zien we nog steeds restanten van deze koppeling in het huidige familierechtelijk landschap. Zo is de man die een formele relatie heeft met de persoon die van het kind bevallen is (de moeder) in het Nederlandse familierecht automatisch de tweede ouder en houder van gezamenlijk gezag, zelfs wanneer hij niet de verwekker is van het kind.²⁸ Voor meemoederschap wordt deze juridische koppeling naar analogie toegepast, maar in afgezwakte vorm, waardoor de niet-geboortemoeder enkel van rechtswege het ouderschap kan verkrijgen wanneer het vaststaat dat geen andere ouder (vader of bekende donor) potentieel een rol zou kunnen spelen in het leven van het kind.²⁹

Wanneer eenmaal duidelijk is dat er sprake is van gezinsleven of van een belang dat raakt aan het privéleven mag hier geen inbreuk op worden gemaakt door de staat, tenzij is voldaan aan de voorwaarden gesteld in het tweede lid van artikel 8 EVRM. Dit betekent onder meer dat kinderen het recht hebben om door hun ouders te worden opgevoed tenzij dit indruist tegen hun zwaarwegende belangen,³⁰ dat het recht op bescherming van de privéleven van een

¹⁹ J. Scherpe. 'The Legal recognition of same-sex couples in Europe and Role of European Court of Human Rights', *The Equal Rights Review* 2013/10, p.87.

²⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (*Menesson/Frankrijk*) ; EHRM 26 juni 2014, 65941/11 (*Labassee/Frankrijk*).

²¹ C. Mol, 'Non-traditional Family Forms & the International Dimension of Family Life: A Report on the ERA Seminar, 'Recent Case Law of the European Court of Human Rights in Family Law Matters'', *Family & Law* juni 2016.

²² K. Sikorska et al, 'Meerouderschap en Meeroudergezag': *Onderzoek uitgevoerd in opdracht van de staatscommissie Herijking ouderschap*, 2015, p. 36.

²³ EHRM 1 februari 2000, 34406/07, par. 52 (*Mazurek/Frankrijk*) zoals geciteerd door: C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 221.

²⁴ EHRM 25 April 1978, 5856/72 (*Tyrer/Het Verenigd Koninkrijk*).

²⁵ F. Swennen, *Het personen- en familierecht: een Benadering in Context*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 262.

²⁶ F. Swennen, *Het personen- en familierecht: een Benadering in Context*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 262.

²⁷ Respectievelijk art. 1:204 lid 1 en 3 BW en art. 1:253sa en 1:253t BW.

²⁸ Zie art. 1:199 onder a en b BW.

²⁹ Zie art. 1:198 lid 1 onder b BW.

³⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM (GK) 10 september 2019, 37283/13 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*).

kind ertoe kan leiden dat ouderschap van de biologische wensvader na draagmoederschap tot stand gekomen in het buitenland, moet worden erkend³¹ en dat kinderen in beginsel recht hebben op kennis van de identiteit van de ouders, al is daar ruimte voor een belangenafweging.³² Is er sprake van een mogelijke schending van het familie- of privéleven, dan kijkt het Hof of dit een gerechtvaardigde inmenging is op grond van artikel 8, tweede lid, EVRM. De zuivere vaststelling dat er sprake is van gezinsleven of een aspect van privéleven, betekent dus niet dat dit altijd voor de betreffende zaak gevolgen heeft, maar kan op langere termijn zeker wel weer relevant zijn voor de verdere rechtsontwikkeling op dit gebied.

Naast het verbod op ongeoorloofde inmenging (de zogeheten negatieve verplichting) omvat artikel 8 EVRM ook een positieve verplichting voor staten.³³ Wanneer de positieve verplichting het recht op privé- of gezinsleven betreft, moeten staten zich niet alleen onthouden van ongerechtvaardigde inmenging in bestaand gezinsleven van kinderen en ouders, maar bestaat er ook een [pg. 390] positieve verplichting om het gezinsleven tussen ouders en kinderen te waarborgen.³⁴ Bij het vormgeven van de bescherming van het gezinsleven op basis van een positieve of negatieve verplichting hebben lidstaten een zekere mate van vrijheid (de appreciatiemarge), deze marge is ruim of smal afhankelijk van een aantal factoren. Wanneer er sprake is van een mogelijke inmenging in een voor een persoon belangrijk onderdeel van zijn of haar identiteit, is de marge smal. Wanneer er daarentegen geen Europese consensus bestaat tussen de lidstaten van de Raad van Europa omtrent een ethisch beladen of morele kwestie, is de marge ruimer.³⁵

Veel van de ontwikkelingen op het gebied van erkenning van partner- en ouder-kind relaties hebben plaatsgevonden doordat de band tussen partners of tussen ouder en kind als gezinsleven werd erkend en daarmee bescherming toekwam. Dit begon met de erkenning van het gezinsleven van de ongehuwde Paula Marckx en haar dochter door het Hof in 1979 wat het einde inluidde van het onderscheid tussen “wettige” en “onwettige” kinderen (gekoppeld aan de huwelijkspositie van de moeder).³⁶ Ondanks dat het arrest *Marckx* zich niet uitsprak over de juridische status van een ongehuwde vader ten opzichte van eventuele buitenechtelijke kinderen, opende het arrest wel ruimte voor speculatie omtrent de toekomstige rechtspraak van het Hof in deze materie.³⁷ Wat van groot belang is in dit arrest is de erkenning dat de overheid niet alleen geen inbreuk mag maken op feitelijk gezinsleven (negatieve verplichting), maar dit feitelijke gezinsleven ook actief moet beschermen (positieve verplichting), bijvoorbeeld door het een wettelijke basis te geven: een moeder die een kind baart hoort van rechtswege een juridische band met dit kind te hebben.³⁸

Latere arresten (zoals *Keegan* en *Kroon*)³⁹ verbreedden de definitie van gezinsleven naar de familiale banden tussen gescheiden, niet-gehuwde, en niet-samenwonende ouders en

³¹ EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (*Menesson/Frankrijk*) ; EHRM, 26 juni 2014, 65941/11 (*Labassee/Frankrijk*) ; EHRM 19 januari 2017, 44024/13 (*Laborie/Frankrijk*).

³² EHRM 12 juli 2001, 25702/94 (*K. and T./Finland*); EHRM 13 december 2007, 39051/03 (*Emonet/Zwitserland*); EHRM 20 december 2007, 23890/02 (*Phinikaridou/Cyprus*); EHRM 25 september 2012, 33783/09 (*Godelli/Italië*); EHRM 14 januari 2016, 30955/12 (*Mandet/Frankrijk*).

³³ R. White & C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th Revised edition, Oxford: Oxford University Press 2010, p.338.

³⁴ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law relating to the rights of the child*, 2015, p. 76.

³⁵ *ECtHR Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 31 December 2020, p. 8: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf

³⁶ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*).

³⁷ C. Forder, ‘Article 8 ECHR: The Utter Limits of ‘Family Life’ and the Law of Parenthood’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (4) 1997, afl. 2, p. 130.

³⁸ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*).

³⁹ EHRM 19 april 1994, 16969/90 (*Keegan/Ierland*) en EHRM 27 oktober 1994, 18535/91 (*Kroon et. al./Nederland*).

hun kinderen.⁴⁰ De notie van een niet-geformaliseerde vorm van de facto gezinsleven, deed daarbij haar intrede.⁴¹ Bestaande biologische banden tussen ouders en kinderen, alsook de relationele-formele status van ouders vormden een belangrijke leidraad in de vaststelling van gezinsleven, maar waren niet (meer) allesbepalend. Het bestaan van een socio-affectieve band, idealiter in combinatie met biologisch ouderschap, werd belangrijk geacht in de context van gezinsleven van een ouder na scheiding.⁴² In *Keegan* werd gesteld dat familiebanden ook vorm krijgen in niet-huwelijkse samenwoning, wanneer er uit deze relatie een kind wordt geboren.⁴³ Het feit dat de vader ten tijde van de relatie een verloving was aangegaan met de moeder van het kind, [pg. 391] alvorens de relatie beëindigd werd, speelde evenwel mee in de beslissing van het Hof.⁴⁴ Uit *Kroon* vloeide voort dat er ook sprake kon zijn van gezinsleven wanneer er geen samenwoning was tussen de ouders, maar sprake was van andere ‘exceptionele’ omstandigheden; in casu het bestaan van een stabiele relatie tussen de ouders.⁴⁵

In de nasleep van *Keegan*⁴⁶ werd rechtspraak rond het zogenaamde ‘intentioneel gezinsleven’ geïntroduceerd en verder ontwikkeld.⁴⁷ Het vereiste van het bestaan van een de facto relatie tussen ouders en kinderen stuitte namelijk eveneens op grenzen wanneer het de desbetreffende (vaak biologische) ouder door omstandigheden niet lukte om een socio-affectieve band met het kind op te bouwen of te onderhouden terwijl dit wel zijn of haar bedoeling was (waardoor er geen sprake kon zijn van een de facto relatie). Het concept van ‘intentioneel gezinsleven’ komt aan deze discrepantie tussen intentie en werkelijkheid tegemoet. In bepaalde gevallen kan de intentie om een ouderrol te vervullen de vaststelling van ouderlijke banden rechtvaardigen. Een vereiste is dat er sprake is van een potentiële socio-affectieve band tussen een niet-juridische ouder en het kind, alsook een duidelijke inzet van de eerstgenoemde hieromtrent.⁴⁸ Intentioneel gezinsleven werd evenwel (aanvankelijk) geconceptualiseerd als het recht op privéleven van een intentionele ouder, veeleer dan een recht op gezinsleven.⁴⁹ De term heeft raakvlakken met de binnen het Nederlandse familierecht thans

⁴⁰ R. White & C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th Revised edition, Oxford: Oxford University Press 2010, p.335.

⁴¹ R. White & C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th Revised edition, Oxford: Oxford University Press 2010, p.354.

⁴² C. Forder, ‘Article 8 ECHR: The Utter Limits of ‘Family Life’ and the Law of Parenthood’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (4) 1997, afl. 2, p. 141; R. White & C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th Revised edition, Oxford: Oxford University Press 2010, p.350; EHRM 21 juni 1988, 10730/84 (*Berrehab /Nederland*).

⁴³ EHRM 19 april 1994, 16969/90 (*Keegan/ Ierland*).

⁴⁴ EHRM 19 april 1994, 16969/90 (*Keegan/ Ierland*). Zie ook C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2021, p.223.

⁴⁵ C. Forder, ‘Article 8 ECHR: The Utter Limits of ‘Family Life’ and the Law of Parenthood’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (4) 1997, 4((afl. 2)), p. 130; C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*. Oxford University Press 2021, p.224; EHRM 27 oktober 1994, 18535/91 (*Kroon et. al./ Nederland*).

⁴⁶ Waar er besloten werd dat er sprake was van gezinsleven tussen een verwekker en zijn door de moeder voor adoptie afgestaan kind, gebaseerd op de intentie van de verwekker om een kind ter wereld te brengen met de toenmalige vrouwelijke partner en met haar in een huwelijk te treden. Zie: EHRM 19 april 1994, 16969/90 (*Keegan/ Ierland*); R. White & C. Ovey. *The European Convention on Human Rights*, 5th Revised edition, Oxford: Oxford University Press 2010, p.342.

⁴⁷ EHRM 21 december 2010, 20578/07 (*Anayo/Duitsland*); ECHR 15 september 2011, 17080/07 (*Schneider/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, 45071/09 (*Ahrens/Duitsland*); Zie ook: H. Keller, “Article 8 in the system of the Convention” in A. Büchler & H. Keller (red.), *Family Forms and Parenthood. Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 11.

⁴⁸ H. Keller, ‘Article 8 in the system of the Convention’, in: A. Buichler & H. Keller (red.), *Family Forms and Parenthood: Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 11.

⁴⁹ Zoals o.a. blijkt uit EHRM 22 maart 2012, 45071/09 (*Ahrens/Duitsland*).

gangbare aanduiding ‘intentioneel ouderschap’, en is ook nuttig in ontwikkelingen omtrent de bescherming van LHBT-ouderschap en meerouderschap.⁵⁰

Wat het gezinsleven van partners van hetzelfde geslacht betreft, heeft het Hof zich lang behoedzaam uitgedrukt.⁵¹ Tot en met 2010 (*Schalk en Kopf*)⁵² werd het duurzaam samenleven van partners van hetzelfde geslacht (al dan niet met kinderen) niet als gezinsleven beschouwd door het Hof.⁵³ Wel raakte dit de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen.⁵⁴ Aangezien [pg. 392] deze uitspraken gaan over horizontale familieverhoudingen, rijst de vraag hoe potentiële schendingen van rechten van paren van hetzelfde geslacht zich (mede) zullen uitstrekken over het verticaal familierecht. Recente rechtspraak met betrekking tot ouderschap van duo-moeders heeft niet geleid tot het vaststellen van schendingen van artikel 8 EVRM. In *Boeckel/Duitsland* besliste het Hof dat een vrouwenpaar in een geregistreerd partnerschap, die beide van rechtswege juridisch ouder wilden worden, zich niet in een gelijk(w)aardige positie bevonden als een getrouwd heteroseksueel paar, waar ouderschap van de echtgenoot van rechtswege ontstaat op basis van de presumptie dat laatstgenoemde de biologische vader is (of kan zijn) van het kind van zijn echtgenote.⁵⁵ In *Bonnaud en Lecoq/Frankrijk*, besliste het Hof dat het, gezien de omstandigheden van het geval, niet bewezen in belang van de kinderen was om onder het gezamenlijk gezag te komen van zowel de moeder als de duo-moeder, die elk een kind binnen hun familieconstellatie ter wereld hadden gebracht.⁵⁶ Ten tijde van *Marckx* was de huidige fragmentatie in biologisch-genetische afstamming enerzijds, en biologisch-gestationele afstamming anderzijds, grotendeels onbekend: IVF stond toen nog in de kinderschoenen. Een draagmoeder of duo-moeder kan tegenwoordig met behulp van IVF gestationeel (en in dat geval juridisch) als moeder worden aangemerkt, terwijl er geen sprake is van een genetische (maar wel epigenetische)⁵⁷ verwantschap met het kind. Niet alleen de rechtspraak van het Hof, maar ook de huidige wetbepalingen omtrent de vaststelling van moederschap zijn niet afgestemd op deze nieuwe medische mogelijkheden. Dit roept de vraag op hoe bruikbaar de historische invulling van het *mater cempter cetra est*- beginsel, een overblijfsel van het Romeins recht, nog is in het familierecht: de moeder is namelijk niet (meer) altijd zeker. Hoe zou het Hof bijvoorbeeld oordelen over de (juridische) erkenning van de duo-moeder die de eicel heeft geleverd waaruit het kind is ontstaan dat door haar vrouwelijke partner is gebaard? Zou aansluiting worden gezocht bij hierboven beschreven ontwikkelingen met betrekking tot het gezinsleven van de biologische vader dat op drie verschillende kan ontstaan: via een de facto socio-affectieve band tussen vader en kind, via een duidelijke inzet van eerstgenoemde om deze band tot stand te brengen, of via aantoonbare relationele toewijding ten opzichte van de moeder

⁵⁰ F. Swennen, *Het personen- en familierecht: een Benadering in Context*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 413; N. Cammu, ‘Intent to parent is what makes a parent? A comparative analysis of the role of intent in multi-parenthood recognition’ *Canadian Journal of Family Law* 2019, 32/2, p. 281-322.

⁵¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 juli 2003, 40016/98 (*Karner/Oostenrijk*).

⁵² EHRM 24 juni 2010, 30141/04 (*Schalk and Kopf/Oostenrijk*).

⁵³ C.J. Forder, ‘Het mensenrechtelijke hart van het familierecht: overzicht van de ontwikkelingen 1995-2002 (deel I)’, *NTM/NJCM-Bulletin*, 2002/8, p. 989.

⁵⁴ R. White & C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th Revised edition, Oxford: Oxford University Press 2010, p.337.

⁵⁵ EHRM 7 mei 2013, 8017/11 (*Boeckel & Gessner Boeckel/Duitsland*).

⁵⁶ EHRM 6 februari 2018, 6190/11 (*Bonnaud and Lecoq/Frankrijk*).

⁵⁷ Dit heeft betrekking op het feit dat de draagmoeder het kind negen maanden draagt en haar levensstijl invloed kan hebben op de ontwikkeling van het kind en daarmee ook epigenetische veranderingen aan kan brengen in de genen die aan volgende generaties kunnen worden doorgegeven. Wat dit precies betekent in het kader van hoogtechnologisch draagmoederschap is nog niet duidelijk. Zie ook R. D’Alton-Harrison, ‘Mater Semper Incertus Est: Who’s your mummy?’ *Medical Law Review* 2014, 22(3), p. 357–383.

van het kind en haar kinderen?⁵⁸ En zo ja, zou dit dan net als bij de biologische vader leiden tot een schending van het recht op gezinsleven als deze band niet juridisch wordt erkend?

Een andere recente ontwikkeling waarbij de fragmentatie van ouderschap een rol speelt, is draagmoederschap en de erkenning van de wensouders als ouders. Met betrekking tot wensouders die zich beroepen op de (vaak niet juridisch omkaderde) praktijk van draagmoederschap, is de rechtspraak van het Hof terughoudender.⁵⁹ De bescherming van de facto gezinsleven [pg. 393] tussen niet-biologische wensouders en een kind geboren via draagmoederschap, kent limieten blijkt uit *Paradiso en Campanelli* wanneer de daad die aan dit gezinsleven ten grondslag ligt (het draagmoederschap) strafbaar is en/of de openbare orde raakt.⁶⁰ Later nam de Grote Kamer in deze zaak overigens aan dat er helemaal geen gezinsleven tot stand was gekomen tussen de niet-biologische ouders en het kind dat zij gedurende zes maanden hadden verzorgd. Anderzijds heeft het Hof in *Menesson*, een andere interlandelijke draagmoederschapszaak, vanuit het recht van het kind op bescherming van zijn privéleven wel waarde toegekend aan het belang van het kind om een juridische afstammingsband met een biologische vader te vestigen, ook al was er geen schending van het recht op gezinsleven aangenomen.⁶¹ De wensouders en de kinderen werden ondanks het ontbreken van een afstammingsband niet belemmerd in hun gezinsleven. Het vaststellen van een afstammingsband met de vader werd voor het kind door het Hof van belang geacht vanuit het oogpunt van de verkrijgen van de Franse nationaliteit en vanuit het erfrecht. In dit kader is ook de recente adviesvraag van het Franse Hof van Cassatie over de positie van de niet-genetisch verwante wensmoeder in dezelfde zaak relevant.⁶² Duidelijk wordt dat in een geval waarin het ouderschap van de op de geboorteakte vermelde genetisch verwante wensvader wordt erkend, er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM als er geen enkele mogelijkheid is voor de op de geboorteakte als ouder vermelde wensmoeder om de ouder-kind band tussen haar en het uit de draagmoeder geboren kind te laten vaststellen, bijvoorbeeld door middel van een verzoek tot adoptie.⁶³ Hoe dan ook moet er in het geval van de facto ouderschap van wensouders waarvan een van beide een genetische band heeft met het kind, een mogelijkheid zijn om een juridische ouder-kind band te laten vaststellen. Op welke manier dit geregeld wordt, ligt bij de lidstaten zelf in overeenstemming met de brede appreciatiemarge op dit gebied.

⁵⁸ C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2021, p.222.

⁵⁹ Belangrijk in de bepaling van de reikwijdte van artikel 8 EVRM in het kader van draagmoederschap, is het al dan niet bestaan van een genetische band tussen de wensouders en het kind en de juridische en situationele omstandigheden van het draagmoederschap. Het Hof oordeelt strenger over verboden draagmoederschapsconstructies en wanneer er geen sprake is van een genetische band tussen (een van) de wensouders en het kind. Zie: EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (*Menesson/Frankrijk*) ; EHRM 27 januari 2015, 25358/12 (Ch); 24 januari 2017, 25358/12 (GC) (*Paradiso en Campanelli/ Italië*).

⁶⁰ EHRM 27 januari 2015 25358/12 (*Paradiso en Campanelli/Italië*) en EHRM 24 januari 2017/25358/12 (GC) (*Paradiso en Campanelli/ Italië*). Zie ook: EHRM 18 mei 2021, 71552/17 (*Valdís Fjölnisdóttir en anderen/IJsland*).

Zie ook C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2021, p.228-9; C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy*, (diss. Leiden) Meijers Reeks 2018, p. 269-278.

⁶¹ EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (*Menesson/Frankrijk*).

⁶² EHRM 10 april 2019, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation, *Request no. P16-2018-001*. Zie verder A. Margaria 'Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion' *Medical Law Review* (28) 2020, afl. 2, p. 412-425.

⁶³ W.M. Schrama en S. Bou-Sfia, 'Commentaar bij het advies van het EHRM op prejudiciële vragen van het Franse Cour de Cassation, verzoeknr. P16-2018-001 van 10 april 2019', PFR-updates, 3 februari 2020: https://www.pfr-updates.nl/commentaar/207268?skip_boomportal_auth=1.

Dit blijkt anders te zijn als geen van beide ouders een genetische band heeft met het kind en er sprake is van de facto gezinsleven. *Valdís Fjölnisdóttir en anderen*⁶⁴ uit 2021 betreft een IJslands vrouwenpaar dat om het verbod op draagmoederschap in IJsland te omzeilen via een Amerikaanse draagmoeder een kind heeft gekregen dat aan geen van de wensmoeders genetisch verwant is. De wensmoeders slagen er niet in om de Amerikaanse geboorteakte, waarop zij beide staan vermeld, erkend te krijgen in IJsland. Het kind krijgt wel na verloop van tijd de IJslandse nationaliteit, maar de vrouwen worden geen juridisch ouder en krijgen ook geen gezag over het kind. Het wordt wel als pleegkind bij hen geplaatst. Het adoptieverzoek van de [pg. 394] wensmoeders wordt niet in behandeling genomen omdat er nog een procedure over de erkenning van het ouderschap loopt. Tegen de tijd dat alle procedures in IJsland zijn afgerond, zijn de vrouwen gescheiden en kunnen zij niet langer samen adopteren. Een adoptie door een van hen vinden zij geen rechtvaardige oplossing. Ze leggen hun klacht voor aan het EHRM en het Hof concludeert dat er inderdaad sprake is van gezinsleven tussen de vrouwen en het kind maar dat de weigering van de staat het moederschap van de vrouwen te erkennen geen onrechtmatige inbreuk oplevert op hun gezinsleven. Zij worden immers niet belemmerd in hun de facto gezinsleven, het kind woont bij hen. Dat de vrouwen geen gezag hebben over het kind en niet als juridische ouders worden gezien en de onzekerheid die dat bij de vrouwen en het kind teweegbrengt, doet daarbij nauwelijks terzake. Interessant is de *concurring opinion* van rechter Lemmens, die aangeeft dat hij twijfels had over de uitspraak maar zich er uiteindelijk wel in kon vinden omdat de verzoekers zich hebben beroepen op het recht op respect voor hun gezinsleven en niet op het recht op privéleven. Hij concludeert dat deze zaak zich daardoor niet leende voor het bepalen van de reikwijdte van het recht van het kind op erkenning van een ouder-kind relatie, want dat is immers een onderdeel van het privéleven van het kind. Die vraag, zo stelt hij, zal in een andere zaak moeten worden beantwoord.⁶⁵ Het is een zeer relevante vraag die Lemmens hier stelt, want de rol die het recht op respect voor het gezinsleven lange tijd heeft gespeeld in de erkenning van nieuwe gezinsvormen lijkt op zijn retour. Zolang het (als zodanig erkende) de facto gezinsleven van partijen niet wordt belemmerd, geeft de appreciatiemarge lidstaten de ruimte om geen juridische erkenning aan deze de facto banden te verlenen.

4 Vragen voor de toekomst

Wat betekent de hierboven besproken rechtspraak van het EHRM voor mogelijke erkenning van meer dan twee ouders op grond van artikel 8 EVRM? Zoals eerder aangehaald, bleek uit *Bonnaud en Lecoq t. Frankrijk* dat de aanvraag tot de gezamenlijk gezagsuitoefening van een vrouwenpaar niet in het belang van hun twee kinderen werd geacht.⁶⁶ Het is dus denkbaar dat het Hof de erkenning van een situatie waarin er niet twee, maar drie ouders betrokken zijn bij de dagelijkse opvoedings- en verzorgingstaken eveneens terughoudend zal toetsen en niet zal besluiten tot een schending van artikel 8 EVRM. Ten eerste wordt intentioneel meerouderschap (nog) niet erkend in de meeste Europese jurisdicties, waardoor de niet-erkenning van intentioneel meerouderschap waarschijnlijk binnen de ruime appreciatiemarge van lidstaten valt. Ten tweede is het mogelijk dat de kennis van de identiteit van niet-juridische, biogenetische ouder volstaat in het licht van het recht op kennis van de ontstaansgeschiedenis en identiteit van het kind. Uit het laatstgenoemde recht kan geen positieve verplichting worden afgeleid dat er juridische banden moeten worden gevestigd met alle aanwezige

⁶⁴ EHRM 18 mei 2021, 71552/17 (*Valdís Fjölnisdóttir en anderen/IJsland*).

⁶⁵ Annex bij EHRM 18 mei 2021, 71552/17 (*Valdís Fjölnisdóttir en anderen/IJsland*).

⁶⁶ EHRM 6 februari 2018, 6190/11 (*Bonnaud en Lecoq/ Frankrijk*).

ouderschapsfiguren.⁶⁷ Ten slotte kan een (niet-juridische) ouder thans op grond van een bijzondere affectieve band met een kind een omgangsrecht verkrijgen, wanneer het belang van het kind dit vergt. [pg. 395] De afwezigheid van mogelijkheden tot vestiging van het ouderschap voor de derde ouder maakt dan niet per definitie een schending uit op grond van artikel 8 EVRM.

Verder blijkt uit de jurisprudentie met betrekking tot grensoverschrijdend draagmoederschap dat er geen schending van het recht op bescherming van gezinsleven wordt aangenomen wanneer de betrokkenen hun gezinsleven de facto kunnen leven en daarin niet door de staat belemmerd worden. Vanuit het recht op bescherming van het privéleven van het kind, kan er wel sprake zijn van schending als er geen band kan worden gevestigd tussen het kind en de biologische wensvader (*Menesson*). Dit kan zich ook uitstrekken tot de vrouwelijke partner van de genetisch aan het kind verwante wensvader die ook op de geboorteakte is vermeld (advies onder Protocol 16), maar wat voor consequenties dit heeft voor meerouderschap is niet duidelijk. De meest recente draagmoederschapsuitspraak *Valdís Fjölnisdóttir* stemt niet hoopvol. Uit de rechtspraak van het EHRM op het gebied van niet(?)-traditionele gezinnen kan met enige voorzichtigheid worden afgeleid dat wil men een de facto ouder-kind relatie erkend krijgen die niet valt binnen het biologisch/genetisch, heteronormatieve en duale beeld van ouderschap, dit waarschijnlijk via de route van het recht op bescherming van het privéleven van het kind zal moeten lopen. Dat is uiteindelijk ook de route die in *Menesson* is gevolgd. Dit sluit aan bij wat Bou-Sfia in haar recente proefschrift over de reikwijdte van het recht op identiteit aangeeft. In haar conclusies stelt zij dat de identiteitsrechten van artikel 8 van het Kinderrechtenverdrag en artikel 8 EVRM, binnen het adoptie- en afstammingsrecht nu vooral een rol spelen waar het om het recht op afstammingskennis gaat, maar dat deze rechten ook meegenomen moeten worden in de discussie over nieuwe ouderschapsvormen zoals meerouderschap en draagmoederschap:

‘De vraag wie de juridische ouders van de minderjarige (mogen) zijn, raakt immers aan biologisch, genetisch en sociaal ouderschap en heeft betrekking op de biologische, genetische en juridische afstammingsbanden van de minderjarige en de persoonlijke verbondenheid met personen die in het leven van de minderjarige belangrijk (zullen) zijn.’⁶⁸

Zijn er nog andere mogelijke invalshoeken? Kan de link tussen bescherming van familiebanden binnen het horizontaal familierecht, en het (mede) daaruit voortvloeiende verticaal familierecht hoogst relevant zijn voor het vraagstuk van (intentioneel) meerouderschap? Op het vlak van relaties tussen duurzaam samenwonende niet-partners, heeft het Hof zich al uitgesproken over de grenzen van het vereiste van een relationele band in *Burden en Burden t. het Verenigd Koninkrijk*.⁶⁹ Het vraagstuk strekt zich daarmee uit naar niet enkel de bescherming van de aanwezige ouderschapsbanden tussen de meerouders en het kind maar ook relationele banden tussen de ouderschapsfiguren onderling. Wat als een kind niet wordt geboren in het kader van een ‘draagmoeder’/‘donor’ constructie en een vrouwen of mannenpaar, waarbij er geen romantisch-affectieve band of samenwoning bestaat tussen (alle) ouders, maar in de context van een [pg. 396] polyamoureuze relatie of een de facto samenwoning van meer dan twee

⁶⁷ K. Sikorska et al, ‘Meerouderschap en Meeroudergezag’: Onderzoek uitgevoerd in opdracht van de staatscommissie Herijking ouderschap, 2015, p. 38.

⁶⁸ S. Bou-Sfia, *De betekenis van identiteitsrechten van kinderen in het Nederlandse familierecht, Een onderzoek naar de artikelen 8 IVRK en 8 EVRM*, (diss. Utrecht) 2021 p. 399-400.

⁶⁹ EHRM 12 december 2006, 13378/05 (*Burden en Burden/Verenigd Koninkrijk*); zie ook: A. Gross, ‘The Burden of Conjugalinity’, in: Eva Brems (red.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 290; J. Scherpe. ‘The Legal recognition of same-sex couples in Europe and Role of European Court of Human Rights’, *The Equal Rights Review* 2013/10, p. 88ff..

ouders?⁷⁰ Is er dan (wel) sprake van (beschermwaardig) gezinsleven? Omstandigheden als deze kunnen mogelijk van invloed zijn op toekomstige rechtspraak van het Hof.

Niet alleen de horizontale verhoudingen tussen ouders zijn relevant. Wat betreft het non-discriminatie beginsel zoals vervat in artikel 14 EVRM, rijzen er ook vragen betreffende de ongelijke behandeling binnen de horizontale relaties tussen *siblings* in meerouderschapconstructies, en de gevolgen die dit heeft voor o.a. ouderlijk gezag, schenk- en erfrecht, en successierecht. Zo werd er in *Burden* gesteld dat, ondanks de ruime appreciatiemarge van staten op het vlak van vermogensrechtelijk-fiscale regulering (er werd geen schending vastgesteld), er geen sprake mag zijn van een ongeoorloofde ongelijke behandeling op grond van artikel 14 EVRM.⁷¹ Dit is met name een pertinent probleem in gevallen van intentioneel meerouderschap met vier ouders (bijvoorbeeld een mannen- en vrouwenpaar) waarbij de kinderen in de constellatie niet biologisch en juridisch verwant zijn, maar wel vanaf de geboorte als *siblings* worden opgevoed. Er is dan sprake van een de facto gezinsleven zonder wettelijke omkadering. Met name wanneer de juridische en niet-juridische ouders in de constellatie nalaten om notariële maatregelen treffen, kan dit verregaande gevolgen hebben, maar zelfs indien zulke maatregelen getroffen worden blijven pertinente financiële ongelijkheden (bijvoorbeeld verschillende successierecht tarieven) tussen kinderen bestaan. Ondanks dat de situatie van (meer)ouderschap niet voorlag in de *Burden* zaak, doet deze rechtspraak wel belangrijke vragen rijzen naar de grenzen van familiaal-contractuele bepalingen die juridisch niet (volledig) erkend worden. Net zoals de *Burden* zussen geen toegang hadden tot het instituut van de wettelijke samenwoning om elkaar als fiscale (voordelige) partner te benoemen, hebben meerouders en hun kinderen geen toegang tot juridische meeroudersconstructies om hun gezinssituatie vermogensrechtelijk te reguleren. Net zoals bij de *Burden* zussen is dit gebrek aan gelijke behandeling niet (uitsluitend) te wijten aan eigen keuzes (bv. het al dan niet treffen van notariële maatregelen), maar aan afwezig of onaangepaste regelgeving.⁷² De eventuele ongelijke behandeling die hieruit voortvloeit kan ook gepaard gaan met een potentiële schending van door het thans bestaande recht op gezinsleven tussen *siblings* onderling, zoals vormgegeven door de rechtspraak van het Hof. Dit gezinsleven bestaat zowel tussen meerderjarige als tussen minderjarige *siblings*⁷³, en omvat onder andere het recht om niet zonder meer van elkaar te worden gescheiden.⁷⁴ Daarnaast strekken familiebanden tussen [pg. 397] *siblings* zich uit ook tot de sfeer van bescherming van het privéleven.⁷⁵ De conceptwetsvoorstellen die in 2020 in consultatie zijn gegaan met betrekking tot draagmoederschap en deelgezag, bieden nog geen uitkomst voor meeroudergezinnen. De regeling voor draagmoederschap accommodeert de totstandkoming

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld I. Jenkins, *Three dads and a baby: adventures in modern parenting*, Jersey City: Cleis Press 2021, over drie mannen in een polyamoureuze relatie en hun weg naar het ouderschap.

⁷¹ Zie verder: A. Gross, "The Burden of Conjugalität", in: Eva Brems (red.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 267-8.

⁷² Zie verder: A. Gross, "The Burden of Conjugalität", in: Eva Brems (red.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 278.

⁷³ Zie o.a.: EHRM 24 maart 1988, 10465/83 (*Olsson/Zweden*); EHRM 18 februari 1991, 12313/86 (*Moustaquim/België*); EHRM 24 april 1996, 22070/93 (*Boughanemi/Frankrijk*); EHRM 6 april 2010, 4694/03 (*Mustafa Armağan Akin/Turkije*). .. Zie verder: R. White & C. Ovey. *The European Convention on Human Rights*, 5th Revised edition, Oxford: Oxford University Press, p. 336.

⁷⁴ Bijvoorbeeld ten gevolge van een separatie tussen de ouders of naar aanleiding van een uithuisplaatsing; zie ook: M. Bruning & K. van der Zon. "Out of home, out of right? Rechten van kinderen bij uithuisplaatsing", *NTM-NJCM Bulletin* 2013/39, p. 500-514.

⁷⁵ F. Swennen, *Het personen- en familierecht: een Benadering in Context*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 404.

van juridisch ouderschap voor een of twee wensouders die gebruik maken van een altruïstische draagmoeder, maar niet de constructie waarbij de draagmoeder naast deze wensouders juridisch ouder blijft. Het conceptvoorstel met betrekking tot deelgezag biedt enige mate van erkenning van mee(r)ouderschap maar zonder daarbij noemenswaardige rechten aan houders van dit deelgezag tot te kennen.

Gelet op het bovenstaande is het duidelijk dat maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van familie en ouderschap en de juridische erkenning van deze ontwikkelingen tot nu toe niet synchroon lopen en dat dit ook in de toekomst waarschijnlijk niet het geval zal zijn. We vroegen ons in de inleiding af welke rol het Hof bij de erkenning van niet(?)-traditionele gezinnen speelt en kan spelen in de toekomst bij met name de erkenning van meerouderschap. Voorlopig ziet het er naar uit dat het Hof eerder een 'klankbordfunctie' dan een 'sturende functie' vervult en zal blijven vervullen wat de erkenning van niet(?)-traditioneel ouderschap, en meerouderschap in het bijzonder, betreft. Dit komt mede door een gebrek aan consensus en regelgeving op dit gebied binnen de lidstaten. Wij sluiten echter niet uit dat het Hof in toenemende mate zal optreden als 'een motor der verandering' en een meer sturende rol op zich zal nemen, zeker wanneer sprake is van een bredere (Europese) erkenning van meerouderschap. Het is daarvoor wel wachten op een zaak waarbij meerouders met een ouderschapsintentie en/of kinderen geboren in een meeroudergezin het gebrek aan juridische erkenning van hun ouder-kind relatie bij het Hof aan de kaak stellen op grond van onder meer artikel 8 EVRM. Het is denkbaar dat het Hof zich eerder 'sturend' zal uitspreken over deze materie wanneer men zich beroept op een schending van het privéleven onder 8 EVRM en dan met name een schending van de identiteitsrechten van het kind op grond van het gebrek aan erkenning van het de facto gezin van het kind.