

# Doorstaat artikel 1:41a BW de toetsing aan artikel 12 EVRM?

FJR 2017/3

**Het recht om te huwen: waar ligt de grens tussen het recht van het individu om te trouwen en de beoordelingsvrijheid van de Staat? Deze vraag is het afgelopen jaar voor ons nog interessanter geworden gezien de inwerkingtreding van artikel 1:41a BW van de Wet tegengaan huwelijksdwang, dat een beperking aan neef/nichthuwelijken inhoudt. In deze bijdrage is deze bepaling getoetst aan de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over artikel 12 EVRM.**

## 1. Inleiding

Het familierecht is één van de terreinen waarop de overheid soms repressieve maatregelen moet nemen die de vrijheid van burgers beperken. Een boeiende vraag is hoe dit rechtsgebied zich verhoudt tot mensenrechten, die juist in eerste instantie de vrijheid van burgers voorop stellen en de beperking van deze vrijheid door staten tot een minimum wil houden. Waar eindigt de vrijheid van burgers en begint de gerechtvaardigde inmenging door staten?

Een jaar geleden is de Wet tegengaan huwelijksdwang in werking getreden.<sup>2</sup> Met deze wet wordt uitvoering gegeven aan hetgeen is opgenomen met betrekking tot de zogenaamde neef/nichthuwelijken<sup>3</sup> in het regeerakkoord Bruggen Slaan.<sup>4</sup> Deze wet bevat onder meer een nieuw artikel 1:41a van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), dat een verbod voor derde- en vierdegraads bloedverwanten in de zijlinie om te huwen inhoudt; dit verbod is overigens niet absoluut. Een vraag die in de parlementaire discussie onvoldoende aan de orde is gekomen, is in hoeverre de aanpassing van de wet op bezwaren stuit in verband met het recht om te huwen, gewaarborgd in artikel 12 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Teneinde deze vraag te beantwoorden zal in deze bijdrage de totstandkoming van artikel 1:41a BW en de verantwoording door de wetgever worden besproken. Vervolgens zal artikel 12 EVRM worden behandeld, waarbij wordt ingegaan op de relevante jurisprudentie. Daarna zal artikel 1:41a BW worden getoetst aan de leer van artikel 12 EVRM, waarna in de conclusie een antwoord zal worden gegeven op bovengenoemde vraag.

1 Mr. Y. (Yasemin) Yildiz (y.yildiz@uu.nl) is als docent Privaatrecht verbonden aan het Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

2 Stb. 2015, 354.

3 Huwelijken tussen derde- en vierdegraads bloedverwanten in de zijlinie. Dit betekent huwelijken tussen oom-nicht, tante-neef en neef-nicht.

4 Regeerakkoord VVD-PvdA 29 oktober 2012, [www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord); *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 3, p. 1.

## 2. Wet tegengaan huwelijksdwang

De problematiek rondom huwelijksdwang en aanverwante onderwerpen heeft in de afgelopen jaren in toenemende mate de aandacht getrokken van politici.<sup>5</sup> Als gevolg hiervan is meer behoefte ontstaan aan kennis en zijn verscheidene onderzoeken verricht naar de omvang van huwelijksdwang en de situaties waarin zich huwelijksdwang voordoet. De regering heeft een aantal aanpassingen in het strafrecht<sup>6</sup> gedaan door de aanscherping van de dwangbepaling van artikel 284 Wetboek van Strafrecht, en is in de strijd tegen huwelijksdwang een volgende stap gezet met de hervorming van Boek 1 BW door middel van de Wet tegengaan huwelijksdwang.<sup>7</sup>

### 2.1 Doel en ratio

De Wet tegengaan huwelijksdwang heeft artikelen toegevoegd en gewijzigd die als doel hebben huwelijksdwang tegen te gaan. Eén hiervan is artikel 1:41a BW, dat een verbod op het sluiten van een neef/nichthuwelijk inhoudt:<sup>8</sup>

“Een huwelijk mag niet worden gesloten tussen hen die elkander, hetzij van nature hetzij familierechtelijk, als bloedverwanten bestaan in de derde of vierde graad in de zijlinie, tenzij de aanstaande echtgenoten bij de ambtenaar van de burgerlijke stand ieder een beëdigde verklaring hebben afgelegd, inhoudende dat zij hun vrije toestemming tot het huwelijk geven.”<sup>9</sup>

Omdat het doel van de bepaling het tegengaan van huwelijksdwang is en niet het verbieden van neef/nichthuwelijken, is het voor de huwelijkskandidaten mogelijk om toch te trouwen. Het huwelijksverbod geldt namelijk niet als beiden de beëdigde verklaring afleggen tegenover de ambtenaar van de burgerlijke stand, ten laatste voor de huwelijksvoltrekking. De gedachte die hier aan ten grondslag ligt is dat het afleggen van deze beëdigde verklaring een extra reflectiemoment biedt en een zeer sterke prikkel vormt om de waarheid te verklaren.<sup>10</sup>

5 Zie bijvoorbeeld ‘Een gedwongen huwelijk is niet islamitisch’, *NRC* 5 januari 2008, [www.nrc.nl/nieuws/2008/01/05/een-gedwongen-huwelijk-is-niet-islamitisch-11463392-a182868](http://www.nrc.nl/nieuws/2008/01/05/een-gedwongen-huwelijk-is-niet-islamitisch-11463392-a182868); ‘Hardere aanpak huwelijksdwang’, *Volkscrant* 19 november 2009, <http://s.vk.nl/s-a362791/>; ‘Maatregelen tegen huwelijksdwang’, *Volkscrant* 27 april 2010, <http://s.vk.nl/s-a982584/>.

6 *Stb.* 2013, 95: Wet van 7 maart 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht BES met het oog op de verruiming van de mogelijkheden tot strafrechtelijke aanpak van huwelijksdwang, polygamie en vrouwelijke genitale verminking.

7 *Stb.* 2015, 354; *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 2.

8 *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 3, p. 1.

9 *Stb.* 2015, 354, p. 2.

10 *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 3, p. 8.

Ter onderbouwing van de keuze voor specifiek deze groep van huwelijkskandidaten, wordt door de wetgever naar een aantal onderzoeken verwezen.<sup>11</sup> Alhoewel deze onderzoeken zich op verschillende jaren en bevolkingsgroepen hebben gericht, komt daaruit in ieder geval naar voren dat huwelijksdwang zich in Nederland voordoet. Minder duidelijk zijn echter de omvang en situaties waarin sprake zou zijn van huwelijksdwang. Terwijl het ene onderzoek vijf situaties noemt<sup>12</sup> en het andere tien,<sup>13</sup> en in beide onderzoeken de groep neef/nichthuwelijken voorkomt, worden in het meest recente onderzoek drie situaties geïdentificeerd.<sup>14</sup> Een groter raadsel is de omvang in het geheel en per situatie. Enkel in het laatste onderzoek worden hierover cijfers gegeven. De onderzoekers hebben een landelijke boven- en ondergrens van huwelijksdwang vastgesteld tussen de 674 en 1914 gevallen over de jaren 2011 en 2012.<sup>15</sup> Wat het aandeel hierin van derde- en vierdegraads bloedverwanten is valt niet uit het onderzoek af te leiden. Daarnaast is niet helemaal duidelijk hoe betrouwbaar deze educated guess is. Zo bleken de geïnterviewde experts uit te gaan van een lager aantal gevallen.<sup>16</sup>

Ondanks het feit dat uit deze onderzoeken naar voren is gekomen dat de groep van neef/nichthuwelijken niet de enige groep of situatie is waarin huwelijksdwang zich zou kunnen voordoen, en door de wetgever is onderkend dat concrete cijfers ter zake ontbreken, is toch voor het opnemen van enkel deze groep in artikel 1:41a BW gekozen, omdat:

“Juist in situaties van nauwe bloedverwantschap tussen de aanstaande echtgenoten kan de druk vanuit de familiale omgeving dermate grote vormen aannemen dat daar zeer moeilijk weerstand aan geboden kan worden. Op dat moment worden de aanstaande echtgenoten gedwongen zich nog eens goed te beraden op de gevol-

gen van de keuze die zij voornemens zijn te maken. Het vereisen van een beëdigde verklaring zou weliswaar ook van nut kunnen zijn in andere situaties, zoals het zwagerhuwelijk en het huwelijk in geval van een niet beoogde zwangerschap, doch er bestaat geen aanleiding te veronderstellen dat het extra reflectiemoment in die specifieke situaties een meerwaarde zou kunnen bieden. Verwacht mag immers worden dat me[t] name in geval van nauwe bloedverwantschap de familiale druk van twee kanten kan worden uitgeoefend, terwijl dat in de andere situaties met een verhoogd risico op dwang minder voor de hand ligt.”<sup>17</sup>

## 2.2 Consultatie

Verscheidene adviesorganen hebben zich uitgelaten over het wetsvoorstel waarvan artikel 1:41a BW deel uitmaakte. Alhoewel zij over het algemeen positief waren over het doel van artikel 1:41a BW, werden er wel kritische kanttekeningen gemaakt. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken achtte de keuze voor derde- en vierdegraads bloedverwanten disproportioneel en de Raad van State vond dat deze keuze niet goed onderbouwd is. De onderzoeken waarnaar de wetgever verwijst bieden volgens de Raad van State een beperkte onderbouwing, gezien het gebrek aan cijfers en de constatering dat dwang zich ook in andere situaties voordoet. Daarbuiten is volgens de Raad van State te verwachten dat de effectiviteit van de beëdigde verklaring in de praktijk gering zal zijn. Immers, de ambtenaar van de burgerlijke stand zal niet kunnen achterhalen of de huwelijkskandidaten de waarheid spreken omtrent de graad van hun bloedverwantschap, omdat deze gegevens niet worden bijgehouden. Ten tweede is het aannemelijk dat in situaties waarin sprake is van dwang, die dwang zich niet enkel zal richten tot het aangaan van het huwelijk, maar ook op het afleggen van de beëdigde verklaring. Het moeten afleggen van een beëdigde verklaring zal daarom geen drempel vormen om de waarheid te verklaren zoals de wetgever meent. Er wordt door de Raad van State ook op gewezen dat het zelfs een averechts effect kan hebben, omdat huwelijkskandidaten het OM niet zullen benaderen, gezien het afleggen van een valse verklaring strafbaar is.<sup>18</sup> Ondanks deze bezwaren is het artikel door de wetgever ongewijzigd ingevoerd.<sup>19</sup> De Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht (hierna: Staatscommissie) heeft tweemaal advies uitgebracht over onderdelen van het (concept) wetsvoorstel met

11 *Kamerstukken II 2012/13*, 33488, 3, p. 8; *Kamerstukken I 2014/2015*, 33488, C.  
 12 M. de Koning & E. Bartels, Over het huwelijk gesproken: partnerkeuze en gedwongen huwelijken bij Marokkaanse, Turkse en Hindoestaanse Nederlanders, Den Haag: Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2005, p. 60-64; 1) wanneer de vrouw of man niet goed functioneert en in de ogen van de ouders ongewenst gedrag vertoont; 2) wanneer er sprake is van een huwelijkskandidaat die geen goedkeuring krijgt in de ogen van de ouders; 3) wanneer er sprake is van migratiedruk uit het land van herkomst; 4) wanneer er sprake is van een huwelijk met bloedverwanten; en 5) een combinatie van bovengenoemde factoren.  
 13 A. Cornelissens, J. Kuppens & H. Ferwerda, *Huwelijksdwang, een verbintenis voor het leven? Een verkenning van de aard en aanpak van gedwongen huwelijken in Nederland*, Den Haag: WODC, Ministerie van Justitie 2009, p. 31, 66-67. De andere situaties die zijn onderscheiden zijn schakings-, schijn-, geboorte-, ruil-, verzoenings-, zwager- en kindhuwelijken, economisch en gearrangeerde huwelijken en het 'moetje'.  
 14 E. Smits van Waesberghe e.a. (Verwey Jonker Instituut met de partners: Universiteit Maastricht en Femmes for Freedom), *Zo zijn we niet getrouwd*, Utrecht: Verwey Jonker Instituut 2014, p. 74-76.  
 15 E. Smits van Waesberghe e.a. (Verwey Jonker Instituut met de partners: Universiteit Maastricht en Femmes for Freedom), *Zo zijn we niet getrouwd*, Utrecht: Verwey Jonker Instituut 2014, p. 71.  
 16 E. Smits van Waesberghe e.a. (Verwey Jonker Instituut met de partners: Universiteit Maastricht en Femmes for Freedom), *Zo zijn we niet getrouwd*, Utrecht: Verwey Jonker Instituut 2014, p. 75-76; R.S.B. Kool, 'I take you as my lawfully wedded wife: comparison and observations with regard to the penalization of forced marriages', in: F. de Jong, e.a. (eds.), *Overarching views of crime and deviancy* (Pompe reeks), Den Haag: Bju 2015, p. 242.

17 *Kamerstukken II 2012/13*, 33488, 4, p. 4. Zie ook *Kamerstukken II 2012/13*, 33488, 3, p. 8.  
 18 *Kamerstukken II 2012/13*, 33488, 3, bijlage advies Adviescommissie Vreemdelingenzaken 1 februari 2012, p. 2-3; bijlage advies Raad voor de Rechtspraak 4 januari 2012, p. 2; bijlage advies NVvR 22 december 2011, p. 2; bijlage advies NVvB 23 december 2011, p. 1; bijlage advies Forum 23 december 2011, p. 2-3; *Kamerstukken II 2012/13*, 33488, 4, p. 2-3.  
 19 *Kamerstukken II 2012/13*, 33488, 3, p. 15; *Kamerstukken II 2012/13*, 33488, 4, p. 4. Soortgelijke vraagtekens zijn tevens door fractieleden gezet, waarop de wetgever overeenkomstig heeft geantwoord, zie *Kamerstukken I 2014/2015*, 33488 C.

betrekking tot de erkenning van buitenlandse huwelijken.<sup>20</sup> In het laatste advies heeft de Staatscommissie de vraag of in Nederland erkenning kan worden onthouden aan in het buitenland gesloten neef/nichthuwelijken op grond van artikel 12 EVRM negatief beantwoord. De eis van de beëdigde verklaring die de wetgever eventueel ook zou willen stellen aan deze buitenlandse huwelijken moet volgens de Staatscommissie voldoen aan de eisen uit de jurisprudentie met betrekking tot artikel 12 EVRM, die in de volgende paragraaf zullen worden besproken.<sup>21</sup>

### 3. Het EVRM: artikel 12

Een vraag die nauwelijks ter discussie stond tijdens het wetgevingsproces is in hoeverre artikel 1:41a BW op bezwaren stuit in verband met het recht om te huwen, gewaarborgd in artikel 12 EVRM.<sup>22</sup> Wat dit artikel met zich meebrengt wordt bepaald in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). Hieruit volgt dat artikel 12 EVRM geen absoluut recht voor burgers creëert. De verdragsstaten hebben een zekere beoordelingsvrijheid om de grenzen van dit recht te bepalen. In de nationale wetgeving kan de uitoefening van het recht om te huwen worden gereguleerd in de vorm van formele en materiële huwelijksvereisten. De staat kan bijvoorbeeld voorwaarden stellen en de juridische gevolgen van het huwelijk reguleren. Daarnaast kunnen inhoudelijke maatregelen betrekking hebben op algemeen aanvaarde overwegingen van openbare orde. Met name overwegingen met betrekking tot de capaciteit, huwelijksleeftijd,<sup>23</sup> vrije wil,<sup>24</sup> verwantschap en het voorkomen van bigamie zijn toegestane onderwerpen van inwendige huwelijksvereisten.<sup>25</sup> Een duidelijk voorbeeld hiervan is het verbod om voor de achttiende leeftijd te huwen. Hierover werd in een recente uitspraak van het EHRM beslist dat een verdragsstaat onder geen enkele voorwaarde de verplichting heeft om een huwelijk te erkennen waarbij één van de echtgenoten minderjarig is, gelet op de desbetreffende gevoelige morele keuzes, het belang van het beschermen van kinderen en het bevorderen van een veilige

familie omgeving.<sup>26</sup> De staat heeft dus een bepaalde ruimte bij het invullen van het recht om te huwen.

Tot 1998 werden zaken in eerste instantie na een vooronderzoek op ontvankelijkheid beoordeeld door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: ECRM). Indien een zaak ontvankelijk werd verklaard, kregen partijen de gelegenheid om tot een overeenkomst te komen. Wanneer zij hierin niet slaagden, kwam de zaak weer voor de ECRM. Pas wanneer deze oordeelde dat er mogelijk sprake was van een schending van artikel 12 EVRM, kon de zaak door een partij aan het EHRM worden voorgelegd.<sup>27</sup> Deze procedurele gang van zaken lijkt de oorzaak te zijn van het geringe aantal beslissingen van het EHRM over artikel 12 EVRM in deze periode. Het lijkt erop dat de ECRM weinig schendingen van het recht om te trouwen aannam.<sup>28</sup> Verre gaande beperkingen in de vorm van formele huwelijksvereisten, vooral met betrekking tot het tegengaan van schijnhuwelijken en gedetineerden, werden niet in strijd met artikel 12 EVRM geoordeeld. In situaties waaruit bleek dat de betrokkenen uiteindelijk waren getrouwd, werd de zaak afgedaan zonder te veel woorden eraan te wijden.<sup>29</sup> Echter, ook naar het oordeel van de ECRM is de vrijheid die staten op dit punt hebben gelimiteerd. Door de ECRM werd bijvoorbeeld het ontbreken van regelgeving om een effectieve uitoefening van het recht om te huwen mogelijk te maken, als een inmenging gezien die gelegitimeerd moet kunnen worden.<sup>30</sup>

Eén van de zaken die het in de periode voor 1998 heeft gered tot aan het EHRM, is de zaak *F./Zwitserland*. In deze zaak betrof het een verbod om te hertrouwen binnen drie jaar na een echtscheiding. Wanneer een verbod zoals deze in andere verdragsstaten niet of nauwelijks voorkomt, wordt het naar het oordeel van het EHRM onwaarschijnlijker dat het onder de beoordelingsvrijheid valt. Alhoewel dit verbod volgens het EHRM een legitiem doel had, was deze beperking geen geschikt middel om het doel te bereiken en daardoor disproportioneel. Volgens het EHRM werd het recht om te huwen in essentie aangetast en was de bepaling in Zwitserse wetgeving in strijd met artikel 12 EVRM.<sup>31</sup> Deze beslis-

20 *Kamerstukken II 2012/13, 33488, 3, bijlage advies Staatscommissie IPR 23 december 2011; Kamerstukken I 2014/15, 33488, C, bijlage advies Staatscommissie IPR 7 oktober 2014.* Tevens is door de Staatscommissie IPR eerder advies uitgebracht over de aangekondigde maatregelen m.b.t. de beperking van huwelijksdwang; *Kamerstukken II 2010/11, 32175, 17, bijlage advies Staatscommissie IPR 5 november 2010.* Daarnaast is de wetgever door de Commissie van advies voor de zaken betreffende de burgerlijke staat en de nationaliteit geadviseerd om in de toelichting uitvoerder in te gaan op het voornoemde advies van de Staatscommissie uit 2011.

21 *Kamerstukken I 2014/15, 33488, C, bijlage advies Staatscommissie IPR 7 oktober 2014, p. 9-12.*

22 Artikel 12 EVRM: 'Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen'.

23 ECieRM 7 juli 1986, 11579/85 (*Khan/VK*); EHRM 18 december 1987, 11329/85 (*F./Zwitserland*), NJ 1989/99, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 36-37; EHRM 13 september 2005, 36536/02 (*B.&L./VK*), EHRC 2005/105, m.nt. E. Brems, r.o. 40.

24 EHRM 5 januari 2010, 24023/03 (*Jaremicz/Polen*), EHRC 2010/28, m.nt. E. Brems, r.o. 49, 61.

25 J. Fawcett, M. Ní Shúilleabháin & S. Shah, *Human Rights and Private International Law. Oxford Private International Law Series*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 595.

26 EHRM 8 maart 2016, 60119/12 (*Z.H.&R.H./Zwitserland*), r.o. 44. Deze zaak had toevallig betrekking op een huwelijk tussen een neef en nicht, waarbij de nicht ten tijde van het religieuze huwelijk 14 jaar oud was. In deze uitspraak wordt door het EHRM enkel ingegaan op de leeftijd. De minderjarigheid van de nicht was op grond van de openbare orde exceptie de reden dat het huwelijk niet werd erkend door Zwitserland.

27 Van Dijk c.s., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 32-36.

28 B. van der Sloot, 'Over het recht om te trouwen en een gezin te stichten', *NTM/NJCM-Bull.* 2013/3, p. 365-368.

29 Zie bijvoorbeeld ECieRM 6 juli 1992, 19788/92 (*S./VK*); ECieRM 12 oktober 1994, 20402/92 (*Spetz e.a./Zweden*); ECieRM 16 januari 1996, 25050/94 (*Yavuz/Oostenrijk*); ECieRM 21 oktober 1997, 34025/96 (*Gelaw/Zweden*); ECieRM 16 oktober 1996, 31401/96 (*Sanders/Frankrijk*); ECieRM 3 december 1997, 33257/96 (*Klip&Krüger/Nederland*); ECieRM 22 oktober 1997, 29245/95 (*Foskjaer/Denemarken*).

30 Zie ten aanzien van gedetineerden ECieRM rapport 13 december 1979, 7114/75, (*Hamer/VK*), r.o. 60, 72 e.v.; ECieRM rapport 10 juli 1980, 8186/78, (*Draper/VK*), r.o. 47, 62 e.v.

31 EHRM 18 december 1987, 11329/85 (*F./Zwitserland*), NJ 1989/99, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 33, 36-40.

sing heeft in latere zaken van het EHRM het uitgangspunt gevormd. Uit vaste rechtspraak van het EHRM blijkt dat een beperking van het recht om te huwen vaak in strijd met artikel 12 EVRM wordt geoordeeld. In de zaak *B.&L./VK*, die het meeste verwantschap vertoont met de kwestie omtrent artikel 1:41a BW aangezien het ook hier een huwelijksbeletsel tussen verwanten betrof, lag het toenmalige Engelse huwelijksverbod onder vuur voor een huwelijk tussen een schoonvader en schoondochter. Op grond van deze regelgeving konden zij enkel trouwen wanneer de ex-echtgenoten van hen beiden waren overleden. Was dit nog niet het geval, dan konden zij een verzoek tot ontheffing van het huwelijksbeletsel indienen bij het parlement. Voor het EHRM was van belang dat het ging om een ineffectief middel. Het doel van het huwelijksverbod was namelijk de bescherming van de integriteit van het gezin en het voorkomen van 'verwarrende' familiepatronen. Hoewel dit een legitiem doel was, werd het aangaan van feitelijke relaties door middel van het huwelijksverbod niet voorkomen. De inconsistentie tussen het beoogde doel en de ingezette middelen ondermijnt volgens het EHRM de rationele en logische basis van de regeling. Door het EHRM werd aldus een schending van artikel 12 EVRM aangenomen, ondanks het feit dat de regelgeving geen absoluut huwelijksverbod betrof.<sup>32</sup>

De lijn in de rechtspraak van het EHRM komt ook duidelijk naar voren in de zaken *Jaremwicz/Polen* en *Frasik/Polen*. Deze zaken betroffen gedetineerden die niet konden trouwen zolang ze in detentie waren, omdat in de nationale wetgeving niet in die mogelijkheid werd voorzien. Uit de beslissing van het EHRM volgt dat deze beperking van het recht om te trouwen, al is het voor een korte periode, ongerechtvaardigd is. De keuze voor een huwelijkspartner, of deze keuze in vrijheid of in detentie wordt gemaakt, is een strikte privé en persoonlijke aangelegenheid, hetgeen niet verhinderd mag worden door staten, vooral niet op grond van de veronderstelling dat de relatie niet acceptabel is voor hen of volgens publieke opinie aanstootgevend is.<sup>33</sup>

Zelfs in zaken met betrekking tot schijnhuwelijken lijkt het EHRM terughoudend te zijn in het toestaan van beperkingen van het recht om te trouwen. *O'Donoghue/VK* betrof een klacht naar aanleiding van meerdere maatregelen, waaronder formele huwelijksvereisten, om schijnhuwelijken tegen te gaan die een bepaalde groep als doelgroep hadden. Het EHRM had al eerder overwogen dat een algemene, automatische en geen onderscheid makende beperking van een essentieel verdragsrecht, buiten de beoordelingsvrijheid van een verdragsstaat valt, hoe breed deze vrijheid van verdragsstaten in een dergelijke situatie ook mag zijn.<sup>34</sup> Het EHRM is in deze uitspraak van oordeel dat zelfs wanneer er aanwijzingen zijn dat zich bij huwelijkskandidaten uit een bepaalde groep vaker schijnhuwelijken voordoen, een alge-

meen, alles inclusief verbod zonder enige poging om de echtheid/oprechtheid van het huwelijk te onderzoeken en die daardoor een grotere groep mensen treft dan nodig, de essentie van artikel 12 EVRM aantast. Het bestaan van een uitzonderingsmogelijkheid deed hier niet aan af, gegeven het feit dat bij de mogelijkheid om toestemming te vragen een grote discretionaire bevoegdheid bij de minister lag en daarbij geen rol speelde of het een 'genuine marriage' is.<sup>35</sup>

Tot slot moet worden opgemerkt dat het EHRM zelfs in cultureel gevoelige zaken strenger is geworden bij de handhaving van artikel 12 EVRM. Terwijl staten in het begin een brede beoordelingsvrijheid hadden ten aanzien van transsexuelen, wordt deze vrijheid door het EHRM steeds meer begrensd door een beroep op tolerantie en maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>36</sup>

## 4. Toepassing

Uit de vorige paragraaf is gebleken dat staten een zekere beoordelingsvrijheid hebben bij het treffen van maatregelen die de huwelijksvrijheid kunnen beperken, maar dat er gemeenschappelijke minimumnormen zijn die bij de totstandkoming van zowel formele als materiële huwelijksbeletselen dienen te worden gewaarborgd. De beperkingen die voortvloeien uit de nationale wetgeving mogen in de eerste plaats het recht om te trouwen niet op een zodanige wijze of in zodanige mate beperken dat de essentie van dit recht wordt aangetast.<sup>37</sup> Voorts kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat beperkingen een legitiem doel moeten dienen en dat het middel om dat doel te bereiken niet willekeurig, disproportioneel, ineffectief of inconsistent mag zijn.<sup>38</sup> Het EHRM verlangt ook dat huwelijksbeperkingen een zinvol doel van openbare orde dienen.<sup>39</sup> Daarnaast moet de wetgeving toegankelijk en voldoende duidelijk zijn en mag huwelijkskandidaten niet op andere wijze het recht ontnemen te trouwen met de partner van hun keuze.<sup>40</sup> Tot slot mag het middel zich niet als een algemeen, alles inclusief verbod

32 EHRM 13 september 2005, 36536/02 (*B.&L./VK*), EHRC 2005/105, m.nt. E. Brems, r.o. 36-41.  
 33 EHRM 5 januari 2010, 22933/02 (*Frasik/Polen*), r.o. 95-97; EHRM 5 januari 2010, 24023/03 (*Jaremwicz/Polen*), r.o. 59-61.  
 34 Zie ook EHRM 6 oktober 2005, 74025/01 (*Hirst/VK*), r.o. 82.

35 EHRM 14 december 2010, 34848/07 (*O'Donoghue/VK*), EHRC 2011/38, m.nt. K.M. de Vries, r.o. 89.  
 36 Van Dijk c.s., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 846-851; B. van der Sloot, 'Over het recht om te trouwen en een gezin te stichten', *NTM/NJCM-Bull.* 2013/3, p. 378.  
 37 Van Dijk c.s., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 842-844; EHRM 17 oktober 1986, 9532/81 (*Rees/VK*), NJ 1987/945, m.nt. E.A. Alkema, par. 50: 'limitations must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired'; EHRM 18 december 1987, 11329/85 (*F./Zwitserland*), NJ 1989/99, m.nt. E.A. Alkema; EHRM 10 september 2001, 22933/02 (*Frasik/Polen*), r.o. 88; EHRM 13 september 2005, 36536/02 (*B.&L./VK*), EHRC 2005/105, m.nt. E. Brems, r.o. 34.  
 38 EHRM 5 januari 2001, 22933/02 (*Frasik/Polen*); EHRM 14 december 2010, 34848/07 (*O'Donoghue/VK*), EHRC 2011/38, m.nt. K.M. de Vries. Zie ook J. Fawcett, M. Ni Shúilleabháin & S. Shah, *Human Rights and Private International Law. Oxford Private International Law Series*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 594.  
 39 EHRM 5 januari 2010, 24023/03 (*Jaremwicz/Polen*), EHRC 2010/28, m.nt. E. Brems; EHRM 14 december 2010, 34848/07 (*O'Donoghue/VK*), EHRC 2011/38, m.nt. K.M. de Vries, r.o. 83.  
 40 Zie o.a. ECieRM rapport 13 december 1979, 7114/75 (*Hamer/VK*); EHRM 13 september 2005, 36536/02 (*B.&L./VK*), EHRC 2005/105, m.nt. E. Brems.

richten tot een categorie van personen.<sup>41</sup> De vraag is nu, wat deze minimumnormen in de Nederlandse context ten aanzien van artikel 1:41a BW betekenen.

De wetgever heeft zich tijdens de totstandkoming van de Wet tegengaan huwelijksdwang uitgelaten over de vraag of er sprake zou kunnen zijn van een schending van artikel 12 EVRM. Volgens de wetgever zijn in de jurisprudentie van het EHRM geen aanwijzingen te vinden dat een huwelijksverbod in geval van derde- en vierdegraads bloedverwantschap in strijd is met het EVRM. Het huwelijksverbod van artikel 1:41a BW heeft als doel het voorkomen dat aanstaande huwelijkskandidaten in een situatie terechtkomen waarin zij niet of onvoldoende weerstand kunnen bieden aan dwang uit hun familieomgeving om een huwelijk binnen het familieverband te sluiten. Verwacht wordt door de wetgever dat wanneer er sprake is van dwang, de huwelijkskandidaten ervoor zullen terugdeinzen de beëdigde verklaring af te leggen en dat daardoor het huwelijk niet gesloten zal worden. Volgens de wetgever mag, gelet op de grote waarde die ook het EHRM hecht aan de huwelijksvrijheid en in vrijheid gegeven toestemming, verwacht worden dat dit doel als een legitiem doel beoordeeld zal worden.<sup>42</sup> Desondanks is in de literatuur en door de Staatscommissie overwogen dat een huwelijksverbod dat specifiek ziet op derde- en vierdegraads bloedverwanten op gespannen voet kan staan met het recht te huwen van artikel 12 EVRM.<sup>43</sup> Of dit verbod is toegestaan, hangt namelijk niet enkel af van de vraag of er sprake is van een legitiem doel.

Het EHRM is sneller geneigd te oordelen dat een huwelijksverbod buiten de beoordelingsvrijheid van een staat valt, wanneer een dergelijk verbod niet in andere verdragsstaten voorkomt.<sup>44</sup> Een huwelijk tussen derde- en vierdegraads bloedverwanten stuit in meeste verdragsstaten niet op bezwaren, net zoals het voor deze wetswijziging ook niet in Nederland deed.<sup>45</sup> In beginsel is het opnemen van een huwelijksverbod in nationale wetgeving dat ziet op verwantschap toegestaan.<sup>46</sup> Artikel 1:41a BW is een verbod op neef/nichthuwelijken, maar uit het voorgaande blijkt dat dit niet het doel is van de regeling. Dit blijkt ook uit het feit dat het huwelijksverbod geen absoluut verbod is; neef/nichthuwelijken kunnen plaatsvinden mits een beëdigde verklaring is

ondertekend. Gezien het doel van deze wetgeving gericht is op waarborging van de vrije wil van de huwelijkskandidaten, zal dit naar alle waarschijnlijkheid door het EHRM gekwalificeerd worden als een legitiem doel.<sup>47</sup> Het is echter duidelijk dat er sprake is van inconsistentie tussen doel en middel: het doel is het tegengaan van huwelijksdwang, maar het middel, artikel 1:41a BW, is geen verbod op huwelijksdwang, maar een beperking van neef/nichthuwelijken. Vanwege de inconsistentie ligt het voor de hand dat een grotere groep huwelijkskandidaten wordt getroffen door het verbod dan met het doel is beoogd. Een dergelijke regeling, die een algemeen, alles insluitend verbod inhoudt dat specifiek gericht is tot een bepaalde doelgroep, in casu derde- en vierdegraads bloedverwanten, valt waarschijnlijk buiten de beoordelingsvrijheid van een verdragsstaat. Mogelijke aanwijzingen, zoals de onderzoeken die tot op heden zijn verricht, die desbetreffende groep aanduiden doen hier niet aan af.<sup>48</sup> Door artikel 1:41a BW worden alle neef/nichthuwelijken<sup>49</sup> getroffen, en gezien het feit dat onvoldoende aanwijzingen uit de onderzoeken naar voren is gekomen op grond waarvan een regeling alleen voor deze groep gerechtvaardigd lijkt, worden ook gevallen getroffen die buiten het doel van artikel 1:41a BW vallen. Daarnaast komt uit de onderzoeken naar voren dat de situatie waarin er sprake is van een neef/nichthuwelijk niet de enige is waarbij sprake kan zijn van huwelijksdwang. Zo worden situaties zoals ongewenste zwangerschappen en zwagerhuwelijken genoemd.<sup>50</sup> Al deze situaties, waarbij geen sprake is van derde- of vierdegraads bloedverwantschap, vallen buiten de reikwijdte van artikel 1:41a BW. De huidige wetgeving is aldus ineffectief bij het tegengaan van huwelijksdwang voor die andere groepen.<sup>51</sup> De wetgever kan, net zoals in de zaak *O'Donoghue/VK*, geen concrete cijfers leveren ter onderbouwing van de keuze voor derde- en vierdegraads bloedverwanten. De wetgever rechtvaardigt deze keuze door te stellen dat bij huwelijken binnen deze groep de familiale druk vanuit twee kanten dermate grote vormen kan aannemen dat daar zeer moeilijk weerstand aan geboden kan worden en dat dit minder voor de hand ligt in andere situaties. Men kan zich echter goed voorstellen dat ook in andere situaties de huwelijksdwang vanuit de familie bijzonder groot kan zijn. Bij een situatie zoals ongewenste zwangerschap, waarbij in sommige gemeenschappen de eer van twee families op het spel staat, kan de huwelijksdwang zich zelfs vermoedelijk in ergere vormen uiten. Zoals ook door de Raad van State is gesteld, is het aannemelijk dat de keuze ongerechtvaardigd is.<sup>52</sup>

41 EHRM 14 december 2010, 34848/07 (*O'Donoghue/VK*), EHRC 2011/38, m.nt. K.M. de Vries, r.o. 89; EHRM 5 januari 2010, 22933/02 (*Frasik/Polen*), r.o. 88-90; EHRM 5 januari 2010, 24023/03 (*Jaremowicz/Polen*), r.o. 48-50. Zie ook *Kamerstukken I* 2014/15, 33488, C, bijlage advies Staatscommissie IPR 7 oktober 2014, p. 7.

42 *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 3, p. 9-10.

43 P. Vlaardingebroek, 'Twee nationaliteiten op één kussen, daar slaapt de (Nederlandse) overheid tussen?!', *FJR* 2011/27, p. 8-10; F. Swennen, 'Liever paria dan sharia?', *FJR* 2012/61, p. 1-2; *Kamerstukken I* 2014/15, 33488, C, bijlage advies Staatscommissie IPR 7 oktober 2014, p. 5-12.

44 EHRM 18 december 1987, 11329/85 (*F/Zwitserland*), NJ 1989/99, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 33.

45 *Kamerstukken I* 2014/15, 33488, C, bijlage advies Staatscommissie IPR 7 oktober 2014, p. 3; P. Vlaardingebroek, 'Twee nationaliteiten op één kussen, daar slaapt de (Nederlandse) overheid tussen?!', *FJR* 2011/27, p. 6-8.

46 EHRM 5 januari 2010, 24023/03 (*Jaremowicz/Polen*), EHRC 2010/28, m.nt. E. Brems; EHRM 14 december 2010, 34848/07 (*O'Donoghue/VK*), EHRC 2011/38, m.nt. K.M. de Vries, r.o. 83.

47 EHRM 5 januari 2010, 24023/03 (*Jaremowicz/Polen*), EHRC 2010/28, m.nt. E. Brems, r.o. 49, 61.

48 Zie EHRM 14 december 2010, 34848/07 (*O'Donoghue/VK*), EHRC 2011/38, m.nt. K.M. de Vries, r.o. 89; EHRM 6 oktober 2005, 74025/01 (*Hirst/VK*), r.o. 82.

49 Navraag leert dat op dit moment niet duidelijk is hoeveel huwelijkskandidaten in het afgelopen jaar onder de reikwijdte van artikel 1:41a BW vielen: het aantal neef/nichthuwelijken wordt namelijk niet bijgehouden.

50 Zie voetnoot 11 en 12 voor de situaties die benoemd zijn door onderzoekers.

51 *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 4, p. 3-4.

52 F. Swennen, 'Liever paria dan sharia?', *FJR* 2012/61, p. 1-2; *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 4, p. 2-4; *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 3, p. 8.

Naast het bovengenoemde geldt dat een regeling de essentie van het recht om te trouwen kan aantasten, doordat het niet het juiste middel is om het legitiem doel ervan te bereiken. Anders gezegd, een ineffectieve regeling kan door het EHRM als disproportioneel worden bestempeld.<sup>53</sup> Zowel in de zaak *F./Zwitserland* als *B.&L./VK* heeft het EHRM geoordeeld dat een ineffectieve maatregel een inbreuk op het recht om te trouwen vormt. Tijdens de parlementaire discussie is de effectiviteit van artikel 1:41a BW uitvoerig bekritiseerd. Zoals besproken in paragraaf 2, heeft de wetgever volgehouden dat de eis van de beëdigde verklaring ertoe zal leiden dat huwelijkskandidaten die gedwongen worden zullen terugdeinzen voor het afleggen van de beëdigde verklaring. Zoals de Raad van State heb ik hierbij mijn bedenkingen. Het is aannemelijk dat een aanstaande echtgenoot die wordt gedwongen tot het aangaan van een huwelijk, ook zal worden gedwongen tot het afleggen van de beëdigde verklaring. De huwelijkskandidaat die geen weerstand kan bieden tegen de dwang die ziet op het aangaan van een huwelijk, zal dit naar alle waarschijnlijkheid ook niet kunnen doen tegen de dwang met betrekking tot het afleggen van de beëdigde verklaring. De beëdigde verklaring zal er naar alle waarschijnlijkheid ook niet toe leiden dat familieleden en kennissen zullen afzien van het uitoefenen van huwelijksdwang. Het is eerder aannemelijk dat de verklaring een drempel zal vormen om contact op te nemen met het OM, nu de echtgenoten door het afleggen van een valse verklaring een strafbaar feit hebben begaan.<sup>54</sup> Het kan ook door dezelfde familieleden die de dwang hebben uitgeoefend als een additioneel middel gebruikt worden om de echtparen de mond te snoeren. De verklaring van de wetgever dat het OM op grond van het opportuniteitsbeginsel niet zal overgaan tot vervolging, zal hier vermoedelijk weinig verandering in kunnen brengen. Immers, weinig mensen zijn hiervan op de hoogte en men wenst niet het risico te nemen, omdat het niet op voorhand zeker is dat het OM niet tot vervolging zal overgaan.

Een argument ten gunste van artikel 1:41a BW zou kunnen zijn dat er praktisch geen beperking van het recht te huwen bestaat. Derde- en vierdegraads bloedverwanten die willen trouwen hoeven enkel de beëdigde verklaring af te leggen, zonder dat daarbij een lastige en dure procedure hoeft te worden doorgelopen zoals het geval was in de zaken *O'Donoghue/VK* en *B.&L./VK*.<sup>55</sup> Daarnaast zou ook betoogd kunnen worden dat de Nederlandse situatie verschilt van zaken zoals *Frasik/Polen* en *Jaremowicz/Polen*, omdat de gedetineerden voor een bepaalde duur, hoe kort deze ook mocht zijn, moesten wachten om te kunnen trouwen.<sup>56</sup> Het voorgaande is niet het geval in Nederland. De huwelijkskandidaten hoeven enkel de beëdigde verklaring af te leggen

zonder een procedure door te lopen of kosten hiervoor te maken en kunnen trouwen zonder een langere termijn te wachten dan gebruikelijk is voor alle huwelijkskandidaten in Nederland. Maar dit is ook de enige weg die openstaat voor derde- en vierdegraads bloedverwante huwelijkskandidaten. Artikel 1:41a BW is een alles of niets bepaling; leg je de verklaring niet af, dan kun je ook niet trouwen en geldt het verbod absoluut. De Wet tegengaan huwelijksdwang voorziet niet in een uitzondering op de regeling waarop de huwelijkskandidaten zich kunnen beroepen en ook niet in een mogelijkheid voor de Staat om onderzoek te kunnen doen naar de echtheid/oprechtheid van het voorgenomen huwelijk.<sup>57</sup>

## 5. Conclusie

Het tegengaan van huwelijksdwang is een essentieel doel dat op de juiste manier dient te worden aangepakt vanwege de complexiteit van de kwestie. De moeilijkheid hiervan zal ook zijn ondervonden door de wetgever tijdens de totstandkoming van de Wet tegengaan huwelijksdwang en het nieuw artikel 1:41a BW. De vraag die in deze bijdrage aan de orde is gekomen is in hoeverre dit artikel op bezwaren stuit in verband met artikel 12 EVRM, namelijk het recht om te trouwen.

Artikel 1:41a BW is een huwelijksverbod gericht tot derde- en vierdegraads bloedverwanten. Deze huwelijkskandidaten kunnen niet trouwen, tenzij zij onder ede verklaren dat zij hun vrije toestemming geven tot het aangaan van het huwelijk. Het doel van dit artikel, namelijk het tegengaan van huwelijksdwang, is gezien de waarde die het EHRM hecht aan de waarborging van de vrije wil zonder twijfel een legitiem doel. Uit de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 12 EVRM blijkt echter dat dit niet voldoende is om te concluderen dat er geen sprake is van een schending van het recht om te trouwen.

De beoordelingsvrijheid van verdragsstaten is door het EHRM in zijn uitspraken begrensd. Toegepast op de Nederlandse situatie, lijkt het erop dat er meerdere argumenten bestaan om strijdigheid met artikel 12 EVRM aan te nemen. Op basis van de rechtspraak van het EHRM kom ik tot de conclusie dat artikel 1:41a BW waarschijnlijk moet worden gekwalificeerd als een algemeen, alles insluitend verbod dat inconsistent is met het legitieme doel ervan, dat ongerechtvaardigd, ineffectief en disproportioneel is. De uitzonderingsmogelijkheid in de vorm van het afleggen van de beëdigde verklaring, is echter een toegankelijk mechanisme voor huwelijkskandidaten om toch te kunnen trouwen. De huwelijkskandidaten hoeven geen langdurige procedure te doorlopen of kosten te maken, waardoor het op dit vlak verschilt van sommige zaken die door het EHRM zijn behandeld. Daar staat weer tegenover dat de uitweg om toch te kunnen huwen een alles of niets uitzondering is. De huwelijkskandidaten hebben geen andere keuze dan de be-

53 EHRM 18 december 1987, 11329/85 (*F./Zwitserland*), NJ 1989/99, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 36-40; EHRM 13 september 2005, 36536/02 (*B.&L./VK*), EHRC 2005/105, m.nt. E. Brems, r.o. 36-41.

54 *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 4, p. 3.

55 EHRM 14 december 2010, 34848/07 (*O'Donoghue/VK*), EHRC 2011/38, m.nt. K.M. de Vries, r.o. 88; EHRM 13 september 2005, 36536/02 (*B.&L./VK*), EHRC 2005/105, m.nt. E. Brems, r.o. 35.

56 EHRM 5 januari 2010, 22933/02 (*Frasik/Polen*), r.o. 95-97; EHRM 5 januari 2010, 24023/03 (*Jaremowicz/Polen*), r.o. 59-61.

57 EHRM 14 december 2010, 34848/07 (*O'Donoghue/VK*), EHRC 2011/38, m.nt. K.M. de Vries, r.o. 89.

edigde verklaring af te leggen. Doen zij dit niet, dan geldt het verbod absoluut en is geen enkel andere procedure in de wet opgenomen waarbij de echtheid/oprechtheid van het voorgenomen huwelijk wordt getoetst zodat de huwelijkskandidaten vooralsnog kunnen trouwen.

Aan welk aspect het EHRM meer gewicht zal toekennen en hoe het EHRM in een concreet geval zal beslissen kunnen we (nog) niet met zekerheid weten. Het EHRM beoordeelt namelijk niet de nationale wetgeving an sich, maar de impact van de wetgeving op een concreet geval. Of in de toekomst een zaak voor het EHRM zal verschijnen met betrekking tot artikel 1:41a BW is maar de vraag. Ik vermoed dat huwelijkskandidaten die onder de reikwijdte van artikel 1:41a BW vallen niet zitten te wachten op een langdurige procedure voor de rechter. Toch betekent dit niet dat de wetgever zich niet geroepen hoeft te voelen om de wet aan te passen. Een belangrijke vraag is of familierecht wetgeving het aangewezen middel is om het probleem van dwanghuwelijken tegen te gaan. Ook andere opties zijn van belang en moeten onderzocht worden. Om één specifieke groep uit een veel breder scala aan groepen waarin dwanghuwelijken een mogelijkheid zijn, via het familierecht in een uitzonderingspositie te brengen, die een veel te grote groep treft en bovendien weinig effectief is, siert niet.