

ANNOTATIE

## **X. t. Polen (EHRM, nr. 20741/10) – De rol van seksuele geaardheid bij toekenning ouderlijk gezag**

***E.C. Punselie***

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 16-09-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0916JUD002074110 (EHRC-2021-0246)*

1. Uit het huwelijk van een Pools echtpaar zijn vier kinderen geboren. Het huwelijk liep in 2005 schipbreuk toen de moeder van de kinderen een - wat wij zouden noemen - affectieve relatie begon met een vrouw. De Poolse rechtbank sprak op verzoek van de moeder de echtscheiding uit en belastte haar daarbij met het gezag over de kinderen. Ruim een jaar later verzocht de vader van de kinderen wijziging van deze beslissing. Zijn verzoek werd toegewezen waarna de oudste drie kinderen bij de vader gingen wonen. De moeder voerde in Polen diverse procedures om het gezag over het jongste kind te herkrijgen, maar dat lukte niet. In 2008 werd toen ook het jongste kind bij de vader geplaatst. In 2009 werd het laatste hoger beroep van de moeder afgewezen.
2. De moeder wendde zich vervolgens in 2010 tot het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) met de klacht dat zij in de Poolse procedures over het gezag over haar jongste kind was gediscrimineerd op grond van haar seksuele geaardheid. Ruim elf jaar later verklaarde het EHRM haar klacht gegrond en oordeelde dat de Poolse autoriteiten art. 8 en 14 EVRM hadden geschonden. Art. 8 EVRM bepaalt onder meer dat een ieder recht heeft op eerbiediging van zijn familie- en gezinsleven en art. 14 verbiedt discriminatie op welke grond dan ook.
3. Wat opvalt in deze zaak is, dat al voordat de echtscheiding werd uitgesproken er sprake was van een breuk van de moeder met haar eigen ouders (de grootouders van de kinderen), die het

directe gevolg was van de relatie die zij was begonnen met een vrouw. De grootouders probeerden de voogdij over de kinderen te verkrijgen en dat werd in eerste aanleg ook door de Poolse rechtbank ook zo bepaald, maar deze beslissing werd in hoger beroep teruggedraaid. Vervolgens verkreeg de moeder bij de echtscheiding nog wel het gezag over de vier kinderen, maar raakte dat ruim een jaar later alsnog kwijt aan de vader die wijziging van de gezagsbeslissing had verzocht. In deze procedure hadden de oudste drie kinderen van toen 13, 11 en 8 jaar aangegeven bij hun vader te willen wonen. Na uitgebreide overwegingen over het gedrag van de moeder, gaf de rechtbank gehoor aan de wens van de drie oudste kinderen en bepaalde dat het gezag over alle vier de kinderen voortaan aan de vader toekwam. De rechtbank overwoog onder meer dat uit de verklaring van de deskundige was gebleken dat de moeder haar lesbische verhouding niet wilde opgeven teneinde de relatie met haar kinderen te verbeteren. De rechtbank keurde de emotionele betrokkenheid van de moeder bij haar vriendin af, overwegende dat deze vrouw het gezinsleven verstoorde, sterke en negatieve gevoelens bij de kinderen opriep en de opvoedingssfeer ontwrichtte. Tot slot werd in de uitspraak vermeld dat de moeder haar gezag had kunnen behouden als zij haar vriendin de deur had gewezen en in therapie was gegaan om de relatie met haar kinderen te verbeteren. Hierna verhuisden de drie oudsten naar de vader, maar ondanks dat de gezagsbeslissing ook betrekking had op het de jongste kind, bleef dat nog enige tijd bij de moeder. Het werd, intussen zes jaar oud en een kleine drie jaar na de echtscheiding, uiteindelijk door een medewerker van de rechtbank bij het kinderdagverblijf opgepikt en ook bij de vader gebracht.

4. In deze annotatie belicht ik enkele aspecten van deze gebeurtenissen, mede in relatie tot het Nederlandse recht. In Nederland loopt gezamenlijk gezag over de uit het huwelijk geboren kinderen na een echtscheiding door. Als de ouders of een van hen voortzetting van het gezamenlijk gezag niet wensen, dan kan de rechtbank op grond van art. 1:251a BW worden verzocht het gezag eenhoofdig aan een van beide ouders op te dragen. Een dergelijk verzoek kan worden toegewezen als er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen of als toewijzing van het verzoek anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is. Zelfs als een van deze criteria van toepassing is, is de rechter nog niet verplicht om het gezag om te zetten in eenhoofdig gezag.<sup>[1]</sup> Deze criteria zijn in de rechtspraak ontwikkeld om handen en voeten te geven aan het algemene in art. 3 IVRK opgenomen beginsel dat in elke beslissing die over een kind moet worden genomen - en dus ook in gezagsbeslissingen - het belang van het kind de eerste overweging dient te vormen. In 2009 is deze rechtspraak in de Nederlandse wet gecodificeerd. Het verzoek het gezamenlijke gezag om te zetten in eenhoofdig gezag kan op grond van art. 1:253n BW ook nog op een later moment dan bij de echtscheiding worden gedaan. In dat geval gelden dezelfde beoordelingscriteria. Op grond van vaste Nederlandse rechtspraak dient voor de omzetting

van gezamenlijk gezag in eenhoofdig gezag sprake te zijn van ernstige contra-indicaties. Het feitencomplex zoals weergegeven in deze uitspraak van het EHRM geven geen aanleiding te veronderstellen dat als deze zaak naar Nederlands recht had moeten worden beoordeeld, een verzoek om toekenning van het eenhoofdig gezag enige kans van slagen had gehad. Dat de vader kennelijk grote moeite had met het feit dat zijn ex-vrouw een liefdesrelatie met een vrouw onderhield en dat hun gezamenlijke kinderen in de gezinsomgeving van hun moeder met haar vriendin opgroeiden, maakt dat mijns inziens niet anders. De ouders hadden zich nog samen eendrachtig verzet tegen de poging van de grootouders om zich de kinderen toe te eigenen en uit de weergave van de feiten blijkt ook niet dat er geen enkele communicatie tussen de ouders was, waardoor de kinderen door de gezamenlijke gezagsuitoefening misschien 'klem of verloren' hadden kunnen raken.

5. Dat het feitencomplex in de onderhavige zaak in Nederland niet snel aanleiding had kunnen vormen voor omzetten van gezamenlijk gezag in eenhoofdig gezag, betekent niet dat de ouders in Nederland geen procedures hadden kunnen voeren. Hier zou voor de hand hebben gelegen dat geprocedeerd zou zijn over de bepaling van de hoofdverblijfplaats van de kinderen op grond van art. 1:253a BW. Eventueel zou daarbij ook aan de orde kunnen zijn gesteld hoe de zorgregeling, die betrekking heeft op de vraag hoe het contact wordt geregeld tussen de kinderen en de ouder bij wie de kinderen niet wonen, eruit zou moeten zien. In de Nederlandse rechtspraak wordt terughoudend omgegaan met het wijzigen van het hoofdverblijf van kinderen. Onbetwist in deze zaak was dat de moeder gedurende het huwelijk altijd de hoofdverzorger van de kinderen was geweest. In de uitspraak wordt hier en daar ook gewag gemaakt van het feit dat de vader, toen de kinderen bij hem kwamen wonen, de zorg voor hen grotendeels overliet aan grootouders en de zorg voor het jongste kind ook verder overliet aan de drie oudere kinderen. Wellicht had de vader een baan buitenshuis die een groot deel van zijn tijd in beslag nam. In een dergelijke situatie zou mijns inziens in Nederland niet heel erg voor de hand liggen om het hoofdverblijf van dit jonge kind te wijzigen.

6. Bij het nemen van een beslissing over hoofdverblijf en zorgregeling kan de wens van kinderen wel een rol spelen. Van deze vier kinderen was de oudste 13 jaar en de anderen (aanmerkelijk) jonger. In Nederland worden kinderen op grond van art. 809 Rv vanaf de leeftijd van 12 jaar opgeroepen voor een gesprek met de rechter als deze een beslissing moet nemen over een aangelegenheid die het kind betreft. De rechtbank Amsterdam pleegt overigens kinderen vanaf de leeftijd van acht jaar op te roepen, een praktijk die ook wordt aanbevolen in een recent advies aan de Minister voor Rechtsbescherming.[2] De minister heeft in antwoord hierop laten weten vooralsnog niet over te gaan tot het verlagen van de leeftijdsgrens vanwege de aanzienlijke druk die dit zal leggen op de capaciteit van de

rechterlijke macht.[3] In deze zaak zou derhalve in Nederland in elk geval het oudste kind zijn opgeroepen voor een kindgesprek. Mogelijk zou de uitdrukkelijke wens van de drie oudste kinderen ook in Nederland ertoe hebben kunnen leiden dat zij hun hoofdverblijf bij de vader hadden verkregen. Dat had echter niet zomaar betekend dat ook het jongste kind mee had moeten verhuizen, met name niet omdat ook de vader (zonder dat de Poolse rechter daar acht op sloeg overigens) de nauwe band die het kind met de moeder had bevestigd en zelf zijn twijfels uitsprak over de wenselijkheid van het ook aan hem overdragen van het gezag over dit jongste kind.

7. Een tweede aspect om enige aandacht aan te besteden betreft de uitdrukkelijke overweging van de rechtbank over het belang van het jongste kind om een mannelijk rolmodel in zijn opvoedingsomgeving te hebben. Dat kon de vader volgens de Poolse rechters bieden, maar de moeder met haar vriendin niet. In herinnering zij gebracht dat de moeder zich weliswaar aanvankelijk ook had verzet tegen de gezagswijziging betreffende de oudste drie kinderen, maar uiteindelijk gingen de procedures, inclusief die bij het EHRM, slechts over de gezagsbeslissing betreffende het jongste kind. De overweging over het mannelijke rolmodel werd dan ook alleen gegeven met betrekking tot het jongste kind. De rechtbank poneerde deze overweging in het kader van de beoordeling van het belang van het kind, dat ook op grond van het Poolse recht centraal gesteld moet worden als de vraag moet worden beantwoord wie met het gezag moet worden belast. Met dit benadrukken van het belang voor een jongetje van het hebben van een mannelijk rolmodel hebben de rechters volgens het EHRM een eigen uitleg gegeven aan wat zij zagen als een beslissing die het belang van het kind moest dienen. Het EHRM was er namelijk allerminst van overtuigd dat de beslissing om het jongste kind over te plaatsen naar de vader wel in zijn belang was. Blijkens de deskundigenrapportages ging het goed met het kind toen het bij de moeder en haar vriendin verbleef. Het gezag aan de moeder geven zou volgens het EHRM ook niet hebben betekend dat het kind zijn vader niet meer had kunnen zien, want er waren geen redenen om aan te nemen dat er geen goede omgangsregeling kon worden getroffen.

8. Het EHRM stelde vast dat door de Poolse rechtbank ook was overwogen dat het verzorgen en opvoeden van een kind in een partnerrelatie van gelijk geslacht zeer controversieel was en dat de rechter de bezwaren die de oudere kinderen daarover hadden geuit begrijpelijk had geacht. Het EHRM concludeerde hierop dat de seksuele geaardheid van de moeder voortdurend centraal had gestaan in alle procedures in Polen. Deze conclusie leidde tot het oordeel dat art. 8 en art. 14 EVRM geschonden waren. Al met al is dit eigenlijk niet een erg spectaculaire uitspraak van het EHRM. Het is zonneklaar dat het EVRM discriminatie op basis van seksuele geaardheid verbiedt.[4] Gelet op alle uitgebreide overwegingen die in de verschillende uitspraken van de Poolse rechters zijn besteed aan de geaardheid van de moeder

is de constatering van het EHRM dat de besluitvorming over het gezag hier kennelijk geheel aan was opgehangen heel begrijpelijk. Het ging dan hierbij bijvoorbeeld om het door de Poolse rechters noemen van de buitensporige betrokkenheid die de moeder voelde met haar vriendin en die moest worden gecorrigeerd en het benadrukken van het controversiële karakter van relaties van paren van gelijk geslacht. Daartegenover stond dat de vaststelling dat beide ouders over goede opvoedingsvaardigheden beschikten totaal genegeerd was. Evenals het feit dat de vader eveneens een nieuwe vrouw had en daar zich toch - mogen we aannemen - eveneens op betrokken voelde. Tot slot was de nauwe band die bestond tussen de moeder en het jongste kind veronachtzaamd

E.C.C. Punselie

[1] HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:533.

[2] M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijersreeks nr. 335. Nijmegen : Wolf Legal Publishers 2020.

[3] *Kamerstukken II* 2020/21, 33836, nr. 59, p. 4

[4] Zie *Pajić t. Kroatië*, EHRM 23 februari 2016, nr. 68453/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD006845313; *Ratzenböck en Seydl t. Oostenrijk*, EHRM 26 oktober 2017, nr. 28475/12, ECLI:CE:ECHR:2017:1026JUD002847512; *Beizaras en Levickas t. Litouwen*, EHRM 14 januari 2020, nr. 41288/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD004128815; *Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal*, EHRM 21 december 1999, nr. 33290/96,

ECLI:CE:ECHR:1999:1221JUD003329096 en *EB t. Frankrijk*, EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602.