

Een bijzonder gezin

Citation for published version (APA):

van Rhee, C. H. (1990). Een bijzonder gezin: De Europese Commissie en homoseksuele relaties. *Nederlands Juristenblad*, 1990(43), 1670-1675.

Document status and date:

Published: 01/01/1990

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

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.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

EEN BIJZONDER GEZIN

De Europese Commissie voor Bescherming van de Rechten van de Mens en homoseksuele relaties

Inleiding

Toen de wereld drie eeuwen jonger was, kon Joost van den Vondel nog met recht dichten: 'Waer werd oprechter trouw, Dan tusschen man en vrouw, Ter weereld oit gevonden'. Tijden veranderen echter en blijken van verandering worden zichtbaar in het recht. De oprechte trouw wordt (helaas) steeds minder tussen man en vrouw gevonden, maar, getuige onder andere de hieronder te bespreken beslissing van de Europese Commissie voor Bescherming van de Rechten van de Mens, blijkt zij in homoseksuele relaties opgang te doen. Het is dan ook jammer dat de Europese Commissie, die in bepaalde opzichten juist zo vooruitstrevend te werk gaat, met betrekking tot homoseksuele relaties van een behoudendheid blijk geeft, die, hoewel zij mijns inziens wel enigszins is te begrijpen, toch niet helemaal meer strookt met de huidige tijdgeest. In het onderstaande zal ik trachten aan de hand van Application nr 14753/89, 27-02-1989, X en Y c/ United Kingdom, enige algemene opmerkingen te maken met betrekking tot de jurisprudentie van de Europese Commissie inzake homoseksuele relaties.

De feiten

Klaagsters zijn een vrouw met de Australische nationaliteit en haar op 6 januari 1989 geboren dochtertje, die eveneens de Australische nationaliteit bezit. In 1984 is de eerste klaagster (hierna X) naar het Verenigd Koninkrijk getogen om daar gedurende zekere periode werkzaam te zijn. Door de Britse autoriteiten was haar voor dit doel een 'entry clearance as a working holidaymaker' gegeven. Nadat de tijd, gedurende welke het X vergund was in het Verenigd Koninkrijk werkzaam te zijn, verstreken is, verkrijgt zij verlenging van haar verblijfsvergunning. Uiteindelijk tracht zij eind 1986 vergunning te krijgen om gedurende onbepaalde tijd in Groot-Brittannië te blijven en aldaar in vaste dienst werkzaam te zijn. Tevens verzoekt zij om verlening van een verblijfsvergunning vanwege het feit dat zij een affectieve relatie is aangegaan met een Engelse vrouw, waarmee zij sinds 1984 heeft samengewoond. Beide vriendinnen betrekken in 1987 een door hen samen in eigendom bezeten woning en zijn vastbesloten voorgoed met elkaar te blijven samenwonen. Naar Australië gaan willen beiden niet. Vanwege haar homoseksuele geaardheid heeft X een slechte relatie met haar ouders en daarnaast is het gezien de Australische immigratiewetgeving voor haar Engelse partner niet mogelijk zich in Australië te vestigen. Overigens wil de vriendin van X ook helemaal niet in Australië wonen, aangezien zij in het Verenigd Koninkrijk haar naaste familie, een vaste baan en (samen met X) het hierboven al genoemde huis heeft. Tevens heeft zij geen 'experience of living in any other society'. Ondertussen bevalt X van een dochter, die via kunstmatige inseminatie verwekt is. Vanwege deze geboorte besluit ze haar baan op te geven en leeft zij sindsdien van het inkomen van haar partner. De verzoeken van X voor een verblijfsvergunning worden door de Britse autoriteiten afgewezen en latere pogingen om alsnog een verblijfsvergunning te krijgen stranden eveneens. Op 27 februari wendt X zich met haar dochtertje tot de Europese Commissie. Zij wil gaarne haar dochtertje samen met haar vriendin (blijven) opvoeden. X stelt met haar vriendin en dochter een 'family unit' te vormen. Daarnaast voert zij aan vanwege haar moederschap financieel afhankelijk te zijn geworden van haar vriendin (haar baan heeft ze, zoals ik hierboven reeds opmerkte, in verband met de geboorte van haar dochter opgegeven) en ze stelt na uitwijzing naar Australië 'homeless and destitute' te zijn. Tevens zal zij dan moeten leven van een uitkering op grond van sociale zekerheidswetgeving. De Europese Commissie verklaart beide klaagsters niet ontvankelijk. Met betrekking tot art. 8 EVRM merkt de Commissie op, dat zij niet uitsluit, dat er in verband met een 'lesbian partnership' sprake kan zijn van 'private life'. Toch kan volgens haar in principe van schending van de door art. 8 EVRM gewaarborgde rechten niet worden gesproken, wanneer wordt overgegaan tot 'lawful deportation'; dit gezien het recht van de staat 'to impose immigration controls and limits'. Met betrekking tot application 14753 ziet de Commissie geen bijzondere omstandigheden, die haar zouden noodzaken van deze regel af te wijken.

Het recht op toelating en verblijf

Art. 8 lid 1 EVRM geeft niet zonder meer het recht op toelating en verblijf in een verdragsstaat.¹ Echter, de Straatsburgse instanties hebben meerdere malen vastgesteld dat het beleid dat staten op het gebied van toelating en verblijf voeren wel met de verdragsverplichtingen in overeenstemming moet zijn. Het beleid kan raken aan de rechten die in artikel 8 lid 1 worden genoemd.² Vooral met betrekking tot het recht op bescherming van 'family life' bestaan er veel beslissingen. Schending van dit recht wordt slechts aangenomen wanneer er is voldaan aan een aantal voorwaarden. Zo merkt Silveira op: 'Ce droit serait seulement affecté si le regroupement dans un pays quelconque n'est pas possible où ne peut être raisonnablement espéré (...) en tenant compte de facteurs comme la relation de l'un des intéressés avec ce pays, leur niveau d'intégration dans l'Etat où ils résident, l'âge des enfants, la lourdeur des conséquences économiques et culturelles pouvant résulter de leur éloignement de lieu de séjour (...)'.³ Van Dijk en Van Hoof⁴ voegen aan deze gezichtspunten toe:

- het uitzicht op een gezamenlijk verblijf in de aangeklaagde staat op het moment dat het gezin werd gesticht;
- de band met andere familieleden buiten het gezin.

Uit het bovenstaande blijkt dat een belangrijk criterium voor het wel of niet geschonden achten van het recht op 'family life' is de mogelijkheid voor de familieleden van de uitgewezen persoon hem al dan niet te volgen.⁵ Dit is zelfs zo als de familieleden de nationaliteit hebben van het land dat tot uitwijzing overgaat⁶, zo lang er in het land van bestemming maar geen juridische obstakels zijn.⁷ Aan de andere kant kan het voorkomen dat de familieleden van de uitgewezen persoon zodanig zijn geworteld in het land dat uitwijzing heeft bevolen, dat van hen niet geëist kan worden dat zij de uitgewezen persoon volgen.⁸ Een andere, niet in de hierboven aangehaalde passage uit het rapport van Silveira voorkomende factor is de vraag of er voor de uitgewezen persoon mogelijkheden bestaan zijn familieleden in het land, dat tot uitwijzing overgaat, te ontmoeten⁹, of de mogelijkheid de familieleden in een derde land te treffen.¹⁰ 'Here the closeness of the family links will be decisive'.¹¹ In een zaak van een gescheiden vader en zijn kind, waarin in de twee jaar voorafgaand aan de uitwijzing intensief contact was geweest, was de ontmoetingsmogelijkheid bijvoorbeeld niet voldoende.¹² Overigens wil ik nog eens benadrukken, dat bovenstaande kwesties spelen bij uitwijzingen waar het recht op 'family life' een rol speelt. Met betrekking tot 'private life' bestaat in deze materie weinig jurisprudentie. In de zeldzame zaken, die op 'private life' betrekking hebben, stelt de Commissie veelal vast dat er geen inbreuk op het recht op 'private life' van de betrokkene aanwezig is, aangezien uitwijzing nu eenmaal automatisch tot gevolg heeft, dat iemands privéleven wordt verstoord. In dit verband is echter jurisprudentie met betrekking tot homoseksuele relaties van belang, waarin de Commissie aanneemt, dat er in dergelijke situaties sprake kan zijn van 'private life', en vervolgens stelt dat uitwijzing van één helft van een homoseksueel paar geen inbreuk op het recht op respect voor privéleven inhoudt, tenzij wordt vastgesteld

¹ G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Paris 1989, p. 362. 2

² Bijv.: Dec. Aden. Com.Ap. 8353/78, 05 juli 1979 (niet gepubliceerd), Digest vol. III, p. 90 (in deze beslissing wordt verwezen naar andere jurisprudentie).

³ M. Silveira, rapport, in: *Actes du colloque sur les Droits de l'Homme des étrangers en Europe*, Conseil de l'Europe, 1975, blz. 116. Zie tevens: Dec. Aden. Com. Ap. 2535/65, 16 juli 1965, Collection of Decisions 17, p. 30.

⁴ P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen 1982, p. 337.

⁵ Bijv.: F.G. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1975, p. 131. Belangrijke beschouwingen aan dit onderwerp wijdt ook: A.H.J. Swart, *Het recht op gezinsleven in het Europees Verdrag en het vreemdelingenrecht*, preadvies voor de NJV, Handelingen NJV 1990-I, p. 209-210.

⁶ M.E. Villiger, *Expulsion and the right to respect for private and family life*, in: F. Marscher en H. Petzold, *Protection of human rights: The European dimension*, Köln, blz. 659) merkt echter met betrekking tot nationaliteit op: '(...), decisions - particularly recent ones - indicate that nationality may be of some relevance'.

⁷ Zie: Dec. Aden. Com. Ap. 5269/71, 08 febr. 1972, YB 15 (1972), p. 572-575.

⁸ Villiger, a.w., p. 659.

⁹ Zie bijv.: Dec. Aden. Com. Ap. 1855/63, 24 april 1965, YB 8 (1965), p. 204.

¹⁰ Zie bijv.: Dec. Aden. Com. Ap. 7289/75 en 7349/76, X en Y v/ Switzerland, 14 juli 1977, YB 20 (1977), p. 410.

¹¹ Villiger, a.w., p. 660.

¹² Op. Com. 07 okt. 1986, Berrehab, series A, vol. 138, p. 23 en: EHRM 21 juni 1988, Berrehab, series A, vol. 138, p. 14.

dat het paar nergens anders kan leven en dat de band met de staat, die tot uitwijzing overgaat, van wezenlijk belang is voor de relatie. Ik kom op deze jurisprudentie hieronder terug.

Private life

Een van de gronden, waarop verzoeksters de beslissing van de Britse autoriteiten proberen aan te tasten, is schending van hun recht op 'private life'. Hieronder volgt een korte uiteenzetting omtrent de betekenis van dit begrip.

Cohen-Jonathan definieert 'private life' als: '(...) tout ce qui concerne la santé personnelle, les convictions religieuses ou morales, la vie familiale et affective, les relations d'amitié et, sous certaines réserves, la vie professionnelle et matérielle'.¹³

Gezien zijn uitleg brengt Cohen-Jonathan 'vie familiale' alleen onder 'vie privée' omdat de Commissie 'permet parfois à la notion de vie privée de prendre en quelque sorte le relais de celle de vie familiale lorsque les liens juridiques indispensables à celle-ci font défaut, mais qu'il existe entre deux ou plusieurs personnes des relations de fait très étroites qui ont établi une situation analogue ou comparable'.¹⁴ Met betrekking tot deze redenering zijn echter enige kanttekeningen te maken. De bovenstaande redenering lijkt vooral gevolgd te kunnen worden, wanneer homoseksuele relaties in het geding zijn. In andere gevallen blijkt het ontbreken van juridische banden veelal geen beletsel te zijn om toch 'vie familiale' mogelijk te achten. Veelvuldig wordt bijvoorbeeld een relatie van een man en een vrouw, zonder dat er sprake is van een huwelijk en dus zonder dat er banden van het recht aanwezig zijn, onder 'vie familiale' gebracht. De Commissie voert dan ook in haar recente jurisprudentie het ontbreken van juridische banden niet aan als reden voor het niet mogelijk achten van 'vie familiale'. Mijns inziens is de reden, waarom de Commissie homoseksuele relaties niet onder 'vie familiale' brengt, kortweg, dat zij de mening is toegedaan dat affectieve relaties tussen personen van hetzelfde geslacht zich nooit onder het begrip 'vie familiale' kunnen scharen, omdat daarvoor nu eenmaal vereist is dat de partners van een verschillend geslacht zijn. Van 'vie privée' is in dit soort zaken veelal wel sprake, aangezien 'vie privée' (tot op zekere hoogte) omvat 'the right to establish and to develop relationships with other human beings, especially in the emotional field, for the development and fulfilment of ones own personality (...)'.¹⁵

Family life

Een andere grond, waarop klaagsters de beslissing van de Britse autoriteiten proberen aan te tasten, is schending van hun door artikel 8 lid 1 EVRM gewaarborgde recht op 'family life'. Ter verduidelijking zal ik hieronder het begrip 'family life' nader toelichten.

'Family life' is een van het recht van de bij het EVRM aangesloten landen onafhankelijk begrip. Het wordt, met andere woorden, door Commissie en Hof autonoom uitgelegd.¹⁶ De Commissie stelt: '... that the protection afforded by Article 8 concerns primarily non-interference with the cohabitating family or with the maintenance of close family ties between persons and their family dependants such as young children'.¹⁷ Volgens Wortmann¹⁸ omvat het begrip 'family life' betrekkingen van sociale, morele of culturele aard. Tevens behoren hiertoe betrekkingen die meer materieel van aard zijn, zoals alimentatieverplichtingen. Cohen-Jonathan merkt met betrekking tot deze materie op: 'Sous réserve que ceux qui l'invoquent doivent entretenir des relations suffisamment étroites (...) la vie familiale englobe des personnes unies par des liens de parenté ou d'alliance'.¹⁹ Helaas moeten wij echter vaststellen, dat op grond van de jurisprudentie van Commissie en Hof geen algemene definitie van 'family life' gegeven kan worden. Alles hangt af van de

¹³ Cohen-Jonathan, a.w., p. 368.

¹⁴ Cohen-Jonathan, a.w., p. 369. Zie ook: J. de Boer, Art. 8 EVRM, preadvies voor de NJV, Handelingen NJV 1990-I, p. 26-28.

¹⁵ Dec. Adm. Com. Ap. 6825/74, 18 mei 1976, X v/Iceland, YB 19 (1976), p. 370-371.

¹⁶ Op. Com. 10-12-1977, Marckx Case, series B, vol. 29, par. 69, p. 44.

¹⁷ Dec. Adm. Com. Ap. 8157/78, 05 dec. 1979 (niet gepubliceerd), Digest vol. III p. 91.

¹⁸ S.F.M. Wortmann, Mensenrechten en het personen- en familierecht, in: NJCM-Bulletin (1986), p. 122.

¹⁹ Cohen-Jonathan, a.w., p. 361. Zie tevens: J. de Boer, a.w., p. 40-42.

omstandigheden van het geval.²⁰ Wel kunnen we echter vaststellen dat bij 'family life' in de eerste plaats wordt gedacht aan een echtpaar en hun eventuele kinderen (ook geadopteerde kinderen).²¹ Hoewel het Hof aanvaardt dat steun en aanmoediging van de traditionele familie legitiem en prijzenswaardig is, is het toch ook de mening toegedaan dat onder omstandigheden de relatie van ongehuwde partners eveneens kan vallen onder het bereik van 'family life'.²² Hier wordt dan als extra voorwaarde gesteld dat het gezinsleven 'effectief' is. 'Dit betekent dat zij in het algemeen moeten samenleven en een gemeenschappelijke huishouding moeten voeren (...)'.²³ Ook één-oudergezinnen en grootouders, die met hun ouderloze kleinkinderen samenwonen, kunnen een zodanige relatie hebben, dat van 'family-life' gesproken kan worden. Ook hier wordt dan wel weer de eis van effectiviteit van het gezinsleven gesteld.

In het algemeen kunnen we over dit veelvuldig in de jurisprudentie van Commissie en Hof gebezigde begrip stellen, dat 'naarmate er minder (familierechtelijke) elementen zijn die het gezinsleven doen ontstaan, (...) er strengere eisen (zullen worden) gesteld (...) aan de feitelijke band'²⁴ (dat wil zeggen dat de effectiviteitstoets strenger wordt). Bij elk van de bovengenoemde verhoudingen kan de vraag, of betrokkenen financieel van elkaar afhankelijk zijn, een rol spelen. Daarnaast is eventuele geestelijke afhankelijkheid van belang.²⁵ Financiële en geestelijke afhankelijkheid kunnen echter nooit onafhankelijk van het voldaan zijn aan andere criteria een rol spelen, maar zijn wel factoren, die bij weging van de omstandigheden hun invloed kunnen doen gelden.

Zie hier enige van de vele betrekkingen die onder het begrip 'family life' kunnen worden gebracht. Hoewel de opsomming niet volledig is, is zij voor het doel dat mij voor ogen staat, namelijk de bespreking van jurisprudentie van de Europese Commissie met betrekking tot homoseksuele relaties, voldoende.

Application 14753/89

Het bovenstaande kan de indruk wekken, dat er, ook wanneer er sprake is van een relatie tussen twee homoseksuele vrouwen, 'family life' mogelijk is. In de zaak van X en haar kind tegen het Verenigd Koninkrijk hebben we immers te maken met een situatie, die aan belangrijke voorwaarden voor het aannemen van 'family life' voldoet: de partners wonen reeds gedurende een betrekkelijk lange periode samen en voeren een gezamenlijke huishouding. Tevens is X financieel afhankelijk van haar vriendin en het is voorstelbaar (hoewel dit niet expliciet door X is aangevoerd) dat er ook van een geestelijke afhankelijkheid sprake is. In principe verschilt de situatie niet van die waarin een man en een vrouw ongehuwd samenwonen (het doel van de verbintenis tussen man en vrouw is immers niet in de eerste plaats het zorgen voor nageslacht).²⁶

Uit de zaak blijkt verder, dat het voor de vriendin van X, vanwege de Australische immigratiewetgeving, niet mogelijk is X naar Australië te volgen. De vriendin van X is overigens ook zeer verbonden met Groot-Brittannië (ze heeft de Britse nationaliteit, haar naaste familie woont in het Verenigd Koninkrijk, ze heeft er een vaste baan, enz. enz). Wanneer naast deze constatering nu het citaat van Silveira (p. 2, 1ste alinea) wordt gelegd, blijkt, dat, wanneer er ook bij homoseksuele relaties 'family life' werd aangenomen, het recht op 'family life' van X waarschijnlijk geschonden zou zijn. Er is echter één punt waarbij problemen rijzen en dat is de factor, die Van Dijk en Van Hoof aanvoeren als van belang zijnde voor de vraag of er wel of geen sprake is van beschermd gezinsleven. Deze factor is het uitzicht op een gezamenlijk verblijf in de aangeklaagde staat op het moment dat het gezin werd gesticht. Dit uitzicht nu ontbrak, aangezien, om het in de woorden van Ap. 9478/81, 8 dec. 1981, D&R 27, p. 245 te zeggen, 'In the present case the applicant's

²⁰ Cohen-Jonathan, a.w., p. 361 en: Villiger, a.w., p. 658.

²¹ Zie bijv.: Fawcett, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1987, p. 216 en aldaar aangehaalde jurisprudentie.

²² Zie bijv.: Dec. Adm. Com. Ap. 7289/75 en 7349/76, 14 juli 1977, D&R 9, p. 74.

²³ Wortmann, a.w., p. 114. Volgens Frowein (*Europäische MenschenRechtsKonvention*, N.P. Engel Verlag 1985, p. 201) wordt deze eis niet gesteld wanneer er sprake is van 'die engsten Familienbeziehungen', zoals die tussen echtelieden onderling en tussen hen en hun kinderen.

²⁴ H. Steenbergen, Art. 8 EVRM en vreemdelingen(-beleid), noot bij EHRM 21 juni 1988 (Berrehab), in: NJCMBulletin (1988), p. 584.

²⁵ Zie bijv. Van Dijk en Van Hoof, a.w., p. 334 en: Villiger, a.w., p. 658 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

²⁶ Zie ook (in verband met het huwelijk): Op. Com. 01 maart 1979, Van Oosterwijckzaak, series B, vol. 36, par. 29, p. 28: '(...) there is nothing to support the conclusion (...) that procreation is an essential purpose of marriage'.

presence (...) was always subject to restrictions (...). (...) at no time was there any suggestion that her permission to remain (...) was anything but conditional and temporary.’²⁷ Hoewel hetgeen in de voorgaande alinea werd genoemd niet door de Commissie wordt aangevoerd als reden waarom zij in ap. 14753/89 geen beschermd ‘family life’ wil aannemen, wijst zij bescherming toch van de hand en dit dus ondanks het feit dat de relatie van X en haar vriendin aan veel voorwaarden voor het aannemen van een beschermd recht op ‘family life’ voldoet. De motivering van de beslissing van de Commissie luidt kortweg: ‘Despite the modern evolution of attitudes towards homosexuality, the Commission finds that the applicants’ relationship does not fall within the scope of the right to respect for family life ensured by article 8’²⁸ (vaste jurisprudentie). Deze beslissing heeft vervelende consequenties, hetgeen reeds uit het voorgaande bleek. Dat het wenselijk is die consequenties te vermijden, wil ik in het nu volgende aantonen. Echter ga ik hiertoe niet over dan nadat ik het volgende heb opgemerkt. De houding van de Commissie houdt verband met de kijk van het Hof op homoseksualiteit. Hoewel het Hof in de zaak Dudgeon stelde, dat er ten opzichte van homoseksualiteit een ‘increased tolerance’ was te constateren,²⁹ moet die vaststelling worden geplaatst tegenover discenting opinions van rechters als Zekia en Walsh. Sprekend over ‘onverbeterlijke homoseksuelen’ merkt Walsh op, dat hij hun activiteiten beschouwt als ‘abnormalities’ en zelfs als ‘handicaps’.³⁰ In dit licht lijkt mij de terughoudendheid van de Commissie, hoewel ongewenst, wel enigszins te begrijpen. Maar laat ik de draad van mijn betoog weer opvatten en de relatie van X en haar vriendin en het kind van naderbij beschouwen.

Onderlinge betrekkingen

X heeft een relatie met haar Engelse vriendin en de Commissie heeft in deze zaak vastgesteld dat deze relatie deel uitmaakt van het ‘private life’ van X. Daarnaast is er het dochtertje. De relatie van X met haar kind zal, gezien de constante jurisprudentie van Commissie en Hof, vallen onder het begrip ‘family life’. In bijvoorbeeld de Marckx-zaak stelt de Commissie unaniem vast dat: ‘(...) the fact of birth, i.e. the existence of a biological bond between mother and child, creates family life within the meaning of article 8’.³¹ En, als dit niet reeds voldoende is, kunnen wij ook nog vaststellen dat de moeder (X) in onze casus met het kind samenwoont, het verzorgt, kortom, dat de verhouding van X met haar kind de effectiviteitstoets ruimschoots kan doorstaan. Maar hoe is nu de relatie tussen de vriendin van moeder en het kind? Banden des bloeds ontbreken geheel en tevens is er geen sprake van banden, die door het recht zijn gecreëerd (zoals bijvoorbeeld bij adoptie). Afwezigheid van dergelijke banden is voor de Commissie echter geen bezwaar om bij ongehuwd samenwonenden toch ‘family life’ mogelijk te achten.³² Soms is zij echter wel terughoudend bij het ontbreken van ‘banden des bloeds en des rechts’. Zo stelde de Commissie in een zaak van een moeder en een pleegkind: ‘It is (...) not necessary to decide whether, in the absence of any legal relationship, the ties between the applicant and the child amounted to ‘family life’ (...)’. ‘Bearing in mind that the applicant has cared for the child for many years and is deeply attached to him, the separation ordered by the Court undoubtedly affects her ‘private life’ (...)’.³³ De vraag van wel of geen ‘family life’ wordt hier dus in het midden gelaten.³⁴

Met betrekking tot door homoseksuelen ingediende klachten zien wij telkens weer, dat de Commissie geen ‘family life’ wil aannemen en blijkbaar is ditzelfde het geval bij een relatie van een klein kind met de

²⁷ Verband met de vraag naar het uitzicht op gezamenlijk verblijf houdt een passage in het preadvies van Swart (a.w., p. 205-206). Swart plaatst vraagtekens bij het feit dat de Straatsburgse instanties waarde hechten aan de al of niet kenbaarheid van de mogelijkheid dat niet tot toelating van één der partners wordt besloten op het moment dat het huwelijk gesloten wordt.

²⁸ Zie ook: Dec. Adm. Com. Ap. 9369/81, 03 mei 1983, D&R 32, p. 221. In de Nederlandse Vreemdelingencirculaire wordt een homoseksuele relatie wel als ‘family life’ beschouwd (Swart, a.w., p. 231-232).

²⁹ EHRM, 22 okt. 1981, Series A, vol. 45, paragr. 60 (2e alinea), p. 23, aangehaald in: EHRM 26 okt. 1988 (Norris case). Series A, vol. 142, paragr. 62, p. 32.

³⁰ Dudgeon case, series A, vol. 45, paragr. 13, p. 43.

³¹ Op. Com. 10 dec. 1977, Marckx Case, series B, vol. 29, par. 69, p. 44.

³² Zie bijv. Dec. Adm. Com. Ap. 7289/75 en 7349/76, 14 juli 1977, D&R 9, p. 74.

³³ Dec. Adm. Com. Ap. 8257/78, 10 July 1978, D&R 13, p. 253.

³⁴ De Hoge Raad brengt dit soort relaties wel onder ‘family life’, getuige HR 6 nov. 1987, NJ 1988, 829 en HR 10 maart 1989, RvdW 1989, 83.

vriendin van zijn moeder³⁵ (overigens besteedt de Commissie in application no. 14753/89 weinig aandacht aan de positie van het kind, hoewel dat toch ook klager is).

Private life of toch family life?

Volgens de Commissie bestaat de relatie van een kind met de vriendin van zijn moeder en de relatie tussen moeder en de vriendin dus niet uit 'family life' maar kan hoogstens van 'private life' gesproken worden. Dit heeft zware consequenties voor moeder en kind. Het geeft de Commissie de mogelijkheid om zonder veel omhaal van woorden te kunnen concluderen, dat moeder en kind naar het land van hun nationaliteit, Australië, kunnen worden gezonden en dat dus hun verblijf in het Verenigd Koninkrijk beëindigd kan worden. Immers, wij mogen er toch vanuit gaan dat het privéleven van een kind, dat slechts anderhalve maand oud is, voor de Commissie niet al te veel gewicht in de schaal legt, getuige het feit dat zij in application 14753/89 eigenlijk geen woord aan de positie van het kind vuil maakt. En misschien is dit ook wel redelijk, want om bijvoorbeeld aan te nemen dat een zo jong kind al relaties met anderen kan aangaan en ontwikkelen, en dan vooral relaties op het emotionele vlak, voor de ontwikkeling en 'fulfilment' van zijn persoonlijkheid³⁶, lijkt mij toch enigszins overdreven. Met betrekking tot X kan de Commissie vaststellen, dat '(...) the Commission finds that a lesbian partnership involves private life, within the meaning of Article 8 of the Convention. However, although lawful deportation will have repercussions on such relationships, it cannot, in principle, be regarded as an interference with this Convention provision, given the State's right to impose immigration controls and limits'. Het is nu dus duidelijk: wanneer de Commissie stelt, dat bij eventuele uitwijzing het recht op 'family life' in het geding is, verricht zij de uitgebreide toetsing, zoals die in het voorgaande is beschreven. Bij 'private life' is de situatie echter anders. In dergelijke situaties is het, zoals wij hebben gezien, in veel gevallen voldoende vast te stellen dat 'lawful deportation' geen schending van het recht op 'private life' inhoudt. Let wel, er behoeft hier dus niet eens een beroep te worden gedaan op de rechtvaardigingsgronden, die in artikel 8 lid 2 worden genoemd; nee, hier is zelfs niet eens sprake van inmenging in beschermd 'private life'.³⁷ De beslissing van de Commissie is overigens niet conform eerdere jurisprudentie. Uit die eerdere jurisprudentie blijkt duidelijk, dat de Commissie, alvorens een beslissing te nemen, toetst aan een aantal welomschreven criteria, hetgeen zij in application 14753/89 achterwege laat. Zo is er bijvoorbeeld een beslissing met betrekking tot een homoseksuele relatie, waarin wordt overwogen: 'The Commission notes that the British immigration authorities have given careful consideration to the applicants' claims, including that concerning the difficulties they might face in living together in the first applicants' country of origin. The Commission also notes, however, that the applicants are professionally mobile: the first applicant did not hesitate in joining the second applicant in the United Kingdom although he had employment in his native country. The second applicant has travelled and worked in other parts of the world. The Commission finds that it has not been shown that the applicants could not live together elsewhere than the United Kingdom, or that their link with the United Kingdom was an essential element of their relationship'.³⁸ Naast deze beslissing kan ook worden gewezen op een zaak, die veel lijkt op application 14753/89. Hoewel bij deze zaak zelfs geen kind betrokken is, schenkt de Commissie toch aandacht aan een aantal van belang zijnde omstandigheden, voordat zij haar beslissing neemt. Zo worden bijvoorbeeld de banden van de uitgewezen persoon met het land dat tot uitwijzing dreigt over te gaan en de mogelijkheid de relatie in een ander land te continueren onder de loupe genomen.³⁹ Ik vraag mij af of de beslissing met betrekking tot de ontvankelijkheid van application 14753/89 ook negatief was geweest als de Commissie in deze zaak, waarbij nota bene de belangen van een kind betrokken zijn, eveneens aandacht had

³⁵ Zie ook: HR 14 febr. 1989, NJ 1989, 741. De HR bepaalde, dat twee personen van hetzelfde geslacht, die duurzaam met elkaar samenleven en die zich beschouwen als 'sociale ouders' van een minderjarig kind, niet kunnen worden bekleed met de ouderlijke macht; geen schending van art. 8 en 14 ECRM.

³⁶ Dec. Adm. Com. Ap. 6825/74, 18 mei 1976, X v/ Iceland, YB 19 (1976), p. 370-371.

³⁷ Zie ook: Dec. Adm. Com. Ap. 10427/83, 12 mei 1986, D&R 47, p. 94. Overigens wil ik op deze plaats in mijn betoog het volgende onder de aandacht brengen. Op p. 198 van zijn preadvies (a.w.) merkt Swart op, dat de wijze van beoordeling van klachten in 'gezinslevenachtige' zaken onder het 'private-life-criterium' niet wezenlijk verschilt van toetsing onder het kopje 'family life'. Swart doet deze uitspraak op grond van twee door hem aangehaalde zaken (één dier zaken is volgens noot 50 in het preadvies zaak 9363. Waarschijnlijk wordt echter zaak 9369 bedoeld). Na bestudering van zaak 14753 was de conclusie van Prof. Swart waarschijnlijk iets voorzichtiger geweest.

³⁸ Dec. Adm. Com. Ap. 9369/81, 03 mei 1983, D&R 32, p. 222.

³⁹ Dec. Adm. Com. Ap. 12513/86, 11 sept. 1986.

geschonken aan omstandigheden, zoals die hierboven zijn weergegeven. Nu kan men stellen: het kind is verwekt toen al duidelijk was dat er grote kans bestond dat tot uitzetting zou worden overgegaan, en: er is nooit enig uitzicht op een permanent verblijf van X in het Verenigd Koninkrijk geweest. Anderzijds lijkt mij hier enige nadruk op de belangen van het kind gepast. Overigens was het in geval de Commissie bij beantwoording van de vraag of er wel of geen sprake is van schending van het recht op 'private life' telkens een zelfde toetsing toepaste als in de hierboven aangehaalde zaken met betrekking tot homoseksuele relaties, ook van belang geweest dat de vriendin van X in Straatsburg een klacht had ingediend. Hierboven heb ik reeds een zaak van een pleegmoeder en haar pleegkind vermeld. In die zaak stelde de Commissie: 'Bearing in mind that the applicant has cared for the child for many years and is deeply attached to him, the separation ordered by the Court undoubtedly affects her 'private life' (...)'.⁴⁰ Welnu, de verhouding van de vriendin en het kind van X lijkt verdacht veel op de relatie tussen een pleegmoeder en haar pleegkind (voor een dergelijke relatie is ook niet veel meer nodig dan dat de pleegmoeder gedurende zekere tijd voor het kind zorgt alsof het haar eigen kind is) en wanneer nu de Commissie bij 'private life' toetste als in de hierboven aangehaalde zaken, had een dergelijke klacht een goede kans van slagen gehad.

Helaas stuiten homoseksuele relaties nog steeds op weerstand. Op een orgaan als de Europese Commissie voor Bescherming van de Rechten van de Mens rust echter de plicht zich af te vragen of het voordeel van handhaving van de immigratiewetgeving en, eventueel, bescherming van de goede zeden, opweegt tegen het kwaad van verwoesting van het leven van drie mensen, die, afgaande op de feiten, zoals die in application 14753/89 worden weergegeven, niets meer misdeden dan dat zij grote genegenheid voor elkaar koesterden en met elkaar samenleefden. In het licht van de jurisprudentie van Hof en Commissie, waaruit 'onmiskenaar' de neiging blijkt 'om met een gezinsverband al die relaties gelijk te stellen waarin tussen betrokkenen een even sterke band bestaat als tussen de leden van het modelgezin'⁴¹, is de beslissing van de Commissie toch wel heel onbevredigend. Dientengevolge zou ik willen pleiten voor het volgende: Breng homoseksuele relaties onder de bescherming van het recht op gezinsleven, of, effectueer, wanneer dit een te vergaand voorstel is, in ieder geval via de 'private-life-constructie' een gelijkwaardige bescherming van het 'homoseksuele gezin'. Dit bepleit ik dan in de eerste plaats voor relaties, waarbij kinderen betrokken zijn. Moge de Europese Commissie wederom het pad zal inslaan, waarop zij in application 9369/81 (zie hierboven) reeds enige schreden was gevorderd.

⁴⁰ Zie noot 33.

⁴¹ Swart, a.w., p. 192.