

HINKENDE HOMOHWELIJKEN

BINNEN HET IPR

**EEN ANALYSE VAN HET POOLSE IPR IN HET LICHT VAN HET EU-
RECHT EN MENSENRECHTEN**

Aantal woorden: 33.825

Bartosz Kryczka

Studentennummer: 02113053

Promotor: Prof. dr. Jinske Verhellen

Commissaris: Hanna Verdickt

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de rechten

Academiejaar: 2022 – 2023

Deze masterscriptie is een examendocument waarvan de inhoud niet werd gecorrigeerd.



INHOUDSOPGAVE

VERTROUWELIJKHEIDSCLAUSULE	IV
SAMENVATTING	IV
DANKWOORD	V
DEEL I. INLEIDING	1
I. ACHTERGROND: LGBTQ-RECHTEN EN POOLSE POLITIEK	1
II. HINKENDE HOMOHUWELIJKEN	3
III. ONDERZOEK	3
DEEL II. MENSENRECHTELIJK EN EUROPEESRECHTELIJK IPR-KADER	6
ALGEMEEN	6
HOOFDSTUK 1. MENSENRECHTELIJK IPR-KADER	6
<i>Inleiding</i>	6
<i>Afdeling 1. Historiek</i>	7
<i>Afdeling 2. Orlandi e.a. tegen Italië</i>	8
1. Achtergrond: Oliari e.a. tegen Italië.....	8
2. Orlandi e.a. tegen Italië	9
A. Inleiding, feiten en achtergrond.....	10
B. Beoordeling door het EHRM.....	12
a) Artikel 8 EVRM (recht op eerbieding van privé- en familielevens)	12
b) Artikel 12 EVRM (recht om te huwen)	13
c) Artikel 14 EVRM (verbod van discriminatie)	14
C. Conclusie	14
D. Opmerkingen en kritiek	14
<i>Afdeling 3. Hangende zaken tegen Polen bij het EHRM</i>	20
1. Szypula en Urbanik & Alonso Rodriguez tegen Polen	20
2. Andere hangende zaken	25
HOOFDSTUK 2. EUROPEESRECHTELIJK IPR-KADER	26
<i>Afdeling 1. Inleiding</i>	26
<i>Afdeling 2. Het arrest Coman</i>	27
1. Algemeen	27
2. Feiten en prejudiciële vragen	29
3. Analyse.....	30
A. Inleidende opmerkingen	30

B. Uitspraak van het Hof van Justitie.....	30
4. Opmerkingen en kritiek.....	36
<i>Afdeling 3. Verordening Brussel IIter: discussie binnen de rechtsleer onder Verordening Brussel IIbis blijft bestaan</i>	42
<i>Afdeling 4. Arrest V.M.A.</i>	46
TUSSENCONCLUSIE.....	48
DEEL III. POOLS IPR-KADER	51
ALGEMEEN	51
HOOFDSTUK 1. ACHTERGROND	51
<i>Afdeling 1. Inleiding tot het Poolse rechtssysteem</i>	51
<i>Afdeling 2. Huwelijk en geregistreerd partnerschap in Polen: een schets van het Poolse familierecht en constitutioneel recht</i>	52
1. Algemeen	52
2. Het huwelijksinstituut	55
3. Het geregistreerd partnerschap.....	58
HOOFDSTUK 2. POOLS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT: ERKENNING VAN BUITENLANDSE HOMOHWELIJKEN.....	61
HOOFDSTUK 3. POOLSE ADMINISTRATIEVE RECHTSPRAAK INZAKE BUITENLANDSE HOMOHWELIJKEN.....	62
<i>Afdeling 1. Inleiding</i>	62
<i>Afdeling 2. Analyse van de rechtspraak</i>	63
1. Algemeen	63
2. Uitspraken WSA	64
WSA Warschau 8 januari 2019 (zaaknr. IV SA/Wa 2618/18)	64
WSA Warschau 25 januari 2019 (zaaknr. IV SA/Wa 2717/18)	65
WSA Warschau 18 september 2019 (zaaknr. IV SA/Wa 1638/19).....	66
WSA Lublin 7 januari 2020 (zaaknr. 445/19)	67
WSA Warschau 1 juli 2020 (zaaknr. IV SA/Wa 2982/19).....	68
3. Uitspraken NSA	68
NSA 28 februari 2018 (zaaknr. II OSK 1112/16).....	68
NSA 25 februari 2020 (zaaknr. II OSK 1059/18).....	70
NSA 22 juni 2021 (zaaknr. II OSK 2608/19)	71
NSA 6 juli 2022 (zaaknr. II OSK 2376/19).....	72
ALGEMENE TUSSENCONCLUSIE	72
DEEL IV. AFTOETSING EN CONCLUSIE	74

BIBLIOGRAFIE	79
WETGEVING	79
<i>EU-recht en EVRM</i>	79
<i>Pools recht</i>	79
RECHTSPRAAK	80
<i>EHRM</i>	80
<i>Hof van Justitie</i>	80
<i>Poolse rechtscolleges</i>	81
<i>Andere</i>	81
RECHTSLEER	82
VARIA.....	88

VERTROUWELIJKHEIDSCLAUSULE

Ondergetekende verklaart dat de inhoud van deze masterscriptie mag worden geraadpleegd en gereproduceerd voor persoonlijk gebruik. Het gebruik van deze masterscriptie valt onder de bepalingen van het auteursrecht en bronvermelding is steeds noodzakelijk.

SAMENVATTING

Deze masterproef focust op de LGBTQ-situatie in Polen. LGBTQ-personen worden sterk geïsoleerd door de huidige Poolse regering. LGBTQ-partners kunnen niet huwen onder Pools recht. Zij worden verplicht om naar het buitenland te gaan om daar in het huwelijk te stappen. Zij wensen dit huwelijk erkend te zien bij terugkeer naar Polen. Poolse autoriteiten en administratieve gerechten weigeren deze buitenlandse homohuwelijken te erkennen, omdat het homohuwelijk strijdig is met de Poolse rechtsorde. Polen houdt sterk vast aan de opvatting over het huwelijk als een relatie die uitsluitend kan worden aangegaan tussen man en vrouw. Dit zorgt ervoor dat LGBTQ-personen geduwd worden in een juridisch vacuüm, waarin hen rechten worden ontzegd. Anderzijds worden zij geduwd in hinkende rechtsverhoudingen, waarbij LGBTQ-partners gehuwd zijn in de ene staat en ongehuwd zijn in de andere staat (zoals Polen). De praktijk van Poolse autoriteiten om buitenlandse homohuwelijken te weigeren staat onder druk van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens alsook het Europees recht. Onder invloed van juridische en maatschappelijke ontwikkelingen, hebben het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie belangrijke arresten uitgesproken die lidstaten verplichten om onder voorwaarden buitenlandse homohuwelijken minstens als een geregistreerd partnerschap te erkennen. Deze masterproef onderzoekt de reikwijdte van deze verplichtingen. Het gaat vervolgens in op het Poolse recht en de Poolse administratieve praktijk waarin Poolse autoriteiten buitenlandse homohuwelijken weigeren te erkennen. In een laatste stap toetst deze masterproef het Poolse rechtskader af aan het supranationaal rechtskader om de legitimiteit van het Poolse recht en praktijk in vraag te stellen. Het sluit af met een korte aanbeveling voor de Poolse situatie te geven.

DANKWOORD

Deze masterproef is het sluitstuk van mijn vijfjarige rechtenopleiding. Soms moeilijk te geloven hoe snel tijd vliegt. Toen ik aan mijn rechtenstudie begon, had ik nooit gedacht dat ik zou afstuderen aan de Universiteit Gent met de persoon die ik vandaag ben. Ik wil daarom graag snel de Universiteit Antwerpen vermelden om mij een degelijke juridische basis te hebben gegeven waarmee ik verder kon in Gent. De persoon die toen aan deze opleiding begon is niet dezelfde die een punt zet achter zijn studie. Ik zou enkele personen willen bedanken die mij doorheen mijn studie hebben geduwd en mij hebben doen groeien. Ik wil eerst en vooral mijn ouders bedanken voor mijn opvoeding en alle steun. Zonder hen was het onmogelijk geweest om deze opleiding te voltooien. Ik wil verder mijn zus en nicht heel hard bedanken om mij altijd onvoorwaardelijk te steunen en sterk in mij te geloven. Een studie is meer dan een masterproef alleen. Ik heb vrienden voor het leven gemaakt, die mij ontzettend hebben geïnspireerd tot ontwikkeling. Ik wil hen bedanken voor alle woorden en momenten van steun, voor alle mooie herinneringen die ik heb kunnen opsluiten in mijn hart. Ik ben erg gelukkig en dankbaar dat ik deze mensen rondom mij heb, door wie ik al het zweet, bloed en alle tranen tijdens deze opleiding heb kunnen relativiseren. Ik wil ook mijn praesidium van Erasmus Student Network Antwerp bedanken om mijn leven dit jaar zo positief te veranderen. Deze masterproef zou uiteraard niet mogelijk zijn geweest door hulp van mijn promotor Jinske Verhellen en commissaris Hanna Verdickt. Ik zou beide erg willen bedanken voor de constructieve en menselijke begeleiding op maat. Ik heb erg veel gehad aan elke kritische, maar opbouwende feedback waardoor ik mijn masterproef tot een goed einde heb kunnen brengen. Ik wil professor Jinske Verhellen in het bijzonder bedanken om mijn onderwerp te willen begeleiden. Ik ben erg dankbaar dat ik over een onderwerp heb mogen schrijven dat aansluit bij mijn maatschappelijke interesses en mijn eigen achtergrond. Vooral dit laatste masterjaar en deze masterproef hebben mij veel geleerd over mezelf als persoon en mijn toekomst. Daarom draag ik deze masterproef graag op aan de lezer in het licht van een quote waar ik hard aan probeer vast te houden in mijn leven: *If I wanted to, I(t)'d be alright.*¹

Veel leesplezier!

Bartosz

¹ Uit het nummer “This Feeling” van Alabama Shakes, afgespeeld als outro in het 2^e seizoen van de serie *Fleabag*.

DEEL I. INLEIDING

I. Achtergrond: LGBTQ-rechten en Poolse politiek

1. Rechten van LGBTQ¹-personen in Polen zijn erg beperkt. Traditionele katholieke visies op relaties en het huwelijk geven vorm aan het maatschappelijk denken en het Poolse recht. Het Poolse rechtssysteem beperkt het huwelijksinstituut tot heterokoppels en kent het instituut van het geregistreerd partnerschap niet. Met aantreding van de nieuwe Poolse regering Recht en Rechtvaardigheid (Pools: *Prawo i Sprawiedliwość*; hierna: “PiS”) en president Andrzej Duda (lid van dezelfde partij) in 2015 – beiden herverkozen in respectievelijk 2019 en 2020 – klinkt de openstelling van deze twee rechtsinstellingen voor gelijkslachtige koppels nog meer als toekomstmuziek. Meer over het Poolse huwelijksinstituut en geregistreerd partnerschap zal aan bod komen in DEEL III. HOOFDSTUK 1. Afdeling 2.

2. In vergelijking met andere Europese landen zijn ook *relatierechten* van de Poolse LGBTQ-gemeenschap schaars. Met “relatierechten” bedoel ik het recht van gelijkslachtige partners om hun relatie juridisch erkend en beschermd te zien. Dit ondanks de ontwikkelingen binnen de Europese Unie (hierna: “EU”) en in het kader van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: “EVRM”), alsook de mentaliteitswijziging binnen Europa en Polen (DEEL II en III).

Omdat de meerderheid van de Poolse bevolking gekeerd is tegen relatierechten voor LGBTQ-personen, speelt de strijd om en tegen deze rechten zeer sterk op de agenda van de Poolse politiek. In de aansleep van de verkiezingen van 2015, is dit een strijdpunt geworden dat meer op de voorgrond is getreden in de programma’s van de verschillende politieke partijen. De conservatief-nationalistisch-rechtse partij PiS wist goed dat dit een maatschappelijk gevoelig onderwerp was en besliste hierop in te spelen. Met succes, aangezien de partij de parlementsverkiezingen van 2015 won en hun vertegenwoordiger – Andrzej Duda – de presidentspost wist te overwinnen. Sindsdien staan de LGBTQ-gemeenschap en hun strijd om gelijke rechten meer dan ooit in de kijker. Deze kwetsbare groep is zich tijdens de parlementsverkiezingen van 2019 en presidentsverkiezingen van 2020 – beiden opnieuw gewonnen door respectievelijk PiS en Andrzej Duda – in een nog meer zorgwekkende situatie gaan bevinden.

3. Het conservatief-nationalistische beleid van PiS en president Andrzej Duda heeft de kopstukken over de hele wereld behaald. Vooral de EU-instellingen hebben dit bekritiseerd door Polen meermaals op de vingers te tikken. Dit beleid is zich sinds de laatste verkiezingen nog meer gaan centraliseren rond de LGBTQ-thematiek, of in de mond van de Poolse autoriteiten: de *LGBTQ-problematiek*. De Poolse

¹ Bij uitbreiding: LGBTQIA+; afkorting voor *Lesbians, Gays, Bisexuals, Transgenders, Queers, Intersex persons, Asexuals, and more*.

maatschappij zou zogezegd beschermd moeten worden tegen “de LGBTQ-ideologie”, aldus PiS en Andrzej Duda.² Deze bescherming zou gebeuren door ondertekening van het Familiecharter (Pools: *Karta Rodzinna*) door de Poolse president, dat verbiedt om onderwijs te geven over LGBTQ-kwesties in scholen. Meer nog, dit charter verzekert de Poolse maatschappij dat LGBTQ-partners in geen enkel geval kinderen kunnen adopteren *noch met elkaar kunnen trouwen*.³ Dit laatste is de sleutelzin van deze masterproef.

Dit beleid heeft eveneens tot gevolg gehad dat Poolse gemeenten zichzelf zijn gaan verklaren tot “LGBTQ-vrije zones”. Een deel heeft het Charter der Familierechten op Lokaal Bestuursinitiatief onderkend (*Samorządowa Karta Praw Rodzin*) dat gebaseerd is op het bovenvermelde Familiecharter.⁴

Dit nationaal beleid heeft geleid tot toeneming van de haat tegen LGBTQ-personen binnen de Poolse maatschappij. Als gevolg hiervan wordt de LGBTQ-gemeenschap meer verbaal en fysiek aangevallen op Pride-parades (*Parady Rownosci*). Gelet op deze zorgwekkende situatie, hebben ILGA Europa samen met Poolse LGBTQ-rechtenorganisaties Campagne Tegen Homofobie (*Kampania Przeciwko Homofobii*) en Gelijkheidsstichting (*Fundacja Rownosci*) beslist om hiertegen op te treden door een klacht in te dienen bij de EU-Commissie.⁵ De EU heeft discriminatie tegen LGBTQ-personen in Europa reeds meerdere keren veroordeeld, ook in de Poolse kwestie.⁶

4. Gelet op de zorgwekkende situatie van LGBTQ-personen in Polen, mijn interesse voor IPR familiale kwesties, EVRM-rechten en mijn Poolse achtergrond, ben ik gaan denken over een potentieel onderzoek over rechten – of misschien beter: non-rechten – van Poolse LGBTQ-onderdanen binnen het IPR.

² BBC, “Polish election: Andrzej Duda says LGBT ‘ideology’ worse than communism”, *BBC* 14 juni 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-53039864>, consultatie 27 maart 2023; S. WALKER, “Polish president issues campaign pledge to fight ‘LGBT ideology’”, *The Guardian* 12 juni 2020, consultatie 27 maart 2023.

³ TVN24, “Wybory prezydenckie. Andrzej Duda podpisał “karte rodziny””, *TVN24* 10 juni 2020, consultatie 27 maart 2023; WB, “Duda podpisał “Kartę Rodziny”. Co zawiera dokument? M.in. zapisy o “ochronie przed ideologią LGBT””, *gazeta.pl* 10 juni 2020, consultatie 27 maart 2023.

⁴ Ordo Iuris, “Local government Charter of the Rights of the Family”, 29 maart 2019, <https://en.ordoiuris.pl/family-and-marriage/local-government-charter-rights-family>, consultatie 27 maart 2023; ILGA Europe, “Poland: anti-LGBTI hate timeline”, <https://www.ilga-europe.org/files/uploads/2022/06/Poland-Anti-LGBT-Timeline.pdf>, consultatie 27 maart 2023.

⁵ M. TOMASSINI, ““Poland is violating the fundamental rights of EU citizens and blatantly disregarding EU treaties and standards.” says ILGA-Europe as a legal complaint is submitted to the European Commission”, *ILGA world* 15 september 2020, <https://ilga.org/ilga-europe-joint-statement-poland-sept2020>, consultatie 27 maart 2023; ILGA Europe, “Poland: anti-LGBTI hate timeline”, <https://www.ilga-europe.org/files/uploads/2022/06/Poland-Anti-LGBT-Timeline.pdf>, consultatie 27 maart 2023.

⁶ EU Commissie, “EU founding values: Commission starts legal action against Hungary and Poland for violations of fundamental rights of LGBTIQ people”, 15 juli 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3668, consultatie 27 maart 2023.

II. Hinkende homohuwelijken

5. Voor mijn onderzoek ben ik op zoek gegaan naar een onbesproken onderwerp binnen de internationale en Europese rechtsleer. Toen ik me inlas over verschillende IPR-thema's, kwam ik de term "hinkende rechtsverhouding/hinkend huwelijk" tegen. Vandaaruit ben ik beginnen denken hoe ik dit zou kunnen linken aan de Poolse problematiek en het IPR. Tijdens mijn preliminair onderzoek ben ik cases tegengekomen van weigeringen van erkenningen van buitenlandse homohuwelijken van koppels waarvan minstens één echtgenoot een Pools onderdaan is. Momenteel zijn er verschillende cases aanhangig tegen Polen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: "EHRM").⁷ In de stand van de internationale en EU rechtsleer is er nog geen onderzoek gevoerd naar het Poolse IPR en Poolse rechterlijke uitspraken waarin de erkenning van buitenlandse homohuwelijken wordt geweigerd. Dit zou in het licht van het EU-recht en EVRM een juridisch probleem kunnen vormen. Via mijn onderzoek wil ik het Poolse IPR grondig onder de loep nemen om aan te tonen dat de Poolse staat zijn verplichtingen onder het EU-recht alsook EVRM niet naleeft en zijn LGBTQ-onderdanen in hinkende rechtsverhoudingen duwt.

6. Een hinkend homohuwelijk (algemeen: hinkende rechtsverhouding) is een huwelijk aangegaan in een staat A door een gelijkslachtig koppel, dat *niet* wordt erkend in een staat B. Deze niet-erkenning bezorgt de betrokken partners problemen binnen het internationaal rechtsverkeer, omdat zij in de ene staat als gehuwd worden beschouwd maar niet in de andere. Polen is een goed voorbeeld van zo'n staat B. Noch het huwelijksinstituut, noch het geregistreerd partnerschap in Polen staan open voor gelijkslachtige partners. Partners met de Poolse nationaliteit kunnen hun relatiewens daar niet voldoen, waardoor zij verplicht worden om hieraan in het buitenland tegemoet te komen. Zij wensen dit huwelijk nadien in Polen erkend te zien, maar tevergeefs, aangezien het Poolse rechtssysteem dit weigert. Deze weigering is ingegeven door het gebrek aan een instituut dat gelijkslachtige relaties zou kunnen opvangen, alsook het feit dat het huwelijk grondwettelijk verankerd is als een relatie tussen man en vrouw.⁸ Dit structureel probleem binnen het Poolse rechtssysteem heeft mij tot het volgende onderzoek aangezet.

III. Onderzoek

7. Mijn onderzoek is gebaseerd op volgende hoofdvraag en deelvragen:
Is het Poolse internationaalprivaatrechtelijk kader inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijk in lijn met het mensenrechtelijk (EVRM) en Europeesrechtelijk IPR-kader?

⁷ DEEL II, HOOFDSTUK 1.

⁸ Artikel 18 Poolse Grondwet (Pools: *Konstytucja*; hierna: "(Poolse) GW" of "Grondwet"); *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* 2 april 1997, Dz.U. 1997, NR 78 poz. 483 zm. Dz.U. 2001 nr 28 poz. 319 26.03.2001.

Is het Poolse internationaalprivaatrechtelijk kader inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijken in lijn met het mensenrechtelijk (EVRM) IPR-kader?

Is het Poolse internationaalprivaatrechtelijk kader inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijken in lijn met het Europeesrechtelijk IPR-kader?

Indien dit niet het geval is, op welke manier moet het Poolse internationaalprivaatrechtelijk kader bijgesteld worden om aan het mensenrechtelijk en Europeesrechtelijk internationaalprivaatrechtelijk kader te voldoen?

8. Ik ben ervan overtuigd dat dit onderzoek maatschappelijk en juridisch-wetenschappelijk relevant is.

Maatschappelijk relevant, omdat de LGBTQ-situaties in staten zoals Polen of Hongarije de dag van vandaag nog steeds een heel actueel onderwerp zijn. Het is dus van maatschappelijk en juridisch belang om hierop de aandacht te vestigen. Het gaat immers om een structureel probleem dat zich binnen het Poolse rechtssysteem voordoet dat bijdraagt tot discriminatie van een minderheidsgroep. LGBTQ-personen riskeren om in een juridisch vacuüm te belanden omdat zij internationaalprivaatrechtelijk gezien in een hinkende huwelijksrelatie treden. Dit onderzoek zie ik dan ook als een stem voor de Poolse LGBTQ-gemeenschap en als mogelijkheid om een onderwerp op de kaart te brengen waarvan de bespreking in Polen kan uitblijven wegens politieke druk.

Juridisch-wetenschappelijk relevant, omdat ik met mijn onderzoek beoog een nieuwe bijdrage te leveren aan de stand van de internationale en Europese (of internationaalprivaatrechtelijke) rechtsleer over de juridische problematiek van hinkende homohuwelijken.

9. Poolse autoriteiten weigeren om erkenning te verlenen aan buitenlandse huwelijken van LGBTQ-partners.

Zowel het Hof van Justitie (hierna ook: "HvJ") als het EHRM vellen belangrijke rechtspraak die invloed heeft op het nationale recht van de lidstaten (waaronder Polen). Vanaf het moment dat zich een grensoverschrijdend privaatrechtelijk geschil voordoet dat zich situeert binnen één of meerdere lidstaten van de EU of Raad van Europa, komt men in de sfeer terecht van het EU-recht enerzijds (in geval van een geschil met een internationaalprivaatrechtelijk component) en anderzijds de mensenrechten onder het EVRM (in geval van een vermeende schending van het EVRM binnen een internationaalprivaatrechtelijk geschil). Beide hoven vellen dan arresten ter interpretatie van het Europees recht (HvJ) of de geschonden EVRM-artikelen (EHRM). Staten die lid zijn van de EU of bij het EVRM ondergaan de verbindende kracht van deze interpretatie-arresten, omdat zij de relevante verdragen hebben ondertekend. Vermeldingswaardige arresten die ik zal analyseren zijn de arresten *Coman*, *Oliari* en *Orlandi/Italië*, alsook *Szypula* en *Urbanik & Alonso Rodriguez/Polen*. Deze arresten bevatten belangrijke bindende conclusies waarmee de nationale wetten in overeenstemming moeten

zijn. Zowel het Hof van Justitie als het EHRM stellen vereisten aan staten in verband met de erkenning van buitenlandse homohuwelijken, die de Poolse staat *niet* naleeft.

10. Via de analysemethode/inhoudsanalyse neem ik dus eerst het IPR-kader op EU- en EVRM-vlak inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijken onder de loep. Vervolgens zal ik ingaan op het Poolse IPR-kader inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijken, waarbij ik kort zal stilstaan bij het Poolse grondwettelijk en familierecht als achtergrond, de werking van het Poolse IPR luik erkenning en Poolse administratieve rechtspraak waarin buitenlandse homohuwelijken niet erkend worden. In een volgende stap zal ik het Poolse IPR-kader aftoetsen aan het IPR-kader op EU- en EVRM-vlak om tot een conclusie van mijn onderzoek te komen. Mijn masterthesis zal ik afsluiten met een korte aanbeveling voor het Poolse recht om aan het mensen- en EU-rechtelijk IPR-kader te voldoen.

11. Tijdens mijn onderzoek werd ik met enkele zaken geconfronteerd. Ten eerste vertrok ik vanuit mijn eigen Belgisch (Nederlandstalig) juridisch denkkader om het Poolse recht proberen te begrijpen. Om die reden was mijn begrip van het Poolse recht en de vertaling naar het Nederlands verwarrend en niet altijd een evidentie. Met tijd klaarde dit zich uit. Verder was ik positief verrast dat ik de nodige bronnen heb kunnen vinden voor mijn onderzoek, omdat ik aanvankelijk vreesde dat ik hierin beperkt zou worden door mijn mogelijkheden of wegens de heersende politieke sfeer. Tenslotte vond ik het schrijven van deze masterproef erg leerrijk, in die zin dat ik geconfronteerd werd met een fundamenteel andere opvatting dan de mijne. Dit stimuleerde mijn denken om tot conclusies te komen die niet zouden zijn opgekomen zonder deze masterproef. Ik deel al mijn bedenkingen graag in deze masterproef.

DEEL II. MENSENRECHTELIJK EN EUROPEESRECHTELIJK IPR-KADER

ALGEMEEN

12. In dit deel zal ik het mensenrechtelijk en Europeesrechtelijk IPR-kader met betrekking tot de erkenning van buitenlandse homohuwelijken bespreken. Zowel het EVRM als het EU-recht leggen verplichtingen op aan lidstaten, waaronder Polen. In dit deel zal ik de rechtspraak van het EHRM en Hof van Justitie inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijken analyseren in het licht van mensen- en Europeesrechtelijke doctrine. Deze uiteenzetting zal ik in DEEL IV gebruiken om het Poolse IPR-kader hieraan af te toetsen.

13. Het EHRM en Hof van Justitie spelen een belangrijke rol bij de interpretatie van respectievelijk het EVRM en het EU-recht. Het volstaat dat zich een grensoverschrijdend privaatrechtelijk geschil voordoet binnen één of meerdere lidstaten van de Raad van Europa of EU. Enerzijds kan men terecht komen in de sfeer van het EVRM (in geval van een vermeende schending van het EVRM binnen een internationaalprivaatrechtelijk geschil) en anderzijds het EU-recht (in geval van een geschil met een internationaalprivaatrechtelijk component). Het is een bewuste keuze geweest om dit in deze volgorde te onderzoeken, gelet op de chronologie van de arresten. De vroegere arresten van het EHRM hebben immers de rechtspraak van het Hof van Justitie over het vrij verkeersrecht beïnvloed. Deze arresten zijn bindend voor lidstaten, die ze moeten onderkennen door hun nationale wetten of rechtspraak hieraan aan te passen. In hoofdstuk 1 zal ik de ontwikkelingen in het EHRM-recht bespreken, om daarna in hoofdstuk 2 stil te staan bij het EU-kader.

HOOFDSTUK 1. Mensenrechtelijk IPR-kader

Inleiding

14. De interpretatie van het EVRM door het EHRM is bindend voor de lidstaten van de Raad van Europa. Lidstaten zijn verplicht deze rechtspraak na te leven en te implementeren in hun nationale wetgeving. Dit is niet onbelangrijk voor mijn analyse van het Poolse IPR-kader inzake de al dan niet erkenning van buitenlandse homohuwelijken, omdat Polen één van de 46 leden van de Raad van Europa is (Rusland wordt niet meer meegeteld⁹). Alle positieve en negatieve verplichtingen uit het EVRM hebben een invloed op het Poolse recht (DEEL III).

⁹ Comité van Ministers, “The Russian Federation is excluded from the Council of Europe”, 16 maart 2022, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe>, consultatie 12 februari 2023.

15. De ontwikkelingen van LGBTQ-rechten binnen de rechtspraak van het EHRM hebben als basis gediend voor belangrijke arresten, zoals het arrest *Oliari*¹⁰ (2015) (Afdeling 1). Dit arrest heeft dan weer als basis gediend voor het mijlpaalarrest inzake de erkenning van buitenlandse homohuwelijken. Dit is het arrest *Orlandi/Italië*¹¹ (2017) (Afdeling 2) dat een belangrijke basis heeft gelegd voor het arrest *Coman* van het Hof van Justitie (2018).¹² In de afdelingen 3 en 4 van dit hoofdstuk zal ik enkele hangende zaken bij het EHRM tegen Polen bespreken.

Afdeling 1. Historiek

16. Het EHRM is een onmisbaar instituut in de ontwikkeling en erkenning van LGBTQ-rechten binnen Europa. Al vanaf de jaren 1980 heeft het belangrijke arresten over de LGBTQ-kwestie gevelde.¹³ Het Hof heeft talrijke mogelijkheden gekregen om het toepassingsgebied van EVRM-rechten en de verplichtingen van staten met betrekking tot LGBTQ-kwesties te bepalen. Dit gebeurde onder meer onder de artikelen 8 (recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven), 12 (recht om te huwen) en 14 (verbod van discriminatie) EVRM.¹⁴ Enerzijds zijn deze arresten een overwinning voor de LGBTQ-gemeenschap. Anderzijds heeft de houding van het EHRM een invloed gehad op de wijziging van maatschappelijke opvattingen binnen Europa. Doordat het Hof seksuele geaardheid uitdrukkelijk erkende als discriminatiegrond, zijn LGBTQ-rechten toegenomen op verschillende domeinen van het maatschappelijk leven. Met elk arrest heeft het Hof een stap verder durven zetten. In samenspel met wijzigende maatschappelijke opvattingen, heeft dit ervoor gezorgd dat de Europese consensus toegenomen is inzake LGBTQ-kwesties. Het EVRM is immers een “*living instrument*” dat geïnterpreteerd moet worden in het licht van hedendaagse omstandigheden.¹⁵ Deze stelling van het EHRM is bijzonder relevant voor LGBTQ-personen. Het zal interessant zijn om te zien hoe deze stijgende (1) ontwikkeling van rechten, (2) mentaliteitswijziging en (3) Europese consensus verder zullen evolueren en welke rol zij zullen spelen in toekomstige zaken voor het EHRM. Verder heeft dit Hof ook de rechtspraak van het Hof van Justitie beïnvloed. Het Hof van Justitie verwijst in meerdere uitspraken naar arresten van het EHRM en omgekeerd. Het is fascinerend om de wisselwerking tussen deze hoven te zien en hoe zij voor elkaar een rol van “katalysator” vervullen. Dit zal ik later verduidelijken. De vroegere arresten zal ik niet bespreken gelet op het onderwerp van mijn masterproef.

¹⁰ EHRM 21 juli 2015, nr. 18766/11 en 36030/11, *Oliari e.a./Italië*.

¹¹ EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a./Italië*.

¹² DEEL II, HOOFDSTUK 2.

¹³ Onder meer: EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, *Schalk en Kopf/Oostenrijk*; EHRM 7 november 2013, nr. 29381/09 en 32684/09, *Vallianatos e.a./Griekenland*; EHRM 16 juli 2014, nr. 37359/09, *Hämäläinen/Finland*; zie ook: E. BRIBOSIA en I. RORIVE, “L’arrêt Coman: quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel”, *Journal de droit européen* 2018, 344–347.

¹⁴ Meer hierover: W. KÄLIN en J. KÜNZLI, “Part III Substantive Guarantees, 12 Protection of Private Life” in *The Law of International Human Rights Protection (2nd edition)*, *Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL]* (Oxford University Press) 29 augustus 2019, 32 p.

¹⁵ EHRM 2008, nr. 43546/02, *E.B./Frankrijk*, § 92; EHRM 2002, nr. 28957/95 *Christine Goodwin/VK*, §§ 74-75.

Ik wil er wel de aandacht op vestigen dat zij als basis hebben gediend voor de arresten *Oliari* en *Orlandi*. Beide arresten kaderen onder artikel 8 EVRM, doch worden de artikelen 12 en 14 in beide sporadisch besproken.

Afdeling 2. Orlandi e.a. tegen Italië

1. Achtergrond: Oliari e.a. tegen Italië

17. Het *Oliari*-arrest dateert van 2015 en diende als basis voor het latere *Orlandi*-arrest.¹⁶ De achtergrond van *Oliari* is belangrijk om beter begrip te krijgen van de Italiaanse situatie die ook aan bod kwam in het arrest *Orlandi*.

18. Oliari en anderen waren drie gelijkslachtige koppels in een stabiele en duurzame relatie. Zij konden niet in het huwelijk treden, omdat het Italiaans Burgerlijk Wetboek vereiste dat de echtgenoten van verschillend geslacht waren. Oliari stapte in het kader van de nationale procedure naar het hof van beroep, dat de zaak doorverwees naar het Italiaanse grondwettelijk hof met de vraag naar de grondwettelijkheid van de Italiaanse regeling. Dit hof oordeelde dat het huwelijksinstituut niet kon worden opengesteld voor gelijkslachtige koppels. Hierbij verwees het naar het traditionele karakter van het huwelijk als een relatie tussen man en vrouw. Het hof wees het Italiaanse parlement er echter op om een juridisch kader uit te werken voor rechten en verplichtingen van gelijkslachtige koppels. Dit zou moeten gebeuren in de vorm van een gelijkslachtig geregistreerd partnerschap. Het beroep van Oliari werd uiteindelijk afgewezen en de Italiaanse staat ging verder niet in op de aanbevelingen van het grondwettelijk hof, waardoor de verzoekende koppels in rechtsonzekerheid werden gelaten. Oliari en anderen stapten naar het EHRM om een schending van artikel 8 EVRM vast te stellen. De verzoekers hadden immers behoefte aan juridische erkenning en bescherming van hun relatie.¹⁷

19. Het EHRM verklaarde de zaak ontvankelijk en focuste zich in zijn analyse op artikel 8.1 EVRM. In zijn eerdere rechtspraak had het Hof reeds geconcludeerd dat stabiele *en duurzame* partnerrelaties van samenwonende gelijkslachtige koppels onder de notie “familieleven” vielen (eigen toevoeging in cursief).¹⁸

Volgens het Hof bevatte de Italiaanse wetgeving, op moment van behandeling van de zaak, een eerder beperkte juridische bescherming voor gelijkslachtige koppels. De erkenning van gelijkslachtige civiele unies door lokale autoriteiten gebeurde slechts in enkele gemeenten. Bovendien was dit louter

¹⁶ EHRM 21 juli 2015, nr. 18766/11 en 36030/11, Oliari e.a./Italië.

¹⁷ *Ibid.* §§ 9-32.

¹⁸ *Ibid.* §§ 101-103.

symbolisch van aard, omdat het geen rechten creëerde voor gelijkslachtige koppels.¹⁹ De samenwoningsovereenkomsten die gelijkslachtige koppels onder de Italiaanse wetgeving konden sluiten, verleenden de betrokkenen slechts beperkte rechten. Deze overeenkomsten konden niet tegemoetkomen aan wat het grondwettelijk hof onder een “juridisch kader voor rechten en verplichtingen” verstond. Het EHRM heeft reeds in het verleden geoordeeld dat samenwoont geen preliminaire voorwaarde is om te kunnen spreken van een stabiele relatie, daar veel koppels bv. lange-afstandsrelaties onderhouden.²⁰

Het Hof was van oordeel dat er een discrepantie bestond tussen de sociale realiteit waarin gelijkslachtige koppels zich bevonden en de juridische onmogelijkheid om hun relatie erkend te zien.²¹ Het EHRM eiste juridische erkenning en bescherming van gelijkslachtige relaties. De Italiaanse staat moest dit doen door een geregistreerd partnerschap in te voeren.²² Het Hof steunde deze vaststelling op een Europese consensus, waarbij 24 van de 47 lidstaten van de Raad van Europa reeds hadden voorzien in een juridisch kader voor gelijkslachtige koppels.²³ Verder merkte het Hof een groeiende steun binnen de Italiaanse bevolking voor erkenning van gelijkslachtige relaties.²⁴ De Italiaanse regering ontkende dit niet tijdens de procedure en kon hiervoor geen rechtvaardiging aanreiken.²⁵ Gelet op deze wijzigingen, kon het Hof niet anders dan het EVRM op een evolutieve en dynamische manier te interpreteren.²⁶

Het Hof had geen andere keuze dan vast te stellen dat de Italiaanse staat zijn positieve verplichting om een wetgevend kader uit te werken voor de erkenning en bescherming van gelijkslachtige relaties, niet naleefde. Het Hof stelde dus een schending vast van artikel 8 EVRM.²⁷

20. Dit arrest was een mijlpaal voor LGBTQ-rechten. De verdragsstaten bij het EVRM werden verplicht om een wettelijk kader uit te werken voor de juridische erkenning en bescherming van gelijkslachtige relaties. Naar aanleiding van dit arrest wijzigde de Italiaanse staat zijn wetgeving door te voorzien in geregistreerde partnerschappen voor gelijkslachtige partners.²⁸

2. Orlandi e.a. tegen Italië

¹⁹ *Ibid.* §§ 167-168.

²⁰ *Ibid.* § 169.

²¹ *Ibid.* § 173.

²² *Ibid.* § 174.

²³ *Ibid.* § 178.

²⁴ *Ibid.* §§ 181-182.

²⁵ *Ibid.* § 185.

²⁶ *Ibid.* § 186.

²⁷ *Ibid.* §§ 185 en 187.

²⁸ A. DONÀ, “Somewhere over the rainbow: Italy and the regulation of same-sex unions”, *Modern Italy* (Cambridge University Press) 2021, 26(3), 261-274.

A. Inleiding, feiten en achtergrond

21. *Orlandi e.a. tegen Italië* is het mijlpaalarrest inzake de mensenrechtelijke *verplichting* tot erkenning van buitenlandse homohuwelijken.²⁹ Het arrest *Orlandi* is van bijzonder belang voor deze masterproef. Het legt een belangrijke verplichting op aan lidstaten; het is een katalysator geweest voor het latere *Coman*-arrest van het Hof van Justitie (HOOFDSTUK 2); en in een latere fase van deze masterproef zal het dienen als toetssteen voor het Poolse IPR-kader (DEEL IV).

22. Het verzoek in *Orlandi* werd ingediend door zes gelijkslachtige koppels. Zij klaagden over de onmogelijkheid om hun buitenlandse huwelijken erkend en overgeschreven te zien. De Italiaanse autoriteiten weigerden dit omdat het gelijkslachtig huwelijk niet werd erkend in de nationale rechtsorde. Dit ging volgens de Italiaanse regering in tegen de openbare orde van de Italiaanse staat. Sommige huwelijken werden echter wel erkend als civiele unies na invoering van de Wet van 2016 tot invoering van civiele unies.³⁰ Het verzoek dateerde echter van 2012. De situatie van de verzoekers dateerde dus van voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet. De verzoekers beriepen zich op de artikelen 8 en 14 (discriminatie op basis van seksuele geaardheid) in samenlezing met de artikelen 8 en 12 om het volgende aan te vechten:

- De weigering om hun buitenlandse huwelijken te registreren;
- Het feit dat zij niet opnieuw konden huwen of niet konden genieten van juridische erkenning van hun buitenlandse huwelijksrelatie in Italië.³¹

23. De Italiaanse regering daarentegen maakte een verwijzing naar de relevante nationale rechtspraak, waarin rechtbanken zich bewust waren van de nood aan bescherming en gelijke behandeling van gelijkslachtige koppels. Het Italiaanse Hof van Cassatie verplichtte enkele gemeenten en regio's om een register van civiele unies te creëren om gelijkslachtige relaties hierin op te nemen. Dit leidde echter niet tot de verplichting om deze relaties als huwelijken te erkennen, maar was louter symbolisch bedoeld om rekening te houden met het bestaan van zulke relaties.

De Italiaanse staat wees er ook op dat koppels samenwoningsovereenkomsten konden sluiten voor de juridische omkadering van hun relatie.³²

24. Bij het lezen van het arrest vond ik de vaststellingen van de derde tussenkomende partijen interessant.

²⁹ EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a./Italië*.

³⁰ *Ibid.* §§ 10-65 en 97-102.

³¹ *Ibid.* §§ 137-138 en 148 e.v.

³² *Ibid.* §§ 164-171.

Professor R. WINTEMUTE – in naam van non-gouvernementele organisaties FIDH, AIRE Centre, ILGA-Europe, ECSOL, UFTDU en LIDU – merkte op dat artikel 14 in samenlezing met artikel 8 zo moet worden geïnterpreteerd dat lidstaten buitenlandse homohuwelijken moeten erkennen als een civiele unie of in een ander alternatief moeten voorzien.³³

The Helsinki Foundation for Human Rights richtte zich op de situatie in Polen. De Poolse Grondwet definieert het huwelijk als een relatie tussen man en vrouw.³⁴ Wetsvoorstellen en wetsontwerpen inzake gelijkslachtige geregistreerde partnerschappen werden herhaaldelijk afgewezen. De steun hiervoor binnen de Poolse bevolking is echter gestegen. Er is een gebrek aan juridische erkenning van gelijkslachtige relaties, waardoor gelijkslachtige koppels verschillend worden behandeld. Polen erkent buitenlandse gelijkslachtige geregistreerde partnerschappen en huwelijken niet. Hiervoor bestaat geen rechtvaardiging volgens de HDHR. De Poolse staat is verplicht om minstens een minimum aan juridische erkenning aan gelijkslachtige koppels te geven.³⁵ In het kader van deze masterproef beschouw ik dit als één van de meer interessante passages. Het is opmerkelijk hoe de HDHR de Poolse kwestie reeds in 2017 aanhaalde in een Italiaanse zaak. In DEEL III en IV zullen we zien dat de situatie van Poolse LGBTQ-onderdanen sindsdien niet veel veranderd is.³⁶

Alliance Defending Freedom ging in op het bestaan van een EU-consensus en de appreciatiemarge van de staten. Het merkte enerzijds een trend op van erkenning van gelijkslachtige relaties via het contractenrecht en anderzijds een trend van lidstaten die het huwelijk definiëren als een relatie tussen man en vrouw in hun (grond)wetgeving.³⁷ Ik betreur dat de ADF niet inging op de inhoud van de vermeende EU-consensus.

EU Centre for Law and Justice vond dat de Italiaanse staat niet verplicht kon worden buitenlandse homohuwelijken te erkennen, omdat er geen homohuwelijksrecht onder artikel 12 EVRM bestaat. Dit zou niet in lijn zijn met de geest van het EVRM noch met de bevoegdheden van het EHRM. De Italiaanse praktijk was volgens dit instituut in overeenstemming met de nationale en EU openbare orde zoals bepaald door het EHRM.³⁸ Later in het arrest zullen we lezen dat het EHRM deze twee zaken van elkaar onderscheidt en in de andere richting zal beslissen (randnummers 26-35).

³³ *Ibid.* § 174.

³⁴ Artikel 18 Poolse GW: “*Het huwelijk als band van vrouw en man, het gezin, het moederschap en het ouderschap genieten de bescherming en de zorg van de Poolse Republiek*” (eigen vrije vertaling).

³⁵ *Ibid.* §§ 177-181.

³⁶ DEEL III.

³⁷ *Ibid.* §§ 182-185.

³⁸ *Ibid.* §§ 187-190.

25. Wat de positieve verplichting betreft om erkenning en bescherming te geven aan gelijkslachtige relaties, verwijst het Hof naar het arrest *Oliari* (randnummers 17-20).³⁹

B. Beoordeling door het EHRM

a) Artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé- en familielevens)

26. De zaak betreft het recht op eerbiediging van privé- en familielevens en valt volgens het EHRM onder de noties “respect voor familie- en privélevens”. Deze noties omvatten ook homoseksuele buitenlandse huwelijksrelaties.⁴⁰ Meer nog, ook de erkenning en overschrijving van deze huwelijken als onderdeel van de burgerlijke staat van een persoon vallen hieronder.⁴¹ De zaak gaat over verzoekers die hun buitenlandse huwelijken niet erkend konden zien als huwelijk noch in een andere vorm. Het EHRM merkt op dat hen juridische bescherming en genot van rechten wordt ontzegd als gevolg hiervan.⁴²

27. Staten hebben appreciatiemarge om het huwelijk al dan niet open te stellen voor homoseksuele koppels. Gelijkslachtige koppels moeten wel kunnen genieten van juridische erkenning en bescherming van hun relatie. Italië werd veroordeeld in *Oliari* voor de niet-naleving van deze verplichting, omdat er geen wetgevend kader bestond voor gelijkslachtige relaties.⁴³

28. Om aan de verplichtingen onder artikel 8 EVRM te voldoen, volstaat het volgens het EHRM om buitenlandse homohuwelijken *minstens* als een geregistreerd partnerschap te erkennen. Volgens het Hof zou dit hen een wettelijke status verlenen die gelijk is op het huwelijk.⁴⁴

29. Het Hof hield rekening met het feit dat de Italiaanse staat op het moment van de uitspraak reeds wetgeving had aangenomen die de rechtsfiguur van gelijkslachtig geregistreerd partnerschap invoerde. Sommige verzoekers hebben op grond hiervan kunnen genieten van erkenning van hun buitenlandse huwelijksrelaties. Het verzoek dateerde echter van 2012, vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet. De vraag stelde zich of de Italiaanse staat toen een evenwicht heeft behouden tussen de belangen van de Italiaanse staat en van de koppels in kwestie. In zo’n afweging genieten staten een appreciatiemarge.⁴⁵

³⁹ *Ibid.* § 186 en 192 met verwijzing naar EHRM 21 juli 2015, nr. 18766/11 en 36030/11, *Oliari e.a./Italië*; zie ook Afdeling 2, 1.

⁴⁰ EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a./Italië*, §§ 139-143.

⁴¹ *Ibid.* § 144.

⁴² *Ibid.* § 191.

⁴³ *Ibid.* § 192 met verwijzing naar EHRM 21 juli 2015, nr. 18766/11 en 36030/11, *Oliari e.a./Italië*, §§ 185 en 187; zie ook Afdeling 2, 1.

⁴⁴ *Ibid.* § 194.

⁴⁵ *Ibid.* §§ 196-197.

De niet-openstelling van het huwelijk voor gelijkslachtige koppels was niet het probleem in deze zaak. De zaak ging over het feit dat de betrokken koppels geen mogelijkheid hadden om hun buitenlandse huwelijksrelaties in enige vorm onder Italiaans recht erkend te zien. Het Hof merkte op dat 27 op 47 lidstaten van de Raad van Europa wetgeving hebben die gelijkslachtige koppels toelaat hun relatie te erkennen als een huwelijk of civiele unie, dan wel een geregistreerd partnerschap. Erkenning van gelijkslachtige relaties is een globale en internationale trend. Er was minder consensus wat de erkenning van buitenlandse homohuwelijken betreft, waardoor staten een ruimere appreciatiemarge genoten om dit al dan niet toe te laten. Het EHRM stelde dat het gebrek aan enige erkenning koppels in een juridisch vacuüm duwde. Hiermee hield de Italiaanse staat geen rekening met hun sociale realiteit en dit zorgde ervoor dat zij gehinderd werden in hun dagelijks leven. De Italiaanse staat kon geen redenen van algemeen belang aanvoeren die deze situatie zouden kunnen rechtvaardigen. Noch kon het een legitiem doel aanvoeren voor de non-registratie van huwelijken – enkel een vage verwijzing naar redenen van nationale openbare orde. Artikel 8.2 EVRM vermeldt dit laatste niet als rechtvaardigingsgrond. De Italiaanse staat moest onder artikel 8 EVRM bescherming bieden aan gelijkslachtige koppels, omdat zij ook onder “het familieleven” vallen. Hiermee refereert het EHRM naar de verplichting uit het arrest *Oliari*. Na een belangenafweging kwam het EHRM tot de conclusie dat er geen evenwicht was tussen de belangen omdat er geen wetgevend kader was voor de erkenning en bescherming van gelijkslachtige relaties.⁴⁶

30. Daarnaast was het onmogelijk voor de betrokken koppels om hun buitenlands homohuwelijk erkend en geregistreerd te zien in Italië. Dit is een schending van artikel 8 EVRM, aldus het Hof.⁴⁷

b) Artikel 12 EVRM (recht om te huwen)

31. Het Hof verklaarde artikel 12 EVRM ook van toepassing op de zaak en herinnerde eraan dat het huwelijksrecht zich ook uitstrekt tot gelijkslachtige koppels.⁴⁸ Gelijkslachtige verzoekers huwden onder een buitenlands rechtsstelsel en dit op zich volstaat voor een toepassing van artikel 12 EVRM.⁴⁹

32. Het EHRM brengt echter zijn vorige rechtspraak in herinnering dat staten het huwelijk niet moeten openstellen voor homoseksuele koppels. Staten genieten een appreciatiemarge omdat er geen EU-consensus bestaat.⁵⁰

⁴⁶ *Ibid.* §§ 198-205 en 209 e.v.

⁴⁷ *Ibid.* §§ 210-211 *juncto* § 191; zie ook: EHRM 21 juli 2015, nr. 18766/11 en 36030/11, *Oliari e.a./Italië* in Afdeling 2, 1.

⁴⁸ *Ibid.* §§ 140 en 145.

⁴⁹ *Ibid.* § 145.

⁵⁰ *Ibid.* § 145; EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, *Schalk en Kopf/Oostenrijk*; EHRM 16 juli 2014, nr. 37359/09, *Hämäläinen/Finland*; EHRM 21 juli 2015, nr. 18766/11 en 36030/11, *Oliari e.a./Italië*; EHRM 9 juni 2016, nr. 40183/07, *Chapin en Charpentier/Frankrijk*.

c) Artikel 14 EVRM (verbod van discriminatie)

33. In het licht van artikel 8 EVRM besliste het EHRM dat er geen nood is om de vermeende schending van artikel 14 in samenlezing met de artikelen 8 en 12 EVRM te onderzoeken.⁵¹

C. Conclusie

34. Het gebrek aan of de weigering van erkenning van buitenlandse homorelaties is een schending van artikel 8 EVRM. De verzoekers werden in hun rechten geschonden doordat zij geen juridische bescherming noch erkenning onder het Italiaanse recht konden genieten. Hieruit volgt de positieve verplichting voor staten om buitenlandse homohuwelijken minstens te erkennen als een geregistreerd partnerschap in de nationale rechtsorde. Dit houdt impliciet de verplichting in voor alle verdragsstaten om het geregistreerd partnerschap ook in te voeren voor gelijkslachtige koppels. Dit werd reeds in *Oliari* vastgelegd.⁵² Dit arrest zal vooral relevant zijn voor staten zonder wetgevend kader voor gelijkslachtige relaties waardoor registratie van buitenlandse homorelaties uitblijft.

35. Samengevat zijn staten ingevolge dit arrest verplicht buitenlandse homohuwelijken in de eigen rechtsorde te erkennen. Dit hoeft niet als huwelijk, maar elke juridische bescherming ontnemen – door het evenmin als een civiele unie of geregistreerd partnerschap te erkennen – maakt een schending van artikel 8 EVRM uit.

D. Opmerkingen en kritiek

36. Rechter KOSKELO formuleerde een *concurring opinion* bij deze zaak.⁵³ Volgens rechter KOSKELO is het niet correct om te stellen dat het ontbreken van een overschrijving van het huwelijk leidde tot ontzegging van juridische bescherming. Dit werd hun ontzegd door het ontbreken van een wetgevend kader dat gelijkslachtige relaties reguleert. Het gebrek aan overschrijving was hier een gevolg van, en niet de oorzaak.⁵⁴ De schending van artikel 8 EVRM is hier dezelfde als in *Oliari*, en de weigering van registratie vormt hier geen apart issue of aparte schending.⁵⁵

⁵¹ *Ibid.* § 212.

⁵² Afdeling 2, 1.

⁵³ Concurring opinion rechter Koskelo bij EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, Orlandi e.a./Italië.

⁵⁴ Concurring opinion rechter Koskelo bij EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, Orlandi e.a./Italië, §§ 18-19.

⁵⁵ *Ibid.* § 23.

POPPELWELL-SCEVAK meent dat de rechters de niet-erkenning en non-registratie van het buitenlandse homohuwelijk wél als een apart issue moesten beschouwen, maar niet onder artikel 8 EVRM, doch wel onder artikel 12 EVRM.⁵⁶ Ik sluit mij aan bij deze mening, met deze nuance dat ik er wel van overtuigd ben dat het EHRM de zaak terecht onder artikel 8 EVRM heeft behandeld. Enerzijds omdat het Hof het homohuwelijk niet uitdrukkelijk heeft erkend onder artikel 12 EVRM, anderzijds omdat het correct is om het administratieve luik van een relatie onder artikel 8 EVRM te laten vallen.

37. POPPELWELL-SCEVAK geeft een mooie samenvatting van de *dissenting opinion* van de rechters PEJCHAL en WOJTYCZEK.⁵⁷ Zij gaven vooral een uitgebreide uiteenzetting over de interpretatie en methodologie van het EVRM, in het licht van andere internationale verdragen. Zij argumenteerden waarom het EHRM artikel 12 EVRM niet mocht gebruiken in deze zaak. Daarnaast legden zij de focus op de ruime appreciatiemarge en discretiebevoegdheid van de Italiaanse staat waardoor deze geen inbreuk kon plegen op de artikelen 8 en 12 EVRM.

Het EHRM heeft artikel 12 EVRM niet apart besproken in het arrest *Orlandi*. Dit kwam slechts sporadisch aan bod bij de bespreking van artikel 8 EVRM. Het is daarom vreemd om vast te stellen dat de rechters PEJCHAL en WOJTYCZEK hier uitgebreid op ingaan. POPPELWELL-SCEVAK wijst terecht op de absurditeit waarmee rechters argumenteerden tegen gelijkslachtige huwelijken en hoe volgens hen een interpretatie vóór deze huwelijken ingaat tegen de inhoud van artikel 12 EVRM. De rechters haalden bijvoorbeeld definities aan die dateren van de Romeinse tijd.⁵⁸ Ik lees in hun *dissenting opinion* het volgende: “*The complementariness of the biological sexes of the two spouses is a constitutive element of marriage. Moreover, marriage in this meaning is - by definition - a social institution open to procreation. The fact that certain married couples may suffer from infertility does not affect its social function*”.⁵⁹ Volgens mij is het contradictorisch om te stellen dat heterokoppels die geen kinderen kunnen krijgen geen afbreuk doen aan de sociale functie van het huwelijk, waarvan procreatie een wezenlijk deel uitmaakt. Anderzijds is de sociale functie van het huwelijk met tijd gaan evolueren, waardoor dit argument niet langer opgaat in het licht van huidige maatschappelijke opvattingen.

⁵⁶ C. POPPELWELL-SCEVAK, “Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions”, *Strasbourg Observers* 2 februari 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/02/02/oliari-orlandi-and-homophobic-dissenting-opinions-the-strasbourg-approach-to-the-recognition-of-same-sex-marriages/>, consultatie 13 februari 2023.

⁵⁷ Dissenting opinion rechters Pejchal en Wojtyczek bij EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, Orlandi e.a./Italië; C. POPPELWELL-SCEVAK, “Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions”, *Strasbourg Observers* 2 februari 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/02/02/oliari-orlandi-and-homophobic-dissenting-opinions-the-strasbourg-approach-to-the-recognition-of-same-sex-marriages/>, consultatie 13 februari 2023.

⁵⁸ Dissenting opinion rechters Pejchal en Wojtyczek bij EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, Orlandi e.a./Italië, § 6.

⁵⁹ *Ibid.*

Verder lees ik: “[A] growing number of heterosexual couples decide freely neither to marry nor to enter into a civil union and find their situation fully satisfactory. They assert their right to live their family lives outside any legal framework provided by legislation”.⁶⁰ POPPELWELL-SCEVAK wijst terecht op de heteronormativiteit van deze uitspraak. Heterokoppels hebben een keuze, daar waar homoseksuele koppels dit niet hebben op grond van hun seksuele geaardheid en de rechters hebben hier onvoldoende appreciatie voor.⁶¹

38. Er is dus geen verplichting voor staten om een buitenlands homohuwelijk als een *huwelijk* in de eigen rechtsorde te erkennen en registreren. Dit vloeide reeds voort uit vorige rechtspraak van het EHRM. In de zaak *Hämäläinen/Finland* oordeelde het Hof dat de weigering om, naar aanleiding van een geslachtswijziging, de verzoekster een vrouwelijk identiteitsnummer te verlenen voor zover het huwelijk omgezet werd in een geregistreerd partnerschap, artikel 8 niet heeft geschonden.⁶² In die zin is het arrest *Orlandi* niet echt vernieuwend, maar het EHRM heeft er goed aan gedaan om dit in *Orlandi* te expliciteren.

Het EHRM steunt de redenering in *Orlandi* rechtstreeks op het recht op familielevens. Het Hof deed dit voordien onrechtstreeks op basis van het recht op privacy of het discriminatieverbod (zie onder andere EHRM, *Vallianatos e.a./Griekenland*).⁶³ Volgens LIEVENS moeten staten juridische bescherming bieden aan eenieder die aanspraak kan maken op het recht op familielevens.⁶⁴ Dit is geen onbelangrijke vaststelling. Het EHRM heeft redenen om het arrest onder het recht op familielevens te laten vallen en niet te baseren op artikel 14 EVRM. Door de toetsing te beperken tot de eerbiediging van het recht op privé- en gezinsleven, kiest het EHRM er bewust voor om binnen de grenzen van zijn rechtspraak in *Schalk en Kopf/Oostenrijk* te blijven.⁶⁵

39. Het EHRM spreekt zich alleen uit over de situatie waarin het buitenlands homohuwelijk door minstens één onderdaan van de staat in kwestie wordt aangegaan, maar niet over een huwelijk tussen twee buitenlanders (allebei geen onderdanen). Het Hof van Justitie daarentegen benadrukt in het arrest

⁶⁰ Dissenting opinion rechters Pejchal en Wojtyczek bij EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a./Italië*, § 10.

⁶¹ C. POPPELWELL-SCEVAK, “Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions”, *Strasbourg Observers* 2 februari 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/02/02/oliari-orlandi-and-homophobic-dissenting-opinions-the-strasbourg-approach-to-the-recognition-of-same-sex-marriages/>, consultatie 13 februari 2023.

⁶² EHRM 16 juli 2014, nr. 37359/09, *Hämäläinen/Finland*; M. KLEINE, V. DE MAILLARD en A. PIAT, “The role of the EU courts in developing same-sex couples’ rights”, *EJTN* 2018, 21 p., <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17292/WR%20TH-2018-02%20TEAM%20FR.pdf>.

⁶³ EHRM 7 november 2013, nr. 29381/09 en 32684/09, *Vallianatos e.a./Griekenland*.

⁶⁴ J. LIEVENS, “EHRM opent deur naar Europese erkenning homohuwelijk”, *Juristenkrant* 2018, afl. 361, 1 en 16.

⁶⁵ H. FULCHIRON, “Vie privée et familiale”, *Journal européen des droits de l’homme* 2018, nr. 5, 467-491; E. BRIBOSIA en I. RORIVE, “L’arrêt Coman: quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel”, *Journal de droit européen* 2018, 344-347.

Coman om geen onderscheid te maken op grond van nationaliteit (HOOFDSTUK 2).⁶⁶ Ik wil erop wijzen dat het EHRM hiermee rechtsonzekerheid creëert, omdat het toepassingsgebied van het arrest onduidelijk is. Het lijkt mij wenselijk om dit arrest te interpreteren als zijnde eveneens van toepassing op huwelijken tussen twee buitenlanders. Hiervoor steun ik op het universeel gelijkheidsbeginsel, de wisselwerking tussen de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie, alsook de rechtsmacht van staten onder het EVRM (artikel 1 EVRM).

40. In § 194 stelde het EHRM dat het geregistreerd partnerschap een wettelijke status zou kunnen verlenen aan gelijkslachtige koppels die gelijk op het huwelijk. De auteurs KLEINE, DE MAILLARD en PIAT merken in verband met deze redenering de volgende problemen op.

Door de gelijkstelling tussen huwelijk en civiele unie, ontnemt het EHRM de symbolische en religieuze waarde van het huwelijk. De erkenning van een huwelijk als geregistreerd partnerschap kan worden gezien als een *downgrade*. Het Hof moedigt met deze redenering hinkende huwelijken nog meer aan, omdat gelijkslachtige koppels in de ene staat gehuwd zijn en in de andere civiele partners zijn. Dit kan een invloed hebben op hun internationale staat. Het huwelijk en civiele unies verschillen van elkaar in rechten en verplichtingen, dus de omzetting kan een invloed hebben op rechten die aan het buitenlands huwelijk verbonden zijn. Dit zal eveneens leiden tot complicaties bij de beëindiging van de relatie. Beëindiging van de civiele relatie in de ene staat zal niet automatisch leiden tot de beëindiging van de huwelijksrelatie in een andere staat. Vice versa geldt hetzelfde.⁶⁷ Ik sluit mij volledig aan bij deze visie.

41. Verder is het interessant dat het EHRM expliciet aangeeft welke grond het wel zou aanvaarden – hoewel niet door Italië zelf opgeworpen – om de weigering van erkenning en juridische bescherming te rechtvaardigen. Het Hof spreekt over het voorkomen van wanorde, zoals aanvaard in *Dadouch/Malta*.⁶⁸ De verwarrende argumentatie van het EHRM komt erop neer dat de Italiaanse staat gerechtigd zou zijn om het homohuwelijk niet open te stellen en erkenningen van buitenlandse homohuwelijken te weigeren. Deze weigering ontzegt volgens het EHRM de rechten van onderdanen uit het huwelijk niet, omdat zij hiervan nog steeds kunnen genieten in de staat waarin zij het homohuwelijk zijn aangegaan. Deze redenering is volgens mij aanvaardbaar, doch niet echt verenigbaar met de kritiek in randnummer 40. Italië kon geen zwaarder doorwegende redenen van algemeen belang aanvoeren voor de niet-erkenning van buitenlandse homohuwelijken, maar andere verdragsstaten

⁶⁶ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, arrest *Coman*, overweging 5 en 41.

⁶⁷ M. KLEINE, V. DE MAILLARD en A. PIAT, “The role of the EU courts in developing same-sex couples’ rights”, *EJTN* 2018, 21 p., <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17292/WR%20TH-2018-02%20TEAM%20FR.pdf>.

⁶⁸ EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a./Italië*, § 200; EHRM, 20 juli 2010, nr. 38816/07, *Dadouch/Malta*.

kunnen dit nog steeds wel doen.⁶⁹ Ik wil erop wijzen dat het Hof een rechtvaardigingsgrond aanhaalt uit een arrest met een totaal verschillende feitenconstellatie. Ik betwijfel of het correct is om dit te extrapoleren naar de casus van *Orlandi*, omdat dit zou kunnen leiden tot een vrijgeleide voor staten om buitenlandse homohuwelijken weigeren te erkennen. Dit is vanzelfsprekend een beperking van LGBTQ-rechten.

KLEINE, DE MAILLARD en PIAT stellen dat het EHRM in zijn *onbestaande* belangenafweging een middenweg zou kunnen zoeken tussen rechten van individuen en de appreciatie van staten. De erkenning als huwelijk heeft niet dezelfde impact op de openbare orde als het openstellen van het homohuwelijk. Erkenning vergemakkelijkt het leven van gelijkslachtige koppels zonder de staat te belasten. Zij menen verder dat het Hof er goed aan zou hebben gedaan om de staten te verplichten het buitenlands homohuwelijk als huwelijk te erkennen en registreren.⁷⁰ Deze eis aan het EHRM is volgens mij te hoog gegrepen en bovendien ongegrond, omdat een EU-consensus ontbreekt in deze materie. Deze verplichting opleggen zou onrechtstreeks de openstelling van het homohuwelijk impliceren. Niets zou gelijkslachtige koppels ervan weerhouden om in het huwelijk te treden in staten waar dit toegelaten is om dit dan erkend en geregistreerd te zien bij terugkeer in de staat van nationaliteit. Dit is een stap die buiten de bevoegdheden van het EHRM valt. Langs de andere kant zou men kunnen argumenteren dat dit een stelling is die verenigbaar is met het arrest *Coman*.

42. In §§ 140 en 145 zegt het EHRM dat het huwelijksrecht zich ook uitstrekt tot gelijkslachtige koppels. Dit een interessante passage. Hierbij stel ik mij de vraag hoe het Hof de dag van vandaag zou oordelen in een gelijkaardige zaak over het al dan niet bestaan van een EU-consensus. De LGBTQ-situatie is sinds 2017 geëvolueerd binnen Europa. Dit is uiteraard afhankelijk van welke criteria het EHRM gebruikt voor de EU-consensus. Hier bestaat echter rechtsonzekerheid over, wat volgens mij betreurenswaardig is. Volgens het Hof zijn staten immers beter geplaatst om familierechtelijke materies te reguleren.⁷¹ Ook deze vaststelling vind ik niet echt correct, omdat er in bepaalde staten een grote discrepantie bestaat tussen de sociale realiteit en de politiek. Dit ligt natuurlijk dieper en heeft te maken met het democratische verkiezingssysteem. In hoeverre dit fair is, valt over te debatteren, in die zin dat de politiek vaak geen voeling heeft met de sociale realiteit. Dit kan in het nadeel van minderheidsgroepen spelen, zoals de LGBTQ-gemeenschap. Bovendien is dit ook niet echt gerechtvaardigd in het kader van het universeel gelijkheidsbeginsel. Om deze redenen vind ik de bewoording van het EHRM voor de beschrijving van de homohuwelijkskwestie als *een complex en*

⁶⁹ J. LIEVENS, “EHRM opent deur naar Europese erkenning homohuwelijk”, *Juristenkrant* 2018, afl. 361, 1 en 16.

⁷⁰ M. KLEINE, V. DE MAILLARD en A. PIAT, “The role of the EU courts in developing same-sex couples’ rights”, *EJTN* 2018, 21 p., <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17292/WR%20TH-2018-02%20TEAM%20FR.pdf>.

⁷¹ EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a./Italië*, § 170.

gevoelig onderwerp niet echt gepast.⁷² Het EHRM maakt ook duidelijk dat het huwelijksrecht voor gelijkslachtige koppels niet kan worden afgedwongen op grond van artikel 8 EVRM.⁷³

43. Verder gaan er stemmen op in de doctrine dat de arresten *Oliari* en *Orlandi* geen verplichtingen scheppen voor andere staten dan de Italiaanse wegens de specificiteit van de zaak.⁷⁴ Dit is een heel beperkend argument, vooral ingeroepen door regeringen die gekant zijn tegen homohuwelijken. Dit is voor hen een manier om het “probleem” te omzeilen, maar juridisch is dit niet correct. Volgens mij scheppen alle arresten gelijk voor elke verdragsstaat verplichtingen, anders wordt het EHRM uitgehold. In het andere geval moet men wachten tot een gelijkaardig verzoek bij het EHRM opdat men tot dezelfde conclusies zou komen voor andere verdragsstaten. Het is echter een vaste praktijk van het EHRM om gelijkaardige zaken niet te behandelen. Er wordt verwacht van staten dat zij uitgesproken arresten toepassen binnen het eigen rechtssysteem. Voor mij is dit een belangrijk argument om verplichtingen uit *Oliari* en *Orlandi* te extrapoleren naar vergelijkbare LGBTQ-situaties in andere staten zoals Polen.

44. Ik zou willen afsluiten met twee bedenkingen. Het is enerzijds opmerkelijk dat Poolse doctrine deze zaak uitgebreid heeft becommentarieerd.⁷⁵ Anderzijds blijft de EU-consensus alsmaar groeien en zal het interessant zijn om te zien wat het EHRM zal beslissen indien het met een vergelijkbare feitenconstellatie wordt geconfronteerd. Dit arrest is zeker een overwinning voor de LGBTQ-gemeenschap. Het Hof zet zijn progressieve lijn van rechtspraak voort door verder te bouwen op de arresten *Schalk&Kopf/Oostenrijk* en *Vallianatos e.a./Griekenland*.

In vergelijking met zijn Amerikaanse tegenhanger, is het EHRM echter terughoudender. Naar aanleiding van een verzoek om advies door Costa Rica in 2017, had het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: “IAHRM”) meegedeeld dat partijen bij het Hof verplicht zijn om gelijkslachtige koppels toe te laten met elkaar te huwen.⁷⁶ Dit is geen nieuwe trend. Het IAHRM behandelt zaken *pro homine*, terwijl het EHRM meer rekening houdt met de politieke agenda’s van zijn verdragsstaten en meer appreciatiemarge bij hen legt. Het EHRM zou nog veel kunnen leren van het IAHRM.⁷⁷

⁷² *Ibid.*

⁷³ EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a./Italië*.

⁷⁴ Zoals: V.J. MARZANO, “*Oliari and the ECHR: Where the Court Failed*”, *Pace Int’l L. Rev.* 2017, Vol. 29, issue 1, article 4, 250-287, <https://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol29/iss1/4>.

⁷⁵ A. GRABARCZYK, “*Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego małżeństwa jednopłciowego – uwagi na tle orzecznictwa ETPC w Strasburgu*”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2019, Vol. XXII, nr. 40, 27-40, zie ook DEEL III.

⁷⁶ Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens, “*ADVISORY OPINION OC-24/17 OF NOVEMBER 24, 2017 REQUESTED BY THE REPUBLIC OF COSTA RICA GENDER IDENTITY, AND EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION OF SAME-SEX COUPLES*”, 24 november 2017, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_eng.pdf, 130 p.

⁷⁷ E. BRIBOSIA en I. RORIVE, “*L’arrêt Coman: quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel*”, *Journal de droit européen* 2018, 344-347.

Afdeling 3. Hangende zaken tegen Polen bij het EHRM

1. Szypula en Urbanik & Alonso Rodriguez tegen Polen

45. De steun voor homohuwelijken blijft internationaal groeien. Dit leidt tot een actiever internationaal rechtsverkeer, waarin gelijkslachtige koppels hun huwelijkswens in het buitenland vervullen. Het buitenlands recht kan echter een attest van geen huwelijksbeletselen vereisen.⁷⁸ Dit attest moet afgeleverd worden door de staat waarvan men de nationaliteit heeft, die dit kan weigeren omdat de nationale rechtsorde het huwelijk enkel voorbehoudt aan heteroseksuelen. Dit is in Polen verankerd in artikel 18 Poolse Grondwet.⁷⁹ Dit is de achtergrond van de zaken *Szypula en Urbanik & Alonso Rodriguez/Polen* bij het EHRM.⁸⁰

46. De verzoekers wensen met hun partners in Spanje te huwen. Spanje vereist een attest van geen huwelijksbeletselen als bewijs van ongehuwde staat van de verzoekers. Het verzoek om attest van geen huwelijksbeletselen vereist in Polen een vermelding van naam én *geslacht*. Poolse autoriteiten weigerden dit attest af te geven wegens strijdigheid met de Poolse rechtsorde.

Volgens de verzoekers is de weigering van afgifte van dit attest een schending van artikel 8 EVRM. Het verzoek vermeldt dat het Poolse recht niet toelaat buitenlandse homohuwelijken te erkennen. De verzoekers vinden dat de autoriteiten een inbreuk begaan op artikel 8 EVRM door zowel naam als geslacht van de toekomstige echtgenoot te vereisen. Zij voeren eveneens een schending van artikel 12 EVRM aan, in de mate dat zij gehinderd worden te huwen in Spanje. Voorts menen zij dat dit een schending is van artikel 14 EVRM op grond van seksuele geaardheid.

Zij stellen het EHRM de volgende vragen:

- Of de weigering van afgifte van een attest in overeenstemming is met en noodzakelijk is in het licht van artikel 8.2 EVRM?
- Of de niet-erkenning van hun relatie een schending is van de artikelen 8 en 14?
- Op welke manier zij worden benadeeld door het gebrek aan wettelijke erkenning van hun relatie?

⁷⁸ B. GRABOWSKA-MOROZ en A. WOJCIK, "Reframing LGBT rights advocacy in the context of the rule of law backsliding. The case of Poland", *Intersections. East European Journal of Society and Politics* 3 januari 2022, Vol. 7, nr. 4, 85-103; I.Y. NUGRAHA, "Marriage Overruled? 'Certificate of Non-Impediment' and Impediment to the Right to Same-Sex Marriage", 18 p., https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0008/3966290/Nugraha_Ignatius-Yordan.pdf, consultatie 24 november 2022.

⁷⁹ Artikel 18 Poolse Grondwet.

⁸⁰ EHRM hangende zaken, nr. 78030/14 en 23669/16, Szypula/Polen en Urbanik&Alonso Rodriguez/Polen.

- Of ze al dan niet gediscrimineerd werden in het verkrijgen van het attest en in het omkaderen van hun relatie als civiele unie?
- Of er een schending is van het huwelijksrecht onder artikel 12 EVRM?

Het verzoek verwijst ook naar de arresten *Oliari* en *Orlandi*.

De zaak gaat dus over Poolse onderdanen in een gelijkslachtige relatie die worden gehinderd in de uitoefening en genot van hun huwelijksrecht in Spanje, waar het homohuwelijk wel toegelaten is. De Poolse staat doet dit door restrictieve geschiktheidsvoorwaarden op te leggen.⁸¹

47. Het belang van deze twee verzoeken mag niet worden onderschat. Deze zaken geven het EHRM de kans om zich voor het eerst uit te spreken over de reikwijdte van artikel 12 EVRM en de verplichtingen op staten met betrekking tot gelijkslachtige koppels.⁸² Het Hof heeft zich nog niet moeten uitspreken over omstandigheden waarin het huwelijksrecht van een gelijkslachtig koppel beschermd moet worden onder het EVRM. Het EHRM heeft zich tot nu enkel moeten uitspreken over belemmeringen van het huwelijksrecht in staten die het homohuwelijk *niet* toelaten. Dit verzoek is anders in die zin dat Szygula en Urbanik & Alonso Rodriguez wel kunnen huwen onder het Spaanse recht, maar hierin beperkt worden door de houding van de Poolse autoriteiten.⁸³

48. Het EHRM moet zich nog uitspreken over deze zaken. De rechtsleer met betrekking tot deze zaken is erg beperkt.⁸⁴

In de third party intervention van de Human Rights Centre van de Universiteit Gent, gaan de auteurs⁸⁵ in op de verplichtingen van staten onder artikel 12 EVRM.⁸⁶ Artikel 12 EVRM is niet noodzakelijk beperkt tot heteroseksuelen.⁸⁷ NUGRAHA, net zoals de third party intervention auteurs, denkt dat artikel

⁸¹ *Ibid.*

⁸² C. POPPELWELL-SCEVAK, “The challenges of saying ‘I do’ for same-sex couples: the Human Rights Centre submits a third party intervention in transnational same-sex marriage case”, *Strasbourg Observers* 20 november 2020, consultatie 24 november 2022.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s Szygula v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 8 oktober 2020, 9 p., <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szygula-v.-Poland-TPI.pdf>; I.Y. NUGRAHA, “Marriage Overruled? ‘Certificate of Non-Impediment’ and Impediment to the Right to Same-Sex Marriage”, 10 e.v., https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0008/3966290/Nugraha_Ignatius-Yordan.pdf, consultatie 24 november 2022.

⁸⁵ Eva Brems, Sarah Den Haese, Laurens Lavrysen, Claire Poppelwell-Scevak, Anne-Katrin Speck, Jinske Verhellen en Judith Vermeulen.

⁸⁶ Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s Szygula v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 8 oktober 2020, 3, <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szygula-v.-Poland-TPI.pdf>.

⁸⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l’homme (3e édition)*, Parijs, LGDJ, 2019, 187-188; EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, Schalk en Kopf/Oostenrijk, § 94; EHRM 9 juni 2016, nr.

12 EVRM van toepassing is op gelijkslachtige koppels die wensen te huwen in een staat die het homohuwelijk *wel* toelaat. Staten die het openstellen, mogen de effectieve uitoefening van dit recht niet hinderen. Dit is een negatieve verplichting die volgens de auteurs van de third party intervention uit artikel 12 EVRM volgt, gelet op het grensoverschrijdend karakter van het rechtsverkeer waarin gelijkslachtige koppels hun huwelijksrecht uitoefenen.⁸⁸ De weigering door Poolse autoriteiten is inderdaad een beperking die hieraan afbreuk doet, omdat verzoekers als gevolg niet in Spanje kunnen huwen.⁸⁹ De Poolse staat zou dit niet kunnen rechtvaardigen door bescherming van het traditionele gezin aan te voeren. In *Goodwin/VK* heeft het EHRM geoordeeld dat dit argument niet opgaat.⁹⁰ De afgifte van een attest van geen huwelijksbeletselen is immers niet hetzelfde als de erkenning of invoering van homohuwelijken. Het Hof heeft in *Hämäläinen/Finland* geoordeeld dat artikel 12 EVRM een *lex specialis* vormt voor het huwelijksrecht, die de ontvankelijkheid van een verzoek onder artikel 8 EVRM beïnvloedt.⁹¹ Dit *lex specialis*-argument is enkel relevant met betrekking tot de erkenning of invoering van het homohuwelijk, niet wat de weigering van attest van geen huwelijksbeletselen betreft. Een staat kan een weigering ook niet rechtvaardigen onder artikel 8.2 EVRM, omdat de bescherming van morele waarden niet opgaat met betrekking tot een huwelijk voltrokken in een andere staat dan deze die het attest weigert.⁹² De weigering van afgifte van een attest van huwelijksbeletselen hindert gelijkslachtige koppels in het genot van hun rechten onder artikel 8 EVRM omdat het hun persoonlijke en sociale identiteit ontkent.⁹³

Wegens het ontbreken van een EU-consensus, hebben staten appreciatiemarge om het huwelijk al dan niet open te stellen voor gelijkslachtige koppels. Dit mag geen vrijgeleide zijn voor staten om de totstandkoming van homohuwelijken in *andere staten* tegen te gaan. Staten kunnen enkel een rechtvaardigingsgrond aanvoeren in situaties waarin zij geconfronteerd worden met de erkenning van

40183/07, Chapin en Charpentier/Frankrijk, § 44; EHRM 7 november 2013, nr. 29381/09 en 32684/09, Vallianatos e.a./Griekenland, § 73; EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, Orlandi e.a./Italië, § 144.

⁸⁸ Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s *Szypuła v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland* (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 8 oktober 2020, 3-4, <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf>.

⁸⁹ I.Y. NUGRAHA, “Marriage Overruled? ‘Certificate of Non-Impediment’ and Impediment to the Right to Same-Sex Marriage”, 5 e.v., https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0008/3966290/Nugraha_Ignatius-Yordan.pdf, consultatie 24 november 2022; Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s *Szypuła v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland* (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 8 oktober 2020, 4, <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf>; EHRM 17 oktober 1986, nr. 9532/81, Rees/VK, § 50 en EHRM 18 december 1987, nr. 11329/85, F/Zwitserland, § 32.

⁹⁰ EHRM 13 april 2006, nr. 73225/01, Fedotova/Rusland, § 54.

⁹¹ EHRM 16 juli 2014, nr. 37359/09, *Hämäläinen/Finland*, § 96.

⁹² I.Y. NUGRAHA, “Marriage Overruled? ‘Certificate of Non-Impediment’ and Impediment to the Right to Same-Sex Marriage”, 10, https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0008/3966290/Nugraha_Ignatius-Yordan.pdf, consultatie 24 november 2022.

⁹³ I.Y. NUGRAHA, “Marriage Overruled? ‘Certificate of Non-Impediment’ and Impediment to the Right to Same-Sex Marriage”, 9, https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0008/3966290/Nugraha_Ignatius-Yordan.pdf, consultatie 24 november 2022.

een buitenlands homohuwelijk als huwelijk in de eigen rechtsorde (Afdeling 2). Hier is geen sprake van in de voorliggende case. In licht van het *Coman*-arrest kan men stellen dat de afgifte van een attest van geen huwelijksbeletselen aan een onderdaan die een buitenlands homohuwelijk wenst aan te gaan, de nationale identiteit niet ondermijnt noch een bedreiging voor de openbare orde vormt. De auteurs van de third party intervention concluderen dat staten hun nationale beperkingen inzake het huwelijk niet mogen extrapoleren door een attest van geen huwelijksbeletselen te vragen. Zij vragen het EHRM om vast te stellen dat de verhindering van de uitoefening van het huwelijksrecht door de weigering van bepaalde documenten buiten de appreciatiemarge van staten valt.⁹⁴

Staten hebben ook verplichtingen onder artikel 14 in samenlezing met artikel 12 EVRM. De doctrine merkt een mogelijke discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Deze discriminatie zou bestaan in het feit dat staten afgifte van het attest weigeren omdat zij in hun rechtsorde enkel het heterohuwelijk toelaten. Gelijkslachtige koppels ondervinden hierdoor een hindernis die heteroseksuelen niet ondervinden. Staten genieten in verband hiermee een beperkte appreciatiemarge en moeten bovendien zeer gegronde redenen aanvoeren om dit verschil in behandeling te rechtvaardigen. De mogelijkheid hiervan wordt betwist door NUGRAHA. De bescherming van openbare orde tegen bigamie als rechtvaardigingsgrond zou de proportionaliteitstoets niet doorstaan, omdat staten vooral gelijkslachtige koppels viseren en LGBTQ-personen het bewijs van ongehuwde staat ook op een andere manier kunnen leveren.⁹⁵ Het EHRM doet er best aan om het legitieme doel en de proportionaliteit van de maatregelen tegen gelijkslachtige koppels te toetsen in de Poolse context.⁹⁶

49. Het EHRM moet de trend van staten om rechtspraak van het EVRM én het Hof van Justitie naast zich neer te leggen tegengaan, aldus de auteurs van de third party intervention. Zij stellen terecht dat Polen niet enkel buitenlandse homohuwelijken weigert te erkennen, maar nu ook een manier heeft gevonden om de sluiting van buitenlandse homohuwelijken te voorkomen door het attest niet af te leveren. De inmenging in de huwelijksluiting gaat in tegen de arresten *Oliari* en *Orlandi*. De weigering van het attest gaat eveneens in tegen het arrest *Coman*. De weigering van afgifte van het attest van geen

⁹⁴ Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s *Szypuła v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland* (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 4-5, 8 oktober 2020, <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf>.

⁹⁵ I.Y. NUGRAHA, “Marriage Overruled? ‘Certificate of Non-Impediment’ and Impediment to the Right to Same-Sex Marriage”, 10 e.v. en 14 e.v., https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0008/3966290/Nugraha_Ignatius-Yordan.pdf, consultatie 24 november 2022.

⁹⁶ *Ibid*; Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s *Szypuła v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland* (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 8 oktober 2020, 5-6, <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf>.

huwelijksbeletsel zorgt ervoor dat het huwelijk niet tot stand kan komen waardoor het verblijfsrecht niet met gemak kan worden uitgeoefend. Dit gaat in tegen de logica en filosofie van het vrij verkeer.⁹⁷

De third party intervention gaat ook in op verplichtingen van Spanje die het homohuwelijk wel toelaat. De rol van de Spaanse staat mag niet onderschat worden, omdat deze aan excessieve bureaucratie doet. Het is net door de vraag naar een attest dat andere staten homohuwelijken kunnen verhinderen. De auteurs vragen het EHRM om zich uit te spreken over de legitimiteit van internationaalrechtelijke regels die ertoe leiden dat andere staten buitenlanders verhinderen te huwen, terwijl zij dit wel zouden kunnen doen indien zij de nationaliteit van de staat in kwestie hadden. Artikel 14 in samenlezing met 12 EVRM vereist immers dat het huwelijksrecht aan iedereen toekomt zonder discriminatie op basis van nationaliteit. Discriminatie gebeurt wel door de toegang tot het homohuwelijk afhankelijk te stellen van wetgeving van de nationaliteit van de echtgenoot als internationaalprivaatrechtelijk aanknopingspunt. Dit kan niet worden gerechtvaardigd, en zeker niet wanneer de toepassing van deze wetgeving leidt tot een inbreuk op EVRM-rechten.⁹⁸ De auteurs merken een consensus op in bepaalde staten om eigen onderdanen in het huwelijk te laten treden met personen uit staten die het homohuwelijk verbieden. Dit gebeurt door alternatieve internationaalprivaatrechtelijke regels in te voeren die dit wel toelaten, of door andere documenten te aanvaarden die het bewijs van de ongehuwde staat leveren.⁹⁹

Ook het argument van het EVRM als *living instrument* speelt. Het EHRM moet het EVRM lezen in het licht van groeiende steun voor homoseksuele relaties. De vraag stelt zich in hoeverre staten afgifte van een attest van geen huwelijksbeletsel in het kader hiervan kunnen weigeren.¹⁰⁰

50. NUGRAHA komt tot de conclusie dat zowel de opvraging als weigering van een attest van geen huwelijksbeletsel kan bijdragen tot mensenrechtenschendingen.¹⁰¹ Op dit moment blijft het nog af te wachten in welke richting het EHRM zal beslissen, maar dit is zeker een arrest waarop de IPR- en LGBTQ-wereld zit te wachten.

⁹⁷ DEEL II, HOOFDSTUK 2; Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s *Szypuła v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland* (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 8 oktober 2020, 8, <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf>.

⁹⁸ Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s *Szypuła v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland* (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 8 oktober 2020, 7-9, <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf>.

⁹⁹ *Ibid.* 8.

¹⁰⁰ S. THEIL, “Is the living instrument approach of the European Court of Human Rights compatible with the ECHR and International Law?”, *European Public Law* 2017, (1) 4.

¹⁰¹ I.Y. NUGRAHA, “Marriage Overruled? ‘Certificate of Non-Impediment’ and Impediment to the Right to Same-Sex Marriage”, 17-18, https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0008/3966290/Nugraha_Ignatius-Yordan.pdf, consultatie 24 november 2022.

Staten die het homohuwelijk toelaten mogen het huwelijksrecht niet beperken door wetgeving met nationaliteit als aanknopingspunt of door de vraag naar bepaalde documenten. Staten moeten excessieve formalistische bureaucratie vermijden en zich flexibel opstellen ten aanzien van onderdanen van staten die het homohuwelijk verbieden.¹⁰²

2. Andere hangende zaken

51. De Poolse Ombudsdienst meldt dat het EHRM de Poolse regering zaken heeft meegedeeld waarin Poolse autoriteiten buitenlandse homorelaties niet erkennen noch juridisch beschermen.¹⁰³ Dit zou een schending kunnen zijn van artikel 8 EVRM. De Ombudsdienst gaat nog verder en stelt dat het ontbreken van enige relatievorm voor gelijkslachtige koppels binnen het Poolse recht een schending is van het discriminatieverbod (artikel 14 EVRM).

52. *Andersen/Polen* is een zaak bij het EHRM over gelijkslachtige partners die in 2016 huwden in het Verenigd Koninkrijk. Zij wensen dit huwelijk erkend te zien in Polen, maar de Poolse autoriteiten weigeren dit te doen omdat dit strijdig is met fundamentele principes van de Poolse rechtsorde. De nationale procedures voor de administratieve gerechten haalden niets uit. De verzoekers beroepen zich op de artikelen 8 en 14 EVRM. Zij proberen hiermee de weigering en onmogelijkheid om een buitenlands homohuwelijk in Polen minstens als een geregistreerd partnerschap erkend te zien, aan te vechten.

53. De zaak *K. en S. Formela/Polen* gaat over een lesbisch koppel dat in 2015 huwde in het Verenigd Koninkrijk. Net zoals in bovenvermelde zaak werd de erkenning van dit huwelijk geweigerd op basis van strijdigheid met de fundamentele principes van de Poolse rechtsorde. De administratieve gerechten stelden de vrouwen in het ongelijk. Het verzoek is gebaseerd op dezelfde artikelen en vragen.

54. Anders dan de zaken *Szypula en Urbanik & Alonso Rodriguez* gaan deze zaken over het onderwerp waarop deze masterproef betrekking heeft. De stand van de internationale en Europese rechtsleer bespreekt deze arresten echter niet *in extenso*. Het blijft op dit moment afwachten wat het EHRM zal beslissen, maar uitspraken in deze zaken kunnen hoop- en perspectiefscheppend zijn binnen de Poolse LGBTQ-context.

¹⁰² Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s *Szypula v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland* (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 8 oktober 2020, 8-9, <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf>.

¹⁰³ Rzecznik Praw Obywatelskich, “Nieuregulowanie związków jedнопłciowych w Polsce narusza ochronę prawa do życia prywatnego. Stanowisko RPO dla ETPC”, 27 oktober 2020, [https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-nieuregulowanie-zwiazkow-jedнопłciowych-narusza-prawo-do-zycia-prywatnego](https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-nieuregulowanie-zwiazkow-jednopłciowych-narusza-prawo-do-zycia-prywatnego), consultatie 6 maart 2023; EHRM hangende zaken, nr. 53662/20, 55306/18 en 55321/18, *Andersen/Polen* en *K. & S. Formela/Polen*.

HOOFDSTUK 2. Europeesrechtelijk IPR-kader

Afdeling 1. Inleiding

55. Polen is één van de 27 EU-lidstaten. Daarom is het relevant voor mijn masterproef om stil te staan bij het Europeesrechtelijk IPR-kader inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijken. Lidstaten moeten het EU-recht in hun wetgevende en jurisprudentiële praktijk naleven, omdat het EU-recht verbindende kracht heeft.

56. EU-wetgeving legt momenteel geen “verplichting” op voor lidstaten om buitenlandse homohuwelijken te erkennen. De EU-wetgever heeft geen bevoegdheid om het familierecht (lees: huwelijksinstituut) te harmoniseren en unificeren via richtlijnen of verordeningen. Het familierecht is in principe een exclusief nationaalrechtelijke bevoegdheid.¹⁰⁴ VIARENGO en anderen stellen dat de familierechtelijke onbevoegdheid van de EU de volledige verwezenlijking hindert van één van de meest fundamentele doelstellingen van de EU-integratie – het vrij verkeer van personen.¹⁰⁵ Dit moet echter worden genuanceerd op twee punten.

57. De bevoegdheid om het familierecht van de lidstaten te harmoniseren en unificeren bestaat wel ten aanzien van internationale familierelaties. Dit kan enerzijds via artikel 81 VWEU en anderzijds via de procedure van de nauwere samenwerking¹⁰⁶, of door gebruik te maken van artikel 21 VWEU zoals bij de Burgerschapsrichtlijn. Dit schept mogelijkheden voor de EU om de verplichting tot erkenning van buitenlandse homohuwelijken aan lidstaten op te leggen. De erkenning van de persoonlijke staat op grond van een wettelijke basis in het EU-recht zou de uitoefening van het vrij verkeersrecht vergemakkelijken en vermijden dat lidstaten het beperken.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Bevestigd in de rechtspraak van het Hof van Justitie, bv. in de arresten *Parris* (HvJ 24 november 2016, zaak nr. C-443/15) en *Maruko* (HvJ 1 april 2008, zaak nr. C-267/06); M. KLEINE, V. DE MAILLARD en A. PIAT, “The role of the EU courts in developing same-sex couples’ rights”, *EJTN* 2018, 1 en 17, consultatie 28 oktober 2022; A. BALDACCINI, E. GUILD en H. TONER, *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Londen, Bloomsbury Publishing, 2007, 409–412; J. BORG-BARTHET, “The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU”, *8 Priv. Int. L.* 2012, 359; H. TONER, *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Oxford, Hart, 2004, 1; K. LENAERTS, “Federalism and the Rule of Law”, *Fordham Int’l LJ* 2011, (1355) 1388; C. BELL en N. B. SELANEC, “Who is a ‘spouse’ under the Citizens’ Rights Directive? The prospect of mutual recognition of same-sex marriages in the EU”, *41 E.L. Rev.* 2016, 655.

¹⁰⁵ I. VIARENGO e.a., “Defining Marriage and Other Unions of Persons in EU Family Law” in T. PFEIFFER, Q.C. LOBACH en T. RAPP (eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common EU Understanding: EUFams II and Beyond*, Dresden, Heidelberg University Publishing, 2021, 160.

¹⁰⁶ Artikel 20 VEU en artikelen 326-334 VWEU.

¹⁰⁷ M. BELL, *EU Directive on Free Movement and Same-Sex Families: Guidelines on the implementation process*, Brussel, 2005, 13.

Daarnaast kan Hof van Justitie het EU-recht zo interpreteren dat het onrechtstreeks vorm geeft aan het familierecht van de lidstaten. Nationale rechtscolleges kunnen het Hof op basis van artikel 267 VWEU een prejudiciële vraag stellen met betrekking tot de uitlegging of interpretatie van een EU-bepaling uit een verordening of richtlijn. De interpretaties van het Hof kunnen soms ingaan tegen de constitutionele orde van de lidstaten. Een mooie illustratie hiervan is het *Coman*-arrest (2018).¹⁰⁸ In deze zaak heeft het Hof enkele bepalingen van de Burgerschapsrichtlijn uitgelegd.¹⁰⁹ Het Hof heeft geoordeeld dat lidstaten verplicht zijn om in het kader van de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht aan een gelijkslachtige echtgenoot-derdelander van een EU-burger het homohuwelijk tussen deze twee personen te erkennen. Dit is vandaag het enige aanknopingspunt binnen het EU-recht met betrekking tot de “verplichting” tot erkenning van buitenlandse homohuwelijken. Een analyse van dit arrest volgt in Afdeling 2. In Afdeling 3 zal ik stilstaan bij de discussie over homohuwelijken onder de Brussel *Ibis* en *Iter*-Verordening. Ik sluit af met een korte bespreking van het *VMA*-arrest in Afdeling 4, waarin het Hof de redenering van *Coman* doortrekt naar ouderschapskwesties.

Afdeling 2. Het arrest *Coman*

1. Algemeen

58. Om de *Coman*-zaak beter te begrijpen, is het goed om de Burgerschapsrichtlijn inleidend toe te lichten. De Burgerschapsrichtlijn is een toepassing van het vrij verkeersrecht van personen. Vooral de volgende artikelen zijn belangrijk (eigen onderlijning):

- Artikel 2 – Definities:

“Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

(...)

2. “familielid”:

a) de echtgenoot:

b) de partner, met wie de burger van de Unie overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, voor zover de wetgeving van het gastland geregistreerd partnerschap gelijkstelt met huwelijk en aan de voorwaarden van de wetgeving van het gastland is voldaan;

(...)”

- Artikel 3 – Begunstigden:

¹⁰⁸ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16.

¹⁰⁹ Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EG, 90/364/EG, 90/365/EEG en 93/96/EG, *Pb.L.* 229/35 (hierna: “Richtlijn 2004/38/EG” of “Burgerschapsrichtlijn”).

“1. Deze richtlijn is van toepassing ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2), die hem begeleiden of zich bij hem voegen.

2. Onverminderd een persoonlijk recht van vrij verkeer of verblijf van de betrokkenen vergemakkelijkt het gastland overeenkomstig zijn nationaal recht, binnenkomst en verblijf van de volgende personen:

a) andere, niet onder de definitie van artikel 2, punt 2, vallende familieleden, ongeacht hun nationaliteit, die in het land van herkomst ten laste zijn van of inwonen bij de burger van de Unie die het verblijfsrecht in eerste instantie geniet, of die vanwege ernstige gezondheidsredenen een persoonlijke verzorging door de burger van de Unie strikt behoeven;

b) de partner met wie de burger van de Unie een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft.

(...)”

- Artikel 6 – Verblijfsrecht voor maximaal drie maanden:

“1. Burgers van de Unie hebben het recht gedurende maximaal drie maanden op het grondgebied van een andere lidstaat te verblijven zonder andere voorwaarden of formaliteiten dan de verplichting in het bezit te zijn van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort.

2. Lid 1 is eveneens van toepassing ten aanzien van familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten en die de burger van de Unie begeleiden of zich bij hem voegen, en in het bezit zijn van een geldig paspoort.”

- Artikel 7 – Verblijfsrecht voor meer dan drie maanden:

“1. Iedere burger van de Unie heeft het recht gedurende meer dan drie maanden op het grondgebied van een andere lidstaat te verblijven:

(...)”

d) indien hij een familielid is van een burger van de Unie die voldoet aan de voorwaarden onder a), b) of c) en hij deze burger begeleidt of zich bij hem voegt.

2. Het verblijfsrecht van lid 1 strekt zich uit tot familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, en die de burger van de Unie begeleiden of zich in het gastland bij hem voegen, en voldoen aan de voorwaarden onder a), b) of c).

(...)”

59. De Burgerschapsrichtlijn regelt het verblijfsrecht van EU-burgers, die hun recht op verkeer en verblijf uitoefenen (artikel 21, lid 1 VWEU), en het afgeleid verblijfsrecht van hun familieleden.¹¹⁰ Dit afgeleid verblijfsrecht is beperkt tot het verblijf in de *gastlidstaat*, zijnde de lidstaat waar de EU-burger zijn leven opbouwt en bestendigt. Dit is niet onbelangrijk. EU-burgers en hun familieleden hebben ook een verblijfsrecht nodig in de herkomstlidstaat van de EU-burger om hun gezinsleven daar te kunnen verderzetten, anders mist artikel 21 VWEU zijn doel.

¹¹⁰ Artikel 1 Burgerschapsrichtlijn (zie ook aanhef richtlijn).

De vaste rechtspraak van het Hof van Justitie vereist de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht aan familieleden-derdelanders voor het verblijf in de herkomstlidstaat, niet op grond van de Burgerschapsrichtlijn, maar wel op grond van artikel 21, lid 1 VWEU.¹¹¹ In het tegengestelde geval worden EU-burgers ervan weerhouden om hun vrij verkeersrecht uit te oefenen, omdat zij niet de zekerheid hebben dat zij hun gezinsleven bij terugkeer kunnen verderzetten. Het Hof heeft eveneens herhaaldelijk geoordeeld dat de voorwaarden van dit afgeleid verblijfsrecht van familieleden-derdelanders bij terugkeer niet strenger mogen zijn dan in de Burgerschapsrichtlijn. Dit wil zeggen dat de bepalingen van de richtlijn naar analogie worden toegepast op terugkeersituaties. Afgeleide verblijfsrechten kunnen bovendien enkel worden toegekend indien EU-burgers samen met hun familieleden daadwerkelijk meer dan drie maanden in de gastlidstaat hebben verbleven. Dit verblijf geeft hun een afgeleid verblijfsrecht voor meer dan drie maanden of zelfs een duurzaam verblijfsrecht in de herkomstlidstaat.¹¹²

60. In *Coman* rees de vraag hoe lidstaten moeten omgaan met een afgeleid verblijfsrecht op grond van een homohuwelijk en met de lidstatelijke verschillen in verband met het huwelijksinstituut.

Een EU-burger die gebruik maken van hun vrijverkeersrecht kunnen immers een gezinsleven opbouwen door in het huwelijk te treden met een gelijkslachtige derdelander. Als gevolg hiervan zal deze derdelander-echtgenoot een afgeleid verblijfsrecht in de gastlidstaat genieten op grond van de Burgerschapsrichtlijn. In *Coman* wenste een EU-burger met zijn gelijkslachtige echtgenoot-derdelander terug te keren naar zijn herkomstlidstaat waarin het homohuwelijk niet wordt erkend (Roemenië). Verschillende vragen rezen over dit afgeleid verblijfsrecht; de erkenning van het gelijkslachtig huwelijk; de uitbreiding van het huwelijksinstituut naar gelijkslachtige koppels; en de invulling van het begrip “echtgenoot” in artikel 2.2, a) Burgerschapsrichtlijn. Het Hof van Justitie heeft in het mijlpaalarrest *Coman* op al deze vragen een antwoord gegeven.

2. Feiten en prejudiciële vragen¹¹³

61. *Coman* (Roemeense en Amerikaanse nationaliteit) en Hamilton (Amerikaanse nationaliteit) hebben elkaar ontmoet in 2002 en hebben met elkaar samengewoond tot 2009. Vervolgens heeft *Coman* zich in Brussel gevestigd voor zijn werk. Hierdoor heeft hij zijn vrij verkeersrecht als EU-burger uitgeoefend. In 2010 zijn beide mannen met elkaar in het huwelijk getreden in Brussel. Eind 2012

¹¹¹ HvJ EU 12 maart 2014, zaak nr. C-456/12; HvJ EU 12 juli 2018, zaak nr. C-89-17; HvJ 14 november 2017, zaak nr. C-165/16; HvJ 10 mei 2017, zaak nr. C-133/15; en in al deze arresten aangehaalde rechtspraak van het Hof.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 9-17.

hebben zij de Roemeense autoriteiten verzocht om een verblijfsrecht voor Hamilton (geen EU-burger) om als familielid meer dan drie maanden in Roemenië te kunnen verblijven. De Roemeense autoriteiten brachten dit terug op een verblijfsrecht van drie maanden omdat het gelijkslachtig huwelijk niet bestaat naar Roemeens recht.¹¹⁴ Hiertegen stelde Coman beroep in bij de rechter in eerste aanleg, die de zaak doorverwees naar het Roemeense grondwettelijk hof. Deze stelde op zijn beurt een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Het grondwettelijk hof twijfelde over de uitlegging van enkele begrippen uit de Burgerschapsrichtlijn en stelde de volgende prejudiciële vragen:

- Of het begrip “echtgenoot” in artikel 2.2, a) Burgerschapsrichtlijn ook de echtgenoot van hetzelfde geslacht omvat (1);
- Indien wel, of artikel 3, lid 1 en artikel 7 Burgerschapsrichtlijn vereisen dat aan deze echtgenoot een verblijfsrecht van meer dan drie maanden wordt toegekend (2)?

De derde en vierde vraag laat ik buiten beschouwing. Het Hof spreekt zich niet uit over deze vragen. Advocaat-generaal WATHELET daarentegen gaat verder en beantwoordt deze vragen wel in zijn conclusie.¹¹⁵

3. Analyse

A. Inleidende opmerkingen

62. De zaak gaat over het recht op gezinshereniging van een EU-burger met zijn familielid. Dit gebeurt door toekenning van een afgeleid verblijfsrecht op grond van de Burgerschapsrichtlijn als toepassing van het vrij verkeersrecht. De kern van de zaak is dus niet de legalisatie van het homohuwelijk.¹¹⁶

63. Het Hof van Justitie herhaalt en bevestigt zijn vaste lijn van rechtspraak zoals besproken in randnummer 59.¹¹⁷

B. Uitspraak van het Hof van Justitie

¹¹⁴ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 7-8; Artikelen 259 en 277 Roemeens BW (Roemeens: *Cod Civil*).

¹¹⁵ Zie voor verdere lectuur: Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018 in de zaak HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62016CC0673>, overwegingen 89-100.

¹¹⁶ Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overweging 38; S. MACMAHON BALDWIN, “The EU Court in Luxembourg is raising the bar on LGBT rights”, *Strasbourg Observers* 23 februari 2018, consultatie 9 november 2022.

¹¹⁷ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 18-27 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

64. Een EU-burger (Coman) oefent zijn vrij verkeersrecht uit. Hij bouwt en bestendigt een gezinsleven door in de gastlidstaat (België) een wettig huwelijk aan te gaan met een gelijkslachtige derdelander. Autoriteiten van de herkomstlidstaat van de EU-burger (Roemenië) weigeren een afgeleid verblijfsrecht aan de echtgenoot-derdelander omdat het Roemeense recht het gelijkslachtig huwelijk niet erkent. De vraag stelt zich of dit strijdig is met artikel 21, lid 1 VWEU.¹¹⁸ Het Hof stelt het volgende.

Een Roemeense burger is een EU-burger die geniet van het recht in artikel 21, lid 1 VWEU. Dit recht houdt in dat EU-burgers en hun familieleden een normaal familieleven moeten kunnen leiden zowel in de gastlidstaat als in de herkomstlidstaat.¹¹⁹ Het Hof stelt dus vast dat een EU-burger in de uitoefening van zijn vrij verkeersrecht een verblijfsrecht voor zijn gelijkslachtige echtgenoot kan afdwingen in de gast- en herkomstlidstaat, *ongeacht of deze laatste het homohuwelijk erkent* (eigen cursivering).¹²⁰ Hierin lees ik dat lidstaten de uitoefening van het vrij verkeersrecht niet afhankelijk mogen stellen van hun nationaal familierecht. Dit impliceert volgens het Hof dat het begrip “echtgenoot” in de Burgerschapsrichtlijn ook de gelijkslachtige echtgenoot omvat. Het geeft hiervoor de volgende redenering.

65. Een echtgenoot is iemand die met een andere persoon in het huwelijk is verbonden. Dit begrip is geslachtsneutraal en omvat dus ook gelijkslachtige echtgenoten. Artikel 2.2 Burgerschapsrichtlijn verwijst op geen enkele wijze naar het nationaal recht, waardoor het begrip een autonome en uniforme interpretatie door het Hof van Justitie behoeft. Hierbij houdt het Hof rekening met letter, context en doel van de betrokken regeling.¹²¹ JESSURUN D’OLIVIERA leest hierin een toepassing van het “*state of origin*”-principe. Dit principe houdt in dat het begrip “echtgenoot” voor de toepassing van de Burgerschapsrichtlijn geïnterpreteerd moet worden in overeenstemming met het recht van de *gastlidstaat*. Dit wil zeggen dat de herkomstlidstaat het buitenlands huwelijk en het afgeleid verblijfsrecht van de echtgenoot voor de toepassing van de Burgerschapsrichtlijn moet erkennen, ongeacht de vraag of die heteroseksueel dan wel gelijkslachtig is.¹²²

De keuze voor een genderneutraal begrip was een bewuste keuze van de EU-wetgever. Bij totstandkoming van de richtlijn wilde de EU-Commissie gelijkslachtige echtgenoten hier niet onder

¹¹⁸ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overweging 28.

¹¹⁹ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 29-32.

¹²⁰ HHC. KROEZE en B. SAFRADIN, “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 51.

¹²¹ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 34-35 met verwijzing naar HvJ 25 juli 2008, zaak nr. C-127/08, overwegingen 98-99; Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overwegingen 32-34.

¹²² U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Het Europese Hof omarmt eindelijk het huwelijk van mensen met hetzelfde geslacht – Een stap in de goede richting”, *NJB* 2018, (2060) 2061-2062; ook: K. LENAERTS, “Discovering the Law of the EU: The European Court of Justice and the Comparative Law Method” in T. PERISIN en S. RODIN, (eds.), *The Transformation or Reconstitution of Europe: The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2018, (61) 71.

laten vallen, *behoudens toekomstige ontwikkelingen*.¹²³ Het begrip behoeft dus een interpretatie in het licht van maatschappelijke wijzigingen, anders mist het EU-recht aan effectiviteit. WATHELET merkt een evolutie in opvatting over het begrip “echtgenoot” sinds het arrest *D en Koninkrijk Zweden/Raad*, waarin het Hof van Justitie het begrip “huwelijk” definieerde. In overweging 34 van dit arrest oordeelde het Hof dat het *vaststaat, dat volgens de door de lidstaten in het algemeen aanvaarde definitie van het begrip “huwelijk”, dit een verbintenis tussen twee personen van verschillend geslacht is* (eigen onderlijning).¹²⁴ Deze onderlijning is niet onbelangrijk. Sinds dit arrest hebben meerdere lidstaten het homohuwelijk ingevoerd. *Coman* is volgens mij daarom een mooie reflectie van de gewijzigde Europese opvattingen in plaats van een toepassing van Westerse opvattingen in de gehele EU. Dit is helemaal in lijn met de rechtspraak van het EHRM en de dynamische en evolutieve interpretatie die het EHRM hanteert.¹²⁵ WATHELET bestempelt dit arrest van 2001 dan ook terecht als achterhaald.¹²⁶

WATHELET associeert het begrip “echtgenoot” met enkele fundamentele rechten, zoals artikel 7 Handvest Grondrechten EU (hierna: “EU-Handvest”) en artikel 8 EVRM (recht op eerbieding van privé- en gezinsleven). Hierbij verwijst hij naar de rechtspraak van het EHRM, waar het Hof van Justitie later in haar uitspraak ook naar zal verwijzen. Volgens WATHELET betekent de ontwikkeling van het recht op eerbiediging van gezinsleven dat een genderneutrale uitlegging van het begrip “echtgenoot” in de Burgerschapsrichtlijn noodzakelijk is. Dit draagt bij tot de verwezenlijking van artikel 7 EU-Handvest en bestrijding van discriminatie.¹²⁷ De inclusie van gelijkslachtige koppels in de term “echtgenoot” leidt volgens hem tot een hoger niveau van rechtszekerheid en transparantie voor gelijkslachtige. Dit is helemaal in lijn met de doelstellingen van de Burgerschapsrichtlijn. In overweging 31 verwijst de richtlijn immers naar het beginsel van non-discriminatie.¹²⁸

66. Het Hof brengt in herinnering dat de regels m.b.t. staat, persoon en huwelijk principieel behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten. Zij beslissen zelf of ze het huwelijksinstituut al dan niet openstellen voor gelijkslachtige koppels.¹²⁹ Een IPR-verordening tot erkenning van alle huwelijksakten is niet uitgesloten in de toekomst (randnummer 57). De loutere uitlegging van het begrip “echtgenoot”

¹²³ COM(2003)199 final, 11 en COM(2009) 313 final, 4.

¹²⁴ HvJ, zaak nr. C-122/99 P en C-125/99 P, D en Zweden/Raad; zie ook HvJ, zaak nr. 249/96, Grant/South-West Trains.

¹²⁵ S. MACMAHON BALDWIN, “The EU Court in Luxembourg is raising the bar on LGBT rights”, *Strasbourg Observers* 23 februari 2018, consultatie 9 november 2022.

¹²⁶ Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overwegingen 48-52; Gewijzigd voorstel voor een RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven (door de Commissie overeenkomstig artikel 250, lid 2 van het EG-verdrag ingediend); HvJ EU 31 mei 2001, gevoegde zaken nr. C-122/99 en nr. C-125/99 P, overweging 34; HHC. KROEZE en B. SAFRADIN, “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 51-52.

¹²⁷ Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overwegingen 63-67.

¹²⁸ Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overwegingen 68-76; overweging 31 Burgerschapsrichtlijn.

¹²⁹ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overweging 37.

in de Burgerschapsrichtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van lidstaten, aldus WATHELET.¹³⁰ Lidstaten moeten volgens hem bij de uitoefening van de bevoegdheid inzake staat, persoon en huwelijk ook het EU-recht in acht nemen.¹³¹ KROEZE en SAFRADIN lezen hierin dat lidstaten de toepassing van het EU-recht niet afhankelijk mogen maken van hun nationale recht.¹³² DE COCK stelt hetzelfde in verband met binnenkomst en verblijf. Indien lidstaten dit wel afhankelijk zouden stellen van hun nationale recht, dan zou dit een belemmering uitmaken.¹³³ BEURY wijst er bezorgd op dat dit zou resulteren in een verschillende toepassing van het vrij verkeersrecht.¹³⁴ Het Hof concludeert dat dit de nuttige werking van het vrij verkeer en de Burgerschapsrichtlijn zou ondermijnen.¹³⁵

67. Het Hof merkt op dat een weigering van een afgeleid verblijfsrecht aan een gelijkslachtige derdelander-echtgenoot van een EU-burger een belemmering kan vormen van het vrij verkeersrecht. De EU-burger kan immers niet terugkeren met zijn echtgenoot naar zijn herkomstlidstaat. Lidstaten kunnen belemmeringen rechtvaardigen indien er objectieve overwegingen van algemeen belang zijn en deze evenredig zijn aan het door het nationale recht nagestreefde doel, aldus het Hof.¹³⁶

Dit is de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets. Regeringen hebben in deze zaak aangehaald dat zij wensen vast te houden aan de opvatting van het huwelijk als een relatie tussen man en vrouw. Sommige regeringen hebben erop gewezen dat zij dit ook grondwettelijk hebben verankerd.¹³⁷ De auteurs KOCHENOV en BELAVUSAU menen echter dat deze grondwettelijke opvatting moet wijken voor het genot door EU-burgers van hun vrij verkeersrecht.¹³⁸ Het Hof veegde uiteindelijk het argument van “bescherming van het traditionele gezin” van tafel, helemaal in lijn met de conclusie van de advocaat-generaal bij het arrest *Römer*.¹³⁹ Daarentegen, aanvaarde het Hof het openbare orde-argument (lees:

¹³⁰ Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overweging 41.

¹³¹ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 38; Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overweging 37.

¹³² HHC. KROEZE en B. SAFRADIN, “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 54; ook: D. KOCHENOV, “On Options of Citizens and Moral Choices of States: Gays and European Federalism”, 33 *Fordham Int'l LJ* 2009, (156) 184.

¹³³ W. DE COCK, “Hof van Justitie verstevigt rechten van gehuwde holebi-koppels”, *Juristenkrant* 2018, afl. 372, 1 en 20.

¹³⁴ M. BEURY, “The CJEU’s Judgment in Coman: A Small Step for the Recognition of Same-Sex Couples Underlying European Divides over LGBT Rights”, *Strasbourg Observers* 24 July 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/07/24/the-cjeus-judgment-in-coman-a-small-step-for-the-recognition-of-same-sex-couples-underlying-european-divides-over-lgbt-rights/>, consultatie 27 oktober 2022.

¹³⁵ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 37-39.

¹³⁶ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overweging 41.

¹³⁷ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overweging 42.

¹³⁸ D. VLADIMIROVICH KOCHENOV en U. BELAVUSAU, “After the celebration: Marriage equality in EU Law post-*Coman* in 8 questions and some further thoughts”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, Vol. 27(5), 549-572.

¹³⁹ Opinie Advocaat-Generaal in de zaak C-147/08 (*Römer*), overweging 175. De zinsnede “bescherming van het traditionele gezin” komt uit de rechtspraak van het EHRM, maar wordt in deze masterproef als verwoording gebruikt voor de opvatting van EU-lidstaten die wensen vast te houden aan het huwelijk als een relatie tussen man en vrouw.

nationale constitutionele identiteit) wél in de arresten *Sayn Wittgenstein* en *Runevic-Vardyn*.¹⁴⁰ De Letse regering meende deze belemmering te kunnen rechtvaardigen door redenen van openbare orde en nationaliteit zoals bedoeld in artikel 4, lid 2 VEU. WATHELET stelde dat de EU de identiteit van de lidstaten inderdaad moet eerbiedigen, maar dat dit niet los mag worden gezien van de verplichting tot loyale samenwerking tussen lidstaten in artikel 4, lid 3 VEU.¹⁴¹

De openbare orde kan volgens het Hof enkel worden aangevoerd *in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang*. Het Hof oordeelde dat erkenning geven aan een homohuwelijk met oog op toekenning van een verblijfsrecht aan een derdelander-echtgenoot, geen afbreuk doet aan het huwelijksinstituut van de lidstaten. De verplichting tot erkenning betekent niet dat lidstaten het homohuwelijk moeten openstellen voor gelijkslachtige koppels. Deze erkenning heeft louter tot doel personen in staat te stellen om EU-rechten uit te oefenen. Op basis hiervan concludeert het Hof dat deze verplichting niet ingaat tegen de nationale identiteit en geen bedreiging vormt voor de openbare orde van de lidstaten.¹⁴² TRYFONIDOU stelt op grond hiervan vast dat het voorrangsbeginsel van het EU-recht ertoe leidt dat zelfs een constitutioneel verbod op het homohuwelijk de verplichting tot erkenning van een homohuwelijk voor verblijfsrechtelijke doeleinden niet kan hinderen.¹⁴³

Volgens het Hof kan een belemmering verder slechts worden gerechtvaardigd indien de beperkende maatregel in overeenstemming is met de grondrechten in het EU-Handvest. In deze zaak is dit het recht op eerbiediging van het privé-, gezins- en familieleven (artikel 7 EU-Handvest). Dit artikel kent dezelfde inhoud en reikwijdte als artikel 8 EVRM.¹⁴⁴ In zijn uitspraak verwijst het Hof van Justitie naar het EHRM. Volgens rechtspraak van het EHRM valt een gelijkslachtige relatie onder de begrippen “privé-, gezins- en familieleven”.¹⁴⁵ De verwijzing door het Hof van Justitie naar de rechtspraak van het EHRM toont de interactie tussen beide hoven. Het Hof bevindt een belemmering van vrij verkeer die leidt tot

¹⁴⁰ HvJ 22 december 2010, zaak nr. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, overweging 66; HvJ 12 mei 2011, zaak nr. C-391/09, *Runevič-Vardyn*, overweging 52; zie meer: J. STERCK, “Sameness and selfhood: The efficiency of constitutional identities in EU law”, 24 *ELJ* 2018, (281) 289; M. VAN DEN BRINK, “Is the Reasoning in “Coman” as Good as the Result?”, *Verfassungsblog* 10 juni 2018, www.verfassungsblog.de/is-the-reasoning-in-coman-as-good-as-the-result/, consultatie 19 april 2023.

¹⁴¹ Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overwegingen 40.

¹⁴² HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 40-46; zie ook L. GYENEY, “Same sex couples’ right to free movement in light of member states’ national identities. The legal analysis of the Coman case”, *Iustum Aequum Salutare* XIV. 2018.2, 149–171.

¹⁴³ A. TRYFONIDOU, “Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ’s Coman Judgment”, *European Law Blog* 19 juni 2018, <https://europeanlawblog.eu/2018/06/19/free-movement-of-same-sex-spouses-within-the-eu-the-ecjs-coman-judgment/>, consultatie 28 oktober 2022; HvJ EU 15 juli 1964, zaak nr. C-6/64 en HvJ 17 december 1970, zaak nr. C-11/170.

¹⁴⁴ Zie eveneens artikel 52 EU-Handvest.

¹⁴⁵ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 47-50; Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overwegingen 59-60 met verwijzing naar onder meer EHRM 7 november 2013, *Vallianatos/Griekenland*, § 73 en EHRM 14 december 2017, *Orlandi e.a./Italië*, § 143.

discriminatie tussen homo- en heteroseksuele koppels als een ongeoorloofde inbreuk op het vrij verkeersrecht. Volgens het Hof is dit strijdig met het EU-Handvest.¹⁴⁶ Volgens KROEZE en SAFRADIN creëert het Hof hier een vereiste voor de uitoefening van het vrij verkeersrecht. Deze vereiste impliceert het samenleven in een familieband. De erkenning van deze familieband is immers noodzakelijk voor de uitoefening van het vrij verkeersrecht. Indien het Hof anders had geoordeeld, dan had dit afbreuk gedaan aan de logica van het vrij verkeer en ook de EU-grondrechtbescherming.¹⁴⁷ Ook WATHELET meent dat grondrechten zich ertegen verzetten dat aan het begrip “echtgenoot” een invulling zou worden gegeven die homoseksuele EU-burgers hindert in de vereniging met hun echtgenoten.¹⁴⁸

68. Het Hof beantwoordt de eerste prejudiciële vraag bevestigend. Het stelt duidelijk dat nationale autoriteiten de erkenning van een homohuwelijk voor de toekenning van een verblijfsrecht aan een derdelander-echtgenoot van een EU-burger niet mogen weigeren, ook al erkent het nationale recht van die staat het homohuwelijk niet.¹⁴⁹

69. De tweede vraag houdt in of artikel 21, lid 1 VWEU zo moet worden geïnterpreteerd dat de echtgenoot-derdelander van een EU-burger beschikt over een afgeleid verblijfsrecht van meer dan drie maanden op het grondgebied van de herkomstlidstaat van de Unieburger. Gelet op de overwegingen 23-25 van het arrest en artikel 7, lid 2 Burgerschapsrichtlijn, beantwoordt het Hof deze vraag eveneens bevestigend.¹⁵⁰

70. Het Hof concludeert dat het begrip “echtgenoot” in artikel 2.2, a) Burgerschapsrichtlijn ook de gelijkslachtige echtgenoot omvat. Dit leidt tot de verplichting voor autoriteiten van de herkomstlidstaat om aan gelijkslachtige derdelanders-echtgenoten afgeleide verblijfsrechten voor meer dan drie maanden toe te kennen op grond van artikel 21, lid 1 VWEU. Dit ondanks het feit dat deze laatste het homohuwelijk niet erkent in het nationale recht. Dit impliceert de verplichting voor lidstaten om gelijkslachtige echtgenoten te erkennen¹⁵¹ voor doeleinden van toekenning van het afgeleid verblijfsrecht, doch niet de verplichting om het huwelijksinstituut open te stellen voor gelijkslachtige koppels. *Voor doeleinden van toekenning van een afgeleid verblijfsrecht* is een belangrijke zinsnede en tegelijk een beperking. In hun analyse van de conclusie van de advocaat-generaal maken KLEINE, DE MAILLARD en PIAT de belangrijke vaststelling dat lidstaten niet worden verplicht alle buitenlandse

¹⁴⁶ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 50-52.

¹⁴⁷ HHC. KROEZE en B. SAFRADIN, “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 55.

¹⁴⁸ *Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overweging 42.*

¹⁴⁹ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overweging 51.

¹⁵⁰ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overwegingen 52-56.

¹⁵¹ HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, overweging 45.

homohuwelijken te erkennen. Zij worden wel verplicht om buitenlandse homohuwelijk te erkennen aangegaan in het kader van de uitoefening van het vrij verkeersrecht onder de voorwaarden van de Burgerschapsrichtlijn.¹⁵² EU-burgers behouden hun verblijfsrechten wanneer zij duurzaam hebben verbleven in een andere lidstaat en daar een gezinsleven hebben opgebouwd en bestendig. De voorwaarde voor het behoud van het verblijfsrecht bij terugkeer naar de herkomstlidstaat is dat men dit minstens voor drie maanden heeft gedaan.¹⁵³

De uitspraak is van belang omdat het Hof de verplichting tot erkenning van de huwelijksstaat als voorwaarde stelt voor de uitoefening van het EU-recht.¹⁵⁴ Het recht op het behoud of de continuïteit van de persoonlijke of familiale staat van een persoon wordt volgens VIARENGO inherent aan het vrij verkeersrecht.¹⁵⁵ Hoewel dit arrest als een mijlpaal kan worden gezien in de strijd voor LGBTQ-rechten, staat de uitspraak niet los van kritiek.

4. Opmerkingen en kritiek

71. Het arrest-*Coman* komt niet als een verrassing. Het Hof van Justitie heeft aan vrij verkeersrechten altijd al een ruime interpretatie gegeven.¹⁵⁶ *Coman* is ook logisch in het licht van het Europeesrechtelijk constitutioneel beginsel van wederzijdse erkenning. Als een lidstaat een verblijfsrecht toekent aan een gelijkslachtig koppel, dan moeten andere lidstaten deze toekenning erkennen en de daaraan verbonden rechten waarborgen. Lidstaten hebben met andere woorden geen appreciatiemarge meer in de al dan niet erkenning van homohuwelijken na het arrest *Coman*.¹⁵⁷

72. De beperktheid van het arrest uit zich in verschillende aspecten.¹⁵⁸ Ik wil erop wijzen dat dit een representatie is van een deel van de doctrine. Een ander deel van de doctrine focust de kritiek niet zozeer

¹⁵² Meer hierover: Afdeling 2, 4); M. KLEINE, V. DE MAILLARD en A. PIAT, “The role of the EU courts in developing same-sex couples’ rights”, *EJTN* 2018, 13, <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17292/WR%20TH-2018-02%20TEAM%20FR.pdf>, consultatie 28 oktober 2022.

¹⁵³ HvJ EU 12 maart 2014, zaak nr. C-456/12 (O. en B.).

¹⁵⁴ A. TRYFONIDOU, “Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ’s *Coman* Judgment”, *European Law Blog* 19 juni 2018, consultatie 28 oktober 2022.

¹⁵⁵ I. VIARENGO e.a., “Defining Marriage and Other Unions of Persons in EU Family Law” in T. PFEIFFER, Q.C. LOBACH en T. RAPP (eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common EU Understanding: EUFams II and Beyond*, Dresden, Heidelberg University Publishing, 2021, 151-216.

¹⁵⁶ Zie hierover meer: D. KOCHENOV, “On Options of Citizens and Moral Choices of States: Gays and European Federalism”, *Fordham International Law Journal* 2009, nr. 1, 156-205; U. BELAVUSAU, “EU Sexual Citizenship: Sex Beyond the Internal Market”, *EUI Department of Law Research* juni 2015, 27 p., https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34960/LAW_2015_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y; A. TRYFONIDOU, “EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition”, *Columbia Journal of European Law* 2015, nr. 2, 195-248.

¹⁵⁷ HHC. KROEZE en B. SAFRADIN, “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte *Coman*-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 56.

¹⁵⁸ Onder meer: N. PALAZZO, *Legal Recognition of Non-Conjugal Families*, Oxford, HART PUBLISHING, 2021, 172-190.

op de beperktheid van het arrest, maar eerder op juridisch-technische aspecten.¹⁵⁹ Er zijn ook auteurs die het arrest sterk toejuichen.¹⁶⁰

Ten eerste is de uitspraak beperkt tot koppels gehuwd in één van de EU-lidstaten en niet daarbuiten. De vraag stelt zich of *Coman* ook van toepassing is op huwelijken aangegaan buiten de EU. De bewoording van het Hof in de overwegingen 36-37 en 39 zou kunnen doen vermoeden dat het enkel om huwelijken binnen de EU gaat. Dit is tegengesteld aan wat WATHELET in zijn conclusie heeft geschreven in overweging 49: “*Hoewel dus vaststaat dat de term „echtgenoot” in artikel 2, punt 2, onder a), van richtlijn 2004/38 doelt op het huwelijk, is deze term neutraal ten aanzien van het geslacht en maakt het niet uit waar het huwelijk is gesloten*” (eigen onderlijning). Wat dit punt betreft, bestaat er dus onduidelijkheid.¹⁶¹ TRYFONIDOU stelt zich terecht de vraag of het arrest ook van toepassing is op situaties waarin gelijkslachtige echtgenoten slechts enkele dagen verblijven in een andere lidstaat. Zij vraagt zich in het kader hiervan af of het homohuwelijk in geval van een hypothetisch verkeersongeval moet worden erkend opdat de echtgenoot zijn toestemming tot medische behandeling kan geven.¹⁶² Dit moet worden gelezen in het licht van de voorwaarde om meer dan drie maanden te verblijven in een gastlidstaat om zich op een afgeleid verblijfsrecht te kunnen beroepen.

De conclusie in het arrest heeft enkel betrekking op gelijkslachtige *echtgenoten*. De vraag stelt zich of de verplichting tot erkenning ook van toepassing is op geregistreerde partnerschappen. De echtgenoot kan altijd een afgeleid verblijfsrecht ontlenen aan de Burgerschapsrichtlijn. De geregistreerde partner kan dit enkel doen wanneer *de wetgeving van het gastland geregistreerd partnerschap gelijkstelt met huwelijk en aan de voorwaarden van de wetgeving van het gastland is voldaan* (artikel 2.2, b) Burgerschapsrichtlijn). Volgens KROEZE en SAFRADIN is het arrest niet van toepassing op gelijkslachtige geregistreerde partners.¹⁶³ Verder stelt TRYFONIDOU zich de vraag of dit arrest geëxtrapoleerd mag worden naar de Gezinsherenigingsrichtlijn.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Onder meer: J.J. RIJMA, “You Gotta Let Love Move”, 15 *European Constitutional Law Review* 2019, 324–339.

¹⁶⁰ U. BELAVUSAU, “The Federal Rainbow Dream: On Free Movement of Gay Spouses under EU Law”, *Verfassungsblog* 5 juni 2018, <https://verfassungsblog.de/the-federal-rainbow-dream-on-free-movement-of-gay-spouses-under-eu-law/>, consultatie 30 april 2023; S. PEERS, “Love wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU free movement law”, *EU Law Analysis* 5 juni 2018, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/06/love-wins-in-cjeu-same-sex-marriages.html>, consultatie 19 april 2023.

¹⁶¹ HHC. KROEZE en B. SAFRADIN, “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 57; A. TRYFONIDOU, “The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely between EU Member States: The Coman Ruling”, 44 *European Law Review* 2019, 663–679.

¹⁶² A. TRYFONIDOU, “The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely between EU Member States: The Coman Ruling”, 44 *European Law Review* 2019, 663–679.

¹⁶³ HHC. KROEZE en B. SAFRADIN, “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 56; W. DE COCK, “Hof van Justitie verstevigt rechten van gehuwde holebi-koppels”, *Juristenkrant* 2018, afl. 372, 1 en 20.

¹⁶⁴ A. TRYFONIDOU, “The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely between EU Member States: The Coman Ruling”, 44 *European Law Review* 2019, 663–679.

Verder rijst de vraag of de uitspraak ook de erkenning impliceert van rechten die voortvloeien uit het gelijkslachtig huwelijk, zoals socialezekerheidsrechten en belastingrechten. KROEZE en SAFRADIN stellen dat het Hof de Burgerschapsrichtlijn kon afstemmen op zowel artikel 7 als 21 EU-Handvest, maar het Hof deed dit niet. Had het Hof dit wel gedaan, dan zou dit kunnen betekenen dat lidstaten de burgerlijke staat van gelijkslachtige echtgenoten moeten erkennen in alle situaties (lees: rechten) waarin zij anders worden behandeld jegens heteroseksuele echtgenoten.¹⁶⁵ Hieruit volgt dat de verplichting tot erkenning van het homohuwelijk beperkt is tot (afgeleide) verblijfsrechten, aldus BEURY.¹⁶⁶ Er zal nieuwe rechtspraak van het Hof van Justitie nodig zijn. TRYFONIDOU stelt alleszins terecht dat het vreemd is om het huwelijk niet te erkennen voor andere doeleinden als dit wel erkend wordt voor verblijf.¹⁶⁷ Het is aan de lidstaten om de knoop door te hakken gelet op de familierechtelijke onbevoegdheid van de EU, tenzij het Hof zich uitspreekt over deze rechten of de EU een IPR-verordening inzake wederzijdse erkenning van huwelijken tot stand brengt.

73. Verschillende auteurs merken een geval van omgekeerde discriminatie op.¹⁶⁸ Enkel burgers die hun vrij verkeersrecht hebben uitgeoefend, zullen zich op het arrest kunnen beroepen. Zij die hun recht niet uitoefenen, worden uitgesloten van de bescherming. Interne situaties zijn dus uitgesloten. Aan de echtgenoot van een EU-burger die zijn vrij verkeersrecht *niet* heeft uitgeoefend onder de voorwaarden van de Burgerschapsrichtlijn, kan het verblijfsrecht dus wel worden geweigerd omdat er geen *grensoverschrijdend* aanknopingspunt bestaat met het vrij verkeer. Dit is geen onbelangrijke beperking, aangezien deze laatste groep zijn huwelijk niet erkend zal zien. Het EHRM stelt hier echter grenzen, omdat het homohuwelijk minstens als een geregistreerd partnerschap erkend moet worden in de nationale rechtsorde van de lidstaten van de Raad van Europa.¹⁶⁹

74. KOCHENOV en BELAVUSAU leveren een interessante bijdrage. De auteurs geven een overzicht van problemen en opmerkingen in verband met het *Coman*-arrest. Zij merken op dat het begrip “huwelijk” in de Burgerschapsrichtlijn vanaf het begin heel duidelijk het homohuwelijk omvatte, maar dat de omzetting van de Burgerschapsrichtlijn foutief geschiedde door de lidstaten. De niet-erkenning

¹⁶⁵ HHC. KROEZE en B. SAFRADIN, “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 57.

¹⁶⁶ M. BEURY, “The CJEU’s Judgment in Coman: A Small Step for the Recognition of Same-Sex Couples Underlying European Divides over LGBT Rights”, *Strasbourg Observers* 24 July 2018, consultatie 9 november 2022.

¹⁶⁷ A. TRYFONIDOU, “Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ’s Coman Judgment”, *European Law Blog* 19 juni 2018, consultatie 28 oktober 2022.

¹⁶⁸ HHC. KROEZE en B. SAFRADIN, “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 57 e.v.; A. TRYFONIDOU, “The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely between EU Member States: The Coman Ruling”, 44 *European Law Review* 2019, 663–679.

¹⁶⁹ DEEL II, HOOFDSTUK 1.

van homohuwelijk leidde ertoe dat weigerende lidstaten *de facto* buiten het geografisch toepassingsgebied van de Burgerschapsrichtlijn vielen wat het afgeleid verblijfsrecht betreft. Zo werden burgers uitgesloten van genot van rechten waarop zij in principe wel aanspraak konden maken. De omzetting van de richtlijn moest dus gebeuren zonder een onderscheid te maken naargelang seksuele geaardheid.

Net zoals TRYFONIDOU stellen zij in verband met het arrest onder meer het volgende vast. Zij vinden de vereisten van *duurzaam verblijf* en *het opbouwen en bestendigen van een gezinsleven* problematisch.¹⁷⁰ Hiervoor verwijs ik naar randnummer 72.

75. Ook VAN DEN BRINK levert een interessante bijdrage.¹⁷¹ Hij stelt dat de redenering van het Hof juist is, maar dat het Hof niet direct een antwoord geeft op het Roemeense grondwettelijk hof. Voor een uniforme interpretatie moet het begrip “echtgenoot” los worden gezien van de gevolgen voor het vrij verkeers- en verblijfsrecht. Hij gaat verder in zijn analyse in op de relatie tussen fundamentele rechten en de nationale identiteit als grond voor staten om beperkingen te rechtvaardigen. Hij wijst op de onzekerheid over deze relatie.

Volgens hem had het Hof moeten oordelen in een belangenafweging dat de nationale identiteit niet opweegt tegen de rechten van de betrokkenen uit de Burgerschapsrichtlijn. Het Hof had in *Coman* simpelweg geoordeeld dat de verplichting om buitenlandse homohuwelijken te erkennen niet ingaat tegen de nationale identiteit. Hij komt in zijn analyse tot een genuanceerde conclusie dat de nationale identiteit niet altijd moet wijken voor EU-rechten.

76. Het Hof van Justitie heeft lidstaten niet verplicht om het huwelijksinstituut open te stellen voor gelijkslachtige koppels. Zoals KLEINE e.a. terecht stellen, zou dit de EU in het gedrang kunnen brengen. De kans zou bestaan dat lidstaten de EU zouden verlaten. Hierdoor zou de EU zijn doel missen – de erkenning van homohuwelijken en toekenning van rechten aan alle EU-onderdanen. De enige mogelijkheid om rechten van gelijkslachtige koppels te verzekeren en de lidstatelijke soevereiniteit te eerbiedigen was door het begrip echtgenoot te herdefiniëren en de erkenningsverplichting onrechtstreeks aan lidstaten op te leggen.¹⁷² Dit is volgens mij positief, maar ik stel mij eveneens de vraag in hoeverre men dit kan verzoenen met maatschappelijke ontwikkelingen binnen de EU. Het arrest is in het licht van

¹⁷⁰ Meer hierover: D. VLADIMIROVICH KOCHENOV en U. BELAVUSAU, “After the celebration: Marriage equality in EU Law post-*Coman* in 8 questions and some further thoughts”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, Vol. 27(5), 549-572; A. TRYFONIDOU, “The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely between EU Member States: The *Coman* Ruling”, 44 *European Law Review* 2019, 663–679.

¹⁷¹ M. VAN DEN BRINK, “Is the Reasoning in “*Coman*” as Good as the Result?”, *Verfassungsblog* 10 juni 2018, www.verfassungsblog.de/is-the-reasoning-in-coman-as-good-as-the-result/, consultatie 19 april 2023.

¹⁷² M. KLEINE, V. DE MAILLARD en A. PIAT, “The role of the EU courts in developing same-sex couples’ rights”, *EJTN* 2018, 18, <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17292/WR%20TH-2018-02%20TEAM%20FR.pdf>, consultatie 28 oktober 2022.

de politieke gevoeligheid van het onderwerp een goed compromis tussen de erkenning van verschillen in het huwelijksrecht van de lidstaten maar ook de groeiende steun binnen de EU voor het homohuwelijk. Het arrest *Coman* zou ik een arrest van compromissen kunnen noemen. Langs de andere kant zou de positie van het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens kunnen worden aangehaald als ontkrachtend argument hiertegen. Hiervoor verwijs ik naar randnummer 44.

77. De doctrine maakt een interessante vergelijking tussen het *Coman*-arrest en het *Obergefell*-arrest van het Amerikaanse Supreme Court. In dit laatste oordeelde het Supreme Court dat het huwelijksrecht ook aan gelijkslachtige koppels toekomt en dat alle staten verplicht zijn om homohuwelijken in andere staten gesloten te erkennen. Als gevolg hiervan verplichtte het Supreme Court de 50 staten van de VSA om het huwelijk open te stellen voor gelijkslachtige partners.¹⁷³ In 2022 heeft de huidige Amerikaanse president Biden dit arrest wettelijk verankerd.¹⁷⁴ Ik betwijfel echter of deze vergelijking helemaal correct is, omdat het Amerikaanse Supreme Court binnen de VSA een andere rol vervult dan het Hof van Justitie. Dit laatste is geen grondwettelijk hof binnen een federale staat.¹⁷⁵ Het Hof van Justitie moet immers rekening houden met het feit dat de bevoegdheid inzake familierechtelijke aangelegenheden toekomt aan de lidstaten en dat de EU dit moet eerbiedigen (artikel 4, lid 2 VEU). Bijgevolg kan men een nationaal verbod op gelijkslachtig huwelijk niet betwisten op grond van het EU-Handvest.¹⁷⁶

78. Het is eveneens opmerkelijk dat het Hof van Justitie de rechtspraak van het EHRM *Oliari* en *Orlandi* slechts summier in zijn uitspraak betreft en hier geen echte conclusies uit trekt. De redenering in *Coman* is gebaseerd op het vrij verkeersrecht en niet op het recht op privé- en familielevens. Zo vermeed het Hof van Justitie zich te moeten uitspreken over de reikwijdte van *Oliari* en *Orlandi*. Hiermee wijkt het Hof af van de conclusie van advocaat-generaal WATHELET, die de verplichting van lidstaten erkent om gelijkslachtige relaties te erkennen en te beschermen.¹⁷⁷ Dit is een gemiste kans van

¹⁷³ US Supreme Court 26 juni 2015, zaak *Obergefell v. Hodges*, overwegingen 14-556; W. DE COCK, “Hof van Justitie versterkt rechten van gehuwde holebi-koppels”, *Juristenkrant* 2018, afl. 372, 1 en 20.

¹⁷⁴ Zie meer hierover: X., “VS-president Biden ondertekent wet die homohuwelijk beschermt”, *VRT NWS* 14 december 2022, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2022/12/14/vs-president-biden-ondertekent-wet-die-homohuwelijk-beschermt/>, consultatie 30 januari 2023.

¹⁷⁵ V. POP, “Gay Marriage Case Becomes Lightning Rod for EU Court”, *Wall Street Journal* 4 juni 2018, <https://www.wsj.com/articles/gay-marriage-case-becomes-lightning-rod-for-eu-court-1528112258>, consultatie 29 april 2023.

¹⁷⁶ U. BELAVUSAU, “The Federal Rainbow Dream: On Free Movement of Gay Spouses under EU Law”, *Verfassungsblog* 5 juni 2018, <https://verfassungsblog.de/the-federal-rainbow-dream-on-free-movement-of-gay-spouses-under-eu-law/>, consultatie 29 april; M. KLEINE, V. DE MAILLARD en A. PIAT, “The role of the EU courts in developing same-sex couples’ rights”, *EJTN* 2018, 17, <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17292/WR%20TH-2018-02%20TEAM%20FR.pdf>, consultatie 28 oktober 2022.

¹⁷⁷ M. WARNEZ, “Het vrij verkeer van personen toegepast op paren van gelijk geslacht: het afgeleid verblijfsrecht voor de partner van hetzelfde geslacht na *Coman*”, masterproef rechten UGent, 2020, https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/862/864/RUG01-002862864_2020_0001_AC.pdf; Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018, overweging 99.

het Hof van Justitie, omdat het EHRM wel meermaals heeft verwezen naar EU-regelgeving om haar argumentatie te staven. Een motivering gebaseerd op grond van het recht van privé- en familielevens had misschien een grotere impact gehad dan een korte vermelding van artikel 7 EU-Handvest. Het Hof liet na om te vermelden dat het EHRM het begrip “echtgenoot” breed interpreteert en hieronder de gelijkslachtige echtgenoot laat vallen. RIJPMA argumenteert dat het een trend is van het Hof om het recht op privé- en familielevens te beschermen in de interpretatie van het vrij verkeersrecht en niet omgekeerd.¹⁷⁸

79. Dit arrest blijft ondanks opmerkingen en kritiek een mijlpaal voor de LGBTQ-gemeenschap.¹⁷⁹ Het verschaft de betrokkenen onder meer de zekerheid dat hun relatie erkend zal worden zonder vrees voor een hinkende rechtsverhouding.¹⁸⁰ Meer nog, het draagt bij tot de universele consensus over homohuwelijken en tot de mentaliteitswijziging in heteronormatieve samenlevingen.

Het *Coman*-arrest zet de lijn van rechtspraak die gelijke rechten en non-discriminatie bevordert voort. Het is een opmerkelijke trend dat het Hof van Justitie persoonlijke en sociale rechten in het EU-recht leest die niet rechtstreeks bijdragen tot de interne markt, terwijl de EU oorspronkelijk bedoeld was als economische unie.¹⁸¹ De EU kan via federalisering verplichtingen opleggen aan lidstaten met betrekking tot deze persoonlijke rechten. Hierdoor kunnen EU-burgers zich op het EU-burgerschap beroepen om deze rechten af te dwingen tegen hun nationale lidstaten.¹⁸² Het *Coman*-arrest is verder een goed tegenwicht voor lidstaten die een constitutioneel verbod op het homohuwelijk invoeren. Het Hof bevestigt met dit arrest de voorrang van het EU-recht zonder grondwetten van lidstaten te dwarsbomen.¹⁸³

Dit arrest draagt bij tot de verwezenlijking van het doel van het vrij verkeersrecht. Het is mogelijk dat *Coman* ertoe heeft geleid dat EU-burgers meer bereid zijn om grenzen van lidstaten te overschrijden om een doel te bereiken dat niet mogelijk is naar nationaal recht, namelijk het homohuwelijk.

¹⁷⁸ Dit wordt ook beargumenteerd door J.J. RIJPMA, “You Gotta Let Love Move”, 15 *European Constitutional Law Review* 2019, 324–339.

¹⁷⁹ A. TRYFONIDOU, “The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely between EU Member States: The *Coman* Ruling”, *European Law Review* 2019, 663–679.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ M. KLEINE, V. DE MAILLARD en A. PIAT, “The role of the EU courts in developing same-sex couples’ rights”, *EJTN* 2018, 18-19, <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17292/WR%20TH-2018-02%20TEAM%20FR.pdf>, consultatie 28 oktober 2022.

¹⁸² D. VLADIMIROVICH KOCHENOV en U. BELAVUSAU, “After the celebration: Marriage equality in EU Law post-*Coman* in 8 questions and some further thoughts”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, Vol. 27(5), 549-572.

¹⁸³ A. TRYFONIDOU, “The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely between EU Member States: The *Coman* Ruling”, 44 *European Law Review* 2019, 663–679.

Afdeling 3. Verordening Brussel IIter: discussie binnen de rechtsleer onder Verordening Brussel IIbis blijft bestaan

80. De Verordening Brussel IIter is de *Verordening (EU) 2019/1111 van de Raad van 25 juni 2019 betreffende de bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kinderontvoering (herschikking)*. Per 1 augustus 2022 heeft deze verordening de Brussel IIbis-Verordening vervangen.¹⁸⁴ Hoewel de nieuwe verordening de vorige herschikt en innoveert, blijft de discussie binnen de rechtsleer met betrekking tot het homohuwelijk woeden.

81. Brussel IIter regelt de bevoegdheid in huwelijkszaken, onder meer in echtscheidingsprocedures.¹⁸⁵ Zoals in Brussel IIbis, ontbreekt in artikel 2 Brussel IIter een definitie van het begrip “huwelijk”.¹⁸⁶ De vraag stelt zich naar de interpretatie van dit begrip, omdat het onduidelijk is of de verordening ook van toepassing is op echtscheidingsprocedures die een homohuwelijk betreffen. De discussie gaat dus niet over het homohuwelijk als zodanig, maar eerder over de toepassing van de verordening in echtscheidingsprocedures van gelijkslachtige echtgenoten. Deze vraag is op dit ogenblik vooral relevant voor lidstaten die het homohuwelijk erkennen. De rechtspraktijk verschilt in deze lidstaten, omdat het onduidelijk is voor rechters of zij in echtscheidingsprocedures de verordening dan wel hun nationaal IPR moeten toepassen. Dit is een probleem, omdat de uniforme toepassing van de verordening uitblijft.

ZILINSKY betreurt terecht dat de EU-wetgever de knoop niet heeft doorgehakt in deze discussie. Dit is vooral betreurenswaardig in het licht van de doelstellingen van de nieuwe Brussel IIter-Verordening – het opzetten van een systeem dat hinkende rechtsverhoudingen binnen de EU moet voorkomen.¹⁸⁷ Het zal aan het Hof van Justitie zijn om een antwoord te geven op deze prangende vraag. De arresten inzake het naamrecht en het verblijfsrecht (*Coman*) hebben geleerd dat de interpretatie van het vrij verkeersrecht een invloed kan hebben op exclusief nationaalrechtelijke aangelegenheden. Het Hof zou er goed aan doen om uit te maken of homohuwelijken erkend moeten worden in functie van

¹⁸⁴ Verordening (EU) 2019/1111 van de Raad van 25 juni 2019 betreffende de bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kinderontvoering (herschikking); Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000.

¹⁸⁵ Artikel 1 Brussel IIter-Verordening.

¹⁸⁶ Artikel 2 Brussel IIbis-Verordening.

¹⁸⁷ M. ZILINSKY, “Verordening Brussel IIter: het nieuwe systeem van erkenning en tenuitvoerlegging”, *EB* februari 2022, 2022/6, afl. 1/2, 20-25.

echtscheidingsvorderingen.¹⁸⁸ De definiëring van dit begrip is wenselijk, aangezien het huwelijk een preliminaire vereiste uitmaakt om te kunnen scheiden.

82. DE MEYER en VERHELLEN stellen dat de Europese wetgever zelf al een *aanzet* heeft gegeven om homohuwelijken onder het toepassingsgebied van de verordening te doen vallen. Dit werd volgens hen gedaan via artikel 13 Rome III-Verordening.¹⁸⁹ Als een lidstaat de erkenning van het homohuwelijk kan weigeren omdat zijn echtscheidingsrecht hier niet op kan worden toegepast, dan valt het homohuwelijk *impliciet* onder het toepassingsgebied van Brussel II*ter*. Zij menen echter dat men hieruit niet met absolute zekerheid mag concluderen dat het gelijkslachtig huwelijk onder het toepassingsgebied van Brussel II*ter* valt indien een lidstaat het huwelijk openstelt voor gelijkslachtige koppels. Deze lidstaten kunnen naar de stand van huidig recht nog steeds opteren voor hun nationaal IPR. Deze auteurs vermelden verder dat het de wil van de EU-wetgever is geweest om deze twee verordeningen te stroomlijnen (zie overweging 10 Rome III-Verordening). Dit, samen gelezen met artikel 1(2) Rome III, zijn argumenten om Rome III niet op homohuwelijken toe te passen, omdat Brussel II*ter* over het homohuwelijk zwijgt. Als Brussel II*ter* niet van toepassing is op het homohuwelijk, dan Rome III al helemaal niet, omdat deze laatste afhankelijk is van Brussel II*ter*. Dit laatste zou voer voor het Hof van Justitie kunnen zijn om te oordelen dat lidstaten het begrip “huwelijk” in Brussel II*ter* zelf moeten invullen.¹⁹⁰ BROSCHE en MARIOTTINI proberen dit te ontkrachten door te stellen dat men geen overschatte waarde mag geven aan overwegingen van verordeningen en richtlijnen.¹⁹¹

Brussel II*ter* vermeldt bovendien in overweging 90 het continuïteitsbeginsel in de interpretatie van de verschillende Brussel II-verordeningen. Bij totstandkoming van de eerste verordening werd het homohuwelijk niet erkend in de EU, waardoor het huwelijk nog steeds opgevat moet worden in de traditionele zin van het woord (relatie tussen man en vrouw). Het is opmerkelijk dat de eerste Brussel II geen expliciete verwijzing hiernaar bevat. Dit kan echter niet in de opvatting van ZILINSKY opgaan

¹⁸⁸ J. DE MEYER en J. VERHELLEN, “Afdeling II. HUWELIJKSZAKEN en ECHTSCHIEDING” in K. SWERTS, G. VAN CALSTER, J. DE MEYER, J. VERHELLEN, T. KRUGER en M. BEEK, “De internationale rechtsmacht van de Belgische rechtbanken in familiezaken” in P. SENAEEVE (ed.), *Handboek familieprocesrecht*, 2^e uitgave, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 53-72.

¹⁸⁹ *Ibid*; Verordening (EU) nr. 1259/2010 van de Raad van 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, OJ L 343, 29.12.2010, p. 10–16.

¹⁹⁰ *Ibid*; in dezelfde zin: I. VIARENGO, “Defining Marriage and Other Unions of Persons in EU Family Law” in T. PFEIFFER, Q. C. LOBACH en T. RAPP (eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common EU Understanding: EUFams II and Beyond*, Dresden, Heidelberg University Publishing, 2021, 175.

¹⁹¹ M. BROSCHE en C.M. MARIOTTINI, “Report on the international exchange seminar: facilitating cross-border family life towards a common European understanding”, 20 december 2019, 55 p., <http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams/index-Dateien/microsites/download.php?art=projektbericht&id=17>, consultatie 19 april 2023.

als argumentatie. Dit is in zijn visie geen geldig argument in het licht van gewijzigde maatschappelijke opvattingen om te stellen dat het homohuwelijk niet onder de verordening valt.¹⁹²

Hij stelt verder ook het volgende: “Daarnaast wordt in de literatuur verdedigd dat de bij Brussel II-bis complementaire verordening, Rome III, wel op dergelijke huwelijken van toepassing is. Dit pleit dan ook ervoor om deze huwelijken wel onder het toepassingsgebied van Brussel II-ter te laten vallen”. Dit is in lijn met rechtsleer die stelt dat EU-verordeningen een autonome interpretatie behoeven. Dit versterkt de uniforme toepassing van verordeningen. Gelet op ontwikkelingen binnen de EU zou dit betekenen dat het homohuwelijk wel onder de toepassing van de verordening valt, daar meer dan de helft van de lidstaten het homohuwelijk erkent. Dit impliceert volgens ZILINSKY dat de EU-wetgever gelijkslachtige huwelijken minstens onrechtstreeks in zijn achterhoofd hield bij de totstandkoming van de nieuwe verordening.¹⁹³ EU-doctrine was reeds onder de Brussel IIbis-Verordening van mening dat het gaat om een geslachtsneutraal begrip “huwelijk”.¹⁹⁴ Nu verwijzen de bijlagen bij de nieuwe verordening naar het genderneutrale “spouse” zonder onderscheid te maken tussen “husband” en “wife”. Verder verbiedt het EU-Handvest discriminatie op grond van seksuele geaardheid en definieert het huwelijk zonder verwijzing te maken naar een relatie tussen man en vrouw. De Brussel IIter moet in het licht hiervan worden gelezen, omdat het EU-Handvest een fundamenteel verdrag uitmaakt.¹⁹⁵ Ook het arrest *Coman* pleit mijns inziens voor een interpretatie die homohuwelijken onder het toepassingsgebied doet vallen. Deze paragraaf komt neer op een evolutieve en dynamische interpretatie van de Brussel IIter (cfr. EHRM), waarvan ZILINSKY ook gebruik maakt. BROSCHE en MARIOTTINI nuanceren dit door te zeggen dat een autonome interpretatie de dag van vandaag niet valt te rechtvaardigen, omdat er geen EU-consensus bestaat wat het homohuwelijk betreft.¹⁹⁶ Naar mijn mening hebben deze twee auteurs gelijk, doch sluit dit een combinatie van een autonome en dynamische interpretatie in de toekomst niet uit.¹⁹⁷

¹⁹² M. ZILINSKY, “Verordening Brussel IIter: het nieuwe systeem van erkenning en tenuitvoerlegging”, *EB* februari 2022, 2022/6, afl. 1/2, 20-25; P. GRUBER en L. MÖLLER, “Die Neufassung der EUEheVo”, *IPRax* 2020, 393-405.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Onder andere: L. VAIGÉ, “The problematics of recognition of same-sex marriages originating from member states according to the EU legal Regulation”, *Societal studies* 2012, afl. 4/2, 760.

¹⁹⁵ J. BORG-BARTHET, “Jurisdiction in matrimonial matters – Reflections for the review of the Brussels IIa Regulation”, juni 2016, 44 p., [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOL_STU\(2016\)571361_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOL_STU(2016)571361_EN.pdf), consultatie 9 november 2022.

¹⁹⁶ M. BROSCHE en C.M. MARIOTTINI, “Report on the international exchange seminar: facilitating cross-border family life towards a common European understanding”, 20 december 2019, 55 p., <http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams/index-Dateien/microsites/download.php?art=projektbericht&id=17>, consultatie 9 november 2022.

¹⁹⁷ I. VIARENGO, “Defining Marriage and Other Unions of Persons in EU Family Law” in T. PFEIFFER, Q. C. LOBACH en T. RAPP (eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common EU Understanding: EUFams II and Beyond*, Dresden, Heidelberg University Publishing, 2021, 168 e.v.

83. Al concluderend leidt dit tot twee verschillende hypotheses met de volgende bemerkingen.

In de eerste hypothese laat men de invulling van het begrip “huwelijk” over aan de lidstaten. Lidstaten die het homohuwelijk erkennen, kunnen dan opteren voor ofwel de verordening ofwel hun nationaal IPR. Dit zou afhangen of lidstaten het homohuwelijk al dan niet onder het begrip “huwelijk” doen vallen. Dit leidt tot een verschillende rechtspraktijk en is niet echt in lijn met de gedachte van uniforme toepassing van verordeningen. Als een lidstaat het gelijkslachtig huwelijk onder de verordening laat vallen, dan heeft dit de toepassing van Brussel II^{ter} voor deze lidstaat tot gevolg. Dit is een praktijk die men reeds kan zien in de Belgische rechtspraak.¹⁹⁸ De vraag naar *forum-shopping* zou dan opnieuw rijzen. Gelijkslachtige echtgenoten met een echtscheidingswens zouden hun weg proberen vinden naar rechtbanken die hun zaak het meest gunstig zouden behandelen, doordat in sommige lidstaten Brussel II^{ter} wordt toegepast en in andere het nationaal IPR.

In de tweede hypothese interpreteren alle lidstaten het begrip “huwelijk” op eenzelfde genderneutrale manier. LGBTQ-onderdanen kunnen in deze hypothese hun vorderingen aanhangig maken in eender welke lidstaat. De erkenning van het homohuwelijk voor de toepassing van de Brussel II^{ter}-Verordening zou mijns inziens geen afbreuk doen aan de bevoegdheid van de lidstaten inzake het huwelijksinstituut. Deze verplichting zou daarnaast ook in lijn zijn met het *Coman*-arrest. Nationale rechtbanken zouden in een volgende stap de Rome III-Verordening¹⁹⁹ toepassen. De Rome III-Verordening is uiteindelijk waar alles van zou afhangen. Burgers zouden hun weg makkelijker vinden naar rechtbanken van de lidstaat van verblijf, maar lidstaten die het huwelijk niet openstellen voor gelijkslachtige koppels zouden nog steeds kunnen opteren voor artikel 13 Rome III. Dit zou ertoe leiden dat burgers zich toch zouden moeten richten naar rechtbanken in andere lidstaten, die in principe onbevoegd zijn voor de voorliggende zaak. Dit leidt mij tot de vaststelling dat indien het begrip “huwelijk” het homohuwelijk zou omvatten, de inschrijving van een uitzonderingsclausule (*forumkeuze* door de partijen of *forum necessitatis*) in een nieuwe versie van de verordening wenselijk is.²⁰⁰ Dit zou naar voorbeeld kunnen van artikel 13 Rome III of artikel 9 Huwelijksvermogen-Verordening²⁰¹, anders blijft dit een onwerkbare praktijk. Er is rechtsleer die stelt dat het ontbreken van een *forum necessitatis* een reden is om het homohuwelijk onder

¹⁹⁸ Rb. Brussel 19 juni 2013, *Tijdschrift@ipr.be* 2013/4, 70, noot P. WAUTELET en *T.Vreemd.* 2014, 127; Rb. Aarlen 20 november 2009, *Rev.dr.étr.* 2012, 698 en *RTDF* 2013, 696, noot C. HENRICOT.

¹⁹⁹ Verordening (EU) nr. 1259/2010 van de Raad van 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, *OJL* 343, 29.12.2010, p. 10–16.

²⁰⁰ Meer hierover: T. KRUGER en L. SAMYN, “Brussels *Ibis*: successes and suggested improvements”, *12 Journal of Private International Law* 2016, 132-168.

²⁰¹ Meer hierover: I. VIARENGO en C. VILLATA (eds.), “Planning the future of cross border families: a path through coordination – final study”, 25-27 en 135-142, <https://www.aeafa.es/files/noticias/eufams-final-study-v1.0+clauses.pdf>, consultatie 8 november 2022; Verordening (EU) 2016/1103 van de Raad van 24 juni 2016 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels, *OJ L* 183, 8.7.2016, p. 1–29.

het begrip “huwelijk” in de verordening te doen vallen.²⁰² Dit argument gaat volgens mij niet op, want het ontbreken van een *forum necessitatis* leidt net tot onduidelijkheid over het toepassingsgebied van de verordening. De inschrijving hiervan is immers wenselijk voor de effectieve werking van de verordening indien men het homohuwelijk wel degelijk daaronder laat vallen.

Een andere optie is een *opt-out*-bepaling inschrijven om Brussel II*ter* niet op homohuwelijken toe te passen. De vraag stelt zich of dit niet te optioneel wordt, omdat lidstaten dan à la carte kunnen kiezen welke EU-regelgeving zij in dat geval al dan niet toepassen. Dit kan leiden tot fragmentering binnen het bestaande EU-familierecht.²⁰³

De dag van vandaag hebben lidstaten discretionaire bevoegdheid om het huwelijk al dan niet te erkennen voor de toepassing van de Brussel II*ter*-Verordening. Dit leidt tot een verschillende praktijk van lidstaat tot lidstaat. Ik betreur dit, omdat dit enerzijds de uniforme toepassing van EU-recht en rechtszekerheid ondermijnt en anderzijds een beperking van rechten inhoudt van een deel van EU-burgers. KRUGER en SAMYN bieden hiervoor drie oplossingen: (1) enkele toepassing van de verordening door lidstaten die het homohuwelijk erkennen, (2) definiëring van het begrip overlaten aan de lidstaten, (3) expliciete bepaling die homohuwelijken onder het begrip doet vallen.²⁰⁴

Afdeling 4. Arrest V.M.A.

84. Het *V.M.A.*-arrest is een ander mijlpaalarrest voor LGBTQ-personen dat vanuit internationaalprivaatrechtelijk standpunt interessant is.²⁰⁵ De bespreking van dit arrest is relevant, omdat het Hof van Justitie zijn redenering uit het *Coman*-arrest, dat kaderde binnen het huwelijksrecht, naar analogie gebruikt in een zaak over afstammingsrecht. Het Hof van Justitie heeft zijn uitspraak ondertussen bevestigd in het arrest nr. C.2/21 van 24 juni 2022.²⁰⁶

Het arrest betrof – zoals de *Coman*-zaak – het recht op vrij verkeer van personen. In deze zaak sprak het Hof van Justitie zich uit over de weigering door Bulgaarse autoriteiten om een geboorteakte af te leveren voor een Bulgaars kind geboren in Spanje uit een gelijkslachtig ouderschap.

²⁰² L. VAIGÉ., “The problematics of recognition of same-sex marriages originating from member states according to the EU legal Regulation”, *Societal studies* 2012, afl. 4/2, 769.

²⁰³ M. BROSCHE en C.M. MARIOTTINI, “Report on the international exchange seminar: facilitating cross-border family life towards a common European understanding”, 20 december 2019, 55 p., <http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams/index-Dateien/microsites/download.php?art=projektbericht&id=17>, consultatie 9 november 2022.

²⁰⁴ T. KRUGER en L. SAMYN, “Brussels IIbis: successes and suggested improvements”, *12 Journal of Private International Law* 2016, (132) 135-138.

²⁰⁵ HvJ EU 14 december 2021, zaak nr. C-490/20 (*V.M.A.*-arrest).

²⁰⁶ HvJ EU 24 juni 2022, zaak nr. C-2/21.

85. In de geboorteakte van SDKA werden VMA (Bulgaarse nationaliteit) en KDK (Britse nationaliteit) als moeders vermeld door de Spaanse autoriteiten. Beide vrouwen zijn met elkaar door het huwelijk verbonden. Volgens het Bulgaarse nationaliteitsrecht heeft SDKA van rechtswege de Bulgaarse nationaliteit verkregen, omdat VMA dit ook heeft. VMA vroeg een Bulgaarse geboorteakte aan bij de Bulgaarse autoriteiten. Dit was nodig voor de afgifte van een identiteitskaart of een paspoort voor het kind. De Bulgaarse autoriteiten vereisten een bewijs van de biologische afstamming van SDKA om dit te kunnen overschrijven in de Bulgaarse geboorteakte, die slechts toelaat één moeder en één vader op te nemen. VMA kon dit bewijs niet leveren noch werd zij daartoe verplicht door de Bulgaarse wetgeving. Als gevolg hiervan werd de aanvraag van VMA afgewezen, mede omdat de vermelding van twee vrouwen als ouders ingaat tegen de Bulgaarse openbare orde. De Bulgaarse autoriteiten hebben de afgifte van de geboorteakte geweigerd. VMA besliste hiertegen in beroep te gaan bij de Bulgaarse rechter, die vervolgens het Hof van Justitie enkele prejudiciële vragen stelde:

- Of een lidstaat verplicht is een geboorteakte af te leveren aan een kind de nationaliteit van die lidstaat heeft en wiens geboorte in een andere lidstaat wordt bevestigd door een geboorteakte waarin een onderdaan van de eerstbedoelde lidstaat en haar echtgenote als moeders van dat kind vermeld staan, zonder te specificeren wie het kind heeft geboord;
- Of een lidstaat een geboorteakte mag weigeren met als gevolg dat geen identiteitsdocument kan worden afgeleverd en daardoor het kind wordt verhinderd in de uitoefening van zijn rechten als Unieburger?²⁰⁷

86. Het Hof van Justitie merkte op dat SDKA volgens de Bulgaarse rechter bij de geboorte de Bulgaarse nationaliteit heeft verkregen en om die enkele reden geniet van het Unieburgerschap (zie artikel 20 VWEU). Artikel 4, lid 3 Burgerschapsrichtlijn verplicht de lidstaten om hun burgers een identiteitskaart of paspoort te verlenen met vermelding van hun naam en nationaliteit. Hiermee kunnen burgers hun recht uitoefenen om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te begeven en er te verblijven (artikel 21, lid 1 VWEU). Bulgarije is verplicht deze verplichting na te leven, ongeacht of er een nieuwe geboorteakte is opgesteld. Opdat SDKA effectief haar recht van vrij verkeer kan uitoefenen, moeten de Bulgaarse autoriteiten de geboorteakte waarin de afstammingsbanden op wettige wijze werden vastgesteld, erkennen.²⁰⁸

Het Hof van Justitie stelt dat de verplichting om een identiteitsdocument af te geven aan een kind dat volgens de geboorteakte twee moeders heeft, niet indruist tegen de nationale identiteit van de lidstaat in kwestie en geen bedreiging vormt voor de openbare orde van die lidstaat. Deze verplichting betekent niet dat de lidstaten het gelijkslachtig ouderschap in hun wetgeving moeten opnemen, maar lidstaten

²⁰⁷ HvJ EU 14 december 2021, zaak nr. C-490/20, overwegingen 18-32.

²⁰⁸ *Ibid.* overwegingen 40-50.

moeten wel rekening houden met het EU-recht. Lidstaten worden evenmin verplicht om de afstamming van een kind met twee moeders te erkennen voor andere doeleinden dan de uitoefening van het vrij verkeersrecht van personen. Het gelijkslachtig ouderschap moet dus enkel worden erkend voor de uitoefening van het recht op vrij verkeer van personen, omdat de nuttige werking van het vrij verkeer vereist dat de burgerlijke staat van personen over de grenzen heen wordt erkend.²⁰⁹

EU-burgers moeten een gezinsleven kunnen leiden met hun familieleden in zowel de gast- als herkomstlidstaat van een van de betrokkenen. De Bulgaarse regelgeving die vereist dat er een Bulgaarse geboorteakte wordt opgesteld voor de afgifte van een Bulgaars identiteitsdocument, beperkt de uitoefening van het vrij verkeer van personen. Dit kan slechts worden gerechtvaardigd indien dit in overeenstemming is met de grondrechten in het EU-Handvest. Volgens het Hof is de niet-erkenning van een kind-ouder-relatie die de uitoefening van het vrij verkeersrecht hindert omdat de ouders gelijkslachtig zijn, strijdig met de artikelen 7 en 24 EU-Handvest. Het argument van de nationale identiteit gaat dus niet op als rechtvaardigingsgrond.²¹⁰

Het Hof voegt hieraan toe dat zelfs wanneer het kind niet de Bulgaarse nationaliteit heeft, het minstens moet worden beschouwd als een rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn van de EU-burger in de zin van de Burgerschapsrichtlijn.²¹¹

Een lidstaat moet dus een identiteitsdocument afgeven aan een eigen onderdaan die volgens de geboorteakte van een andere lidstaat gelijkslachtige ouders heeft. Gelijkslachtige ouders moeten over een document beschikken waarin zij worden vermeld als personen die bevoegd zijn om met het kind te mogen reizen en te verblijven. Een dergelijk document kan de geboorteakte uit de andere lidstaat zijn en moet door alle lidstaten worden erkend.²¹²

87. Dit arrest toont het belang van de *Coman*-uitspraak aan. Het Hof van Justitie gebruikt de logica, redenering en conclusie van deze zaak om tot een analoge uitspraak te komen in het *V.M.A.*-arrest.

TUSSENCONCLUSIE

88. Polen is lid van zowel de Europese Unie als de Raad van Europa. Het is verplicht het EVRM- en EU-recht te onderkennen. Hoewel hieruit niet rechtstreeks de verplichting voortvloeit om

²⁰⁹ *Ibid.* overwegingen 52-57.

²¹⁰ *Ibid.* overwegingen 58-65.

²¹¹ *Ibid.* overwegingen 67-68.

²¹² *Ibid.* overweging 69.

buitenlandse homohuwelijken te erkennen, hebben zowel het EHRM als Hof van Justitie belangrijke arresten gevelde in het kader hiervan.

Het EHRM is enkel tot deze arresten gekomen door een decennialange ontwikkeling en erkenning van LGBTQ-rechten en verplichtingen. Zo kwam het EHRM tot de conclusie in *Oliari* dat staten juridische erkenning en bescherming moeten bieden aan gelijkslachtige relaties. Dit heeft als basis gediend voor het Hof om in het arrest *Orlandi* de verplichting op te leggen om buitenlandse homohuwelijken minstens als een geregistreerd partnerschap te erkennen. Het ontbreken van een Europese consensus maakt het EHRM terughoudend om het huwelijk binnen het Europese landschap open te stellen voor gelijkslachtige koppels. Staten behouden hun appreciatiemarge in deze kwestie. Het is paradoxaal om te zien dat een deel van de lidstaten van de Raad van Europa stappen ondernemen richting verbreding van rechten van LGBTQ-personen, terwijl een andere groep het huwelijk constitutioneel gaat beschrijven als relatie tussen man en vrouw.

De ontwikkelingen binnen de Raad van Europa beperkten enigszins, maar legden ook de weg open voor het Hof van Justitie om tot zijn uitspraak in *Coman* te komen. Hoewel dit arrest niet losstaat van kritiek en beperkingen, verleent het EU-burgers en hun gelijkslachtige derdelanders-echtgenoten de mogelijkheid om hun homohuwelijk erkend te zien. Dit geldt louter voor verblijfsrechtelijke doeleinden en is ook verbonden aan de voorwaarde van een duurzame en bestendige relatie van meer dan 3 maanden in één van de gastlidstaten.

Het is interessant om de wisselwerking tussen het Hof van Justitie en EHRM te zien. Het Hof van Justitie probeert zijn rechtspraak te stroomlijnen met de rechtspraak van het EHRM, waardoor dit laatste Hof de rol van katalysator vervult. Dit werkt ook in de omgekeerde richting. Men zou kunnen zeggen dat het EHRM een invloed heeft op de *federalisering* van familierechten op Europeesrechtelijk vlak. Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Coman* de opportuniteit gegrepen om een uitlegging aan het EU-recht te geven die niet achterloopt op mensenrechtelijke ontwikkelingen. Het EU-Hof gaat in zijn rechtspraak immers verder dan het EHRM, doordat het lidstaten verplicht om het buitenlands homohuwelijk als huwelijk te erkennen voor verblijfsrechtelijke doeleinden. Dit moet worden toegejuicht. Beide hoven onthouden zich echter om de openstelling van het homohuwelijk verplicht aan lidstaten op te leggen. Langs de andere kant vullen beide arresten elkaar perfect aan en verruimen zij de juridische mogelijkheden van LGBTQ-partners. Zelfs indien gelijkslachtige echtgenoten niet aan de voorwaarden van het *Coman*-arrest voldoen, kunnen zij zich nog steeds beroepen op de erkenning als geregistreerd partnerschap uit de arresten *Oliari* en *Orlandi*. Het is opmerkelijk om te zien hoe deze arresten een basis vormen voor latere arresten. Zo heeft het Hof van Justitie haar redenering in *Coman* doorgetrokken in de Bulgaarse *V.M.A.*-zaak die ging over afstammings-/ouderschapskwesties. Ook de hangende zaken

Szypula en *Urbanik&Alonso Rodriguez* scheppen nieuwe mogelijkheden voor EHRM om LGBTQ-rechten en verplichtingen te verduidelijken onder EVRM-artikelen.

Er blijft echter nog veel werk aan de winkel en veel kwesties die uitgeklaard moeten worden, zoals de discussie onder de Brussel *Ibis*-Verordening die overgewaaid is naar de nieuwe Brussel *Iiter*-Verordening. Het zal interessant zijn om te zien welke stappen de EU-instellingen en het EHRM zullen ondernemen gelet op de toenemende mentaliteitswijziging van de EU-bevolking en toenemende politieke initiatieven *pro* LGBTQ. Dit hoeft niet enkel binnen het jurisprudentieel kader. De vraag stelt zich of de EU eraan toe is om een verordening tot stand te brengen die de verplichting oplegt om buitenlandse homohuwelijken te erkennen. Stap per stap en met overwinningen hier en daar komt men dichterbij een *pro homine* of *pro* LGBTQ Europa. Deze vaststellingen en bewegingen binnen het EVRM- en EU-recht scheppen in het kader van mijn masterproef een brede basis om het Poolse recht en de Poolse rechtspraktijk hieraan af te toetsen. Dit gebeurt in het volgende deel van mijn masterproef.

DEEL III. POOLS IPR-KADER

ALGEMEEN

89. In dit deel zal ik mijn aandacht vestigen op het Poolse IPR, meer specifiek de erkenning van buitenlandse homohuwelijken binnen het Poolse rechtssysteem. Hoofdstuk 1 zal de relevante constitutioneel- en familierechtelijke achtergrond schetsen waartegen het huwelijk begrepen moet worden. Hoofdstukken 2 en 3 zullen het Poolse IPR zowel in theorie als in de administratieve praktijk analyseren. DEEL III zal als basis dienen om in DEEL IV het Poolse IPR-kader af te toetsen aan het mensen- en Europeesrechtelijk IPR-kader van DEEL II.

HOOFDSTUK 1. Achtergrond

90. Afdeling 1 behandelt het Pools rechterlijk landschap om de latere bespreking van de administratieve rechtspraak beter te kaderen. Afdeling 2 zal focussen op het Poolse grondwettelijk recht, familierecht en IPR.

Afdeling 1. Inleiding tot het Poolse rechtssysteem

91. Het Poolse rechtssysteem kent de klassieke scheiding der machten, waaronder de rechterlijke macht.²¹³ Als lidstaat van zowel de EU als van de Raad van Europa, moet Polen het EU-recht en artikel 6 EVRM respecteren in de organisatie van de rechterlijke macht. Dit vormt echter niet het onderwerp van deze masterproef. De belangrijkste principes hieromtrent zijn verankerd in de Poolse Grondwet (Pools: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*).²¹⁴

92. Binnen de Poolse rechterlijke macht is er een duidelijke driedeling: gewone gerechten (*sądy powszechnie*), administratieve gerechten (*sądy administracyjne*) en militaire gerechten (*sądy wojskowe*).²¹⁵ De verdeling van de verschillende rechtsprekende instanties over het land is deels ingegeven door de grondwettelijk-administratieve splitsing van het Poolse grondgebied in gemeenten (*gminy*), grotere administratieve gebieden (*powiaty*) en provincies (*województwa*).

²¹³ Artikelen 10 en 173 Poolse GW; zie ook: B. BANASZAK, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa, CH BECK, 2009, 777-778; https://e-justice.europa.eu/16/NL/national_justice_systems?POLAND&member=1.

²¹⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej 2 april 1997, Dz.U. 1997, NR 78 poz. 483 zm. Dz.U. 2001 nr 28 poz. 319 26.03.2001.

²¹⁵ Artikel 175 Poolse GW.

93. In het kader van deze masterproef vormen de administratieve gerechten de interessantste categorie. De erkenning en overschrijving van buitenlandse huwelijken is voortaan een administratieve gelegenheid. De administratieve procedure tegen bv. een weigeringsbeslissing van een Pools administratief orgaan (gemeente of overheidsambtenaar)²¹⁶ start bij een regionale administratieve rechtbanken (*wojewódzki sąd administracyjny*; later: “WSA”) om dan eventueel in cassatie aangevochten te worden bij het Administratief Hooggerechtshof (*Naczelny Sąd Administracyjny*; hierna: “NSA”).²¹⁷

Artikel 184 Poolse GW geeft de administratieve gerechten de opdracht om de praktijk van de openbare overheden te controleren. Deze controle houdt *een wettigheidstoezicht* in op besluiten en normatieve teksten van de administratie, geen beoordeling in volle rechtsmacht. Deze gerechten hakken eveneens knopen door in bevoegdheidsverdelingsgeschillen tussen administratieve organen.²¹⁸

Afdeling 2. Huwelijk en geregistreerd partnerschap in Polen: een schets van het Poolse familierecht en constitutioneel recht

1. Algemeen

94. Het Poolse rechtssysteem voorziet het huwelijksinstituut enkel voor heteroseksuele koppels. Er bestaat geen instituut van geregistreerd partnerschap. Dit wil zeggen dat ongehuwde heteroseksuele en gelijkslachtige koppels die zich in feitelijke relaties vertoeven, die juridische bescherming genieten onder losse bepalingen binnen het Poolse recht.

De openstelling van het huwelijk voor LGBTQ-koppels blijft buiten politiek debat. De vorige Poolse regeringen hebben meerdere initiatieven genomen voor de invoering van het geregistreerd partnerschap, telkens zonder succes.²¹⁹ Met andere woorden, de Poolse politiek is op de hoogte van feitelijke gelijkslachtige relaties. Daarbij zijn er politieke partijen die de nodige stappen willen zetten in de juiste richting. Met de aanstelling van een meer progressieve regeringsmeerderheid tijdens de volgende regeringsperiode, scheidt dit hoop op gelijkaardige initiatieven met oog op concrete wetswijzigingen.

²¹⁶ Artikel 3, § 2, 1) Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

²¹⁷ Artikelen 1 en 3 Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych; M. JAWORSKA, “Sądy jako organy wymiaru sprawiedliwości w polskim porządku prawnym”, 51-80, https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79127/PDF/03_M_Jaworska_Sady_jako_organy_wymiaru_sprawiedliwosci.pdf, consultatie 23 februari 2023.

²¹⁸ Artikel 184 Poolse GW.

²¹⁹ Er is sprake van vier grote projecten: project van senator Maria Szyszkowska, project van partij *SLD*, projecten van de 2011-2015 regering en het meest recente project van partij *Nowoczesna*. De meeste van deze projecten zijn vervallen door het verloop van de regeringsperiode van de toenmalige regeringen of tegenstemming. Zie meer hierover: Miłosc Nie Wyklucza – Stowarzyszenie, “Związki partnerskie w Polsce i na świecie”, <https://mnw.org.pl/zwiazki-partnerskie/>, consultatie 11 maart 2023.

95. Feitelijke relaties (in Polen: concubinaat) van partners die niet in het huwelijk wensen te treden of niet kunnen treden (LGBTQ-koppels), kennen slechts een beperkte bescherming binnen het Poolse recht. Een deel van de Poolse doctrine wijst erop dat dit materieel- en erfrechtelijk een probleem kan vormen.²²⁰

Toch is een deel van de rechtsleer ervan overtuigd dat noden en belangen van *feitelijke partners* voldaan kunnen worden door de versterking of uitbreiding van bestaande wetsbepalingen. Het Poolse Cassatiehof heeft meermaals geoordeeld dat huwelijksbepalingen echter niet naar analogie mogen worden toegepast op andere relatievormen.²²¹ Deze rechtsleer meent eveneens dat feitelijke partners geen juridische omkadering en bescherming van hun relaties behoeven.²²² Zij kunnen juridische bescherming afdwingen via het contractenrecht, ofwel kiezen om in het huwelijk te treden.²²³ Volgens deze rechtsleer zou dit in lijn zijn met artikel 18 GW.²²⁴ Deze redenering gaat volgens mij niet op, omdat men hierdoor de discussie binnen de doctrine (randnummers 98-105) en het heersende juridisch vacuüm ontkent. Concreet, kan deze vorm van bescherming uitgehold zijn en in onvoldoende waarborgen te voorzien. Het contract lijkt me een te hoge drempel te zijn en een te lage bescherming te bieden om aan de noden en belangen van feitelijke partners tegemoet te komen. Deze partners behoeven een concrete juridische erkenning en bescherming van hun relaties via een wettelijk kader dat in lijn ligt met artikel 8 EVRM.²²⁵ Anderzijds is de Poolse wettelijke regeling discriminatoir op basis van seksuele geaardheid, omdat enkel heteroseksuele koppels de mogelijkheid hebben om hun relatie juridisch erkend en beschermd te zien in de vorm van een huwelijk.

²²⁰ J., PAWLICZAK, “Opinia prawna: na temat potrzeby oraz dopuszczalności instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci (w świetle prawa cywilnego oraz konstytucyjnego)”, *Zeszyty Prawnicze BAS* 2017, nr. 4(56), 9-30.

²²¹ SN 30 januari 1986, III CZP 79/85 (OSNC 1987, nr. 1, poz. 2); SN 16 mei 2000, IV CKN 32/00 (OSNC 2000, nr. 12, poz. 222); SN 06 december 2007, IV CSK 301/07 (OSNC 2009, nr. 2, poz. 29); M. WASIK, “Lack of Recognition of Cross-border Same-sex Relationships in Poland – Legal Aspects from the Perspective of the Free Movement of Persons”, *Studia Europejskie – Studies in European Affairs* 2020, nr. 1/2020, 129-149.

²²² T. SOKOŁOWSKI, “Modern Polish Family Law”, *Pravovedenie* 2021, Vol. 65, nr. 2, 183-204; A. K. BIELINSKI en M. PANNERT, “Podreczniki Prawnicze: Prawo rodzinne”, 2^e uitgave, Warszawa, Wydawnictwo C.H.Beck, 2016, 17-18.

²²³ D. KWITLINKSI, “Związki partnerskie w świetle konstytucyjnej definicji małżeństwa”, *Kortowski Przegląd Prawniczy*, 12-16, <https://wpia.uwm.edu.pl/czasopisma/sites/default/files/uploads/KPP/2015/2/18-22.pdf>, consultatie 13 maart 2023.

²²⁴ M. SZYDŁO, “Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP”, *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30; B. BANASZAK, “Konstytucyjna regulacja małżeństwa a prawo do zawarcia małżeństwa”, 77-82, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/52915/PDF/04_Boguslaw_Banaszak.pdf, consultatie 13 maart 2023; A. K. BIELINSKI en M. PANNERT, “Podreczniki Prawnicze: Prawo rodzinne”, 2^e uitgave, Warszawa, 2016, Wydawnictwo C.H.Beck, 17-18.

²²⁵ Rzecznik Praw Obywatelskich, “Nieuregulowanie związków jedнопłciowych w Polsce narusza ochronę prawa do życia prywatnego. Stanowisko RPO dla ETPC”, 27 oktober 2020, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpou-nieuregulowanie-zwiazkow-jednopłciowych-narusza-prawo-do-zycia-prywatnego>, consultatie 6 maart 2023.

96. Net zoals binnen het Belgische rechtssysteem, neemt de Poolse Grondwet de hoogste rang aan binnen het Poolse rechtsstelsel. Hieruit volgt dat elke wet en elk besluit hiermee in overeenstemming moet zijn. In de discussie over de toelaatbaarheid van het homohuwelijk en het instituut van het geregistreerd partnerschap, is artikel 18 GW een vermeldenswaardige bepaling. Dit artikel luidt als volgt: “*Het huwelijk als relatie tussen vrouw en man, het gezin, de zwangerschap en het ouderschap vallen onder de bescherming en zorg van de Poolse Republiek*” (eigen letterlijke vertaling).²²⁶ De bepalingen van het Poolse familierecht en IPR in dit verband moet men bijgevolg lezen en interpreteren in het licht van deze bepaling.²²⁷ Meer nog, artikel 18 GW beïnvloedt de praktische toepassing van familierechtelijke en IPR-bepalingen.²²⁸

Binnen de Poolse doctrine woedt hevige discussie over de betekenis van dit artikel.²²⁹ De rechtsleer is zo verdeeld, dat elke strekking elk mogelijk argument gebruikt om zijn slag binnen te halen. Wellicht bestaat er algemene consensus over het feit dat artikel 18 GW een programmatorische bepaling is, die verplichtingen schept voor de Poolse staat en niet kan worden ingeroepen door onderdanen. Uiteenlopende discussies bestaan echter over het woordgebruik (onder andere het begrip “gezin”²³⁰) en de verwevenheid tussen de gebruikte woorden. Verder is er discussie over de normatieve kracht van artikel 18 GW en de vraag of deze bepaling een juridische definitie bevat. Deze discussies zijn niet onbelangrijk, omdat zij het toepassingsgebied en de reikwijdte van de bescherming van de Poolse staat jegens haar onderdanen zullen bepalen. Naar stand van huidig recht geeft de meerderheidsvisie binnen de Poolse doctrine een invulling aan dit artikel. In het kader van mijn masterproef focus ik vooral op de zinsnede van *het huwelijk als een relatie tussen vrouw en man* en sta ik stil bij de hamvraag of dit artikel de invoering van het homohuwelijk en alternatieve relatievormen onmogelijk maakt.

97. Met betrekking tot artikel 18 GW, is er enerzijds rechtsleer (randnummers 99, 103-104) die kijkt naar de verwevenheid tussen de gebruikte woorden. Zij stellen dat het huwelijk gericht is op procreatie. Doordat de Poolse wetgever maximale bescherming en zorg moet dragen voor het heteroseksuele huwelijk, is er volgens hen geen plaats voor andere relatievormen. Dit zou immers het opgezet systeem

²²⁶ Artikel 18 Poolse GW.

²²⁷ J. JAGODA, “Odmowa dokonania transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego z powodu sprzeczności z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego”, *Białostockie Studia Prawnicze* 2022, Vol. 27, nr 3, 141-157; M. SZYDŁO, “Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP”, *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30; K. GROMEK, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa, CH BECK, 2018, 6; A. K. BIELIŃSKI en M. PANNERT, *Podreczniki Prawnicze: Prawo rodzinne*, 2^e uitgave, Warszawa, Wydawnictwo C.H.Beck, 2016, 17-18.

²²⁸ TK 11 mei 2011, SK 11/09, OTK-A 2011, nr. 4 poz. 32.

²²⁹ B. GRABOWSKA-MOROZ en A. WOJCIK, “Reframing LGBT rights advocacy in the context of the rule of law backsliding. The case of Poland”, *Intersections. EEKSP*, 7(4), 85-103 met verwijzing naar LETOWSKA & WOLEŃSKI, 2013; SZYDŁO, 2017.

²³⁰ Deze interpretatie zal belangrijk zijn om uit te maken wat het toepassingsgebied van dit artikel is. Meer hierover: D. KWITLIŃSKI, “Związki partnerskie w świetle konstytucyjnej definicji małżeństwa”, *Kortowski Przegląd Prawniczy*, 12-16, <https://wpia.uwm.edu.pl/czasopisma/sites/default/files/uploads/KPP/2015/2/18-22.pdf>, consultatie 13 maart 2023.

bedreigen en afzwakken. Het ontbreken van andere relatievormen is naar dit inzicht dus geen juridische lacune.²³¹ Andere doctrine (randnummers 100 en 105) bekijkt de begrippen los van elkaar en definieert het gezinsbegrip ruim, waardoor andere relatievormen wel mogelijk worden. Deze twee strekkingen krijgen een specifieke invulling naargelang het gaat over de discussie over het huwelijksinstituut dan wel het instituut van geregistreerd partnerschap. Mijn onderzoek leidt tot de volgende vaststellingen.

2. Het huwelijksinstituut

98. Het huwelijksinstituut is in Polen voorbehouden voor heteroseksuele koppels. Dit hangt samen met de opvattingen van de conservatief-katholieke Poolse bevolking. Het Poolse recht bevat twee expliciete verwijzingen naar het huwelijk:

- Artikel 18 GW stelt dat het huwelijk een relatie tussen vrouw en man is.²³² Er bestaat discussie of dit al dan niet een juridische definitie bevat.²³³ Het is wel zeker dat hieruit constitutieve kenmerken voor de huwelijksluiting voortvloeien (onder meer de bevestiging van het heteroseksuele karakter van het huwelijk).
- Artikel 1 Poolse Familiewet vermeldt uitdrukkelijk de man en de vrouw als constitutieve voorwaarde om in het huwelijk te treden.²³⁴ Dit is een uitdrukking van het bovenstaande principe. Ook hier bestaat er discussie of dit een juridische definitie van het huwelijk is.²³⁵

Bijgevolg, vermelden de akten van de burgerlijke stand rubrieken voor de *man* en *vrouw* als huwelijkspartijen. Uit dit geheel van regels kan men dus vaststellen dat het huwelijk een relatie tussen man en vrouw is.²³⁶ Op basis hiervan zou men kunnen besluiten dat het homohuwelijk grondwettelijk gezien ontoelaatbaar is. Er woedt echter hevige discussie binnen de Poolse doctrine.

99. Enerzijds is er doctrine die stelt dat de Poolse Grondwet strikt geïnterpreteerd moet worden²³⁷ Deze rechtsleer interpreteert het begrip “gezin” daarom ook strikt. Dit begrip zou enkel de gehuwde

²³¹ B. BANASZAK, “Konstytucyjna regulacja malzenstwa a prawo do zawarcia malzenstwa”, 77-82, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/52915/PDF/04_Boguslaw_Banaszak.pdf, consultatie 13 maart 2023; ook: SN 6 december 2007, IV CSK 301/07.

²³² Meer: W.J. KOSIOR en J.M. LUKASIEWICZ, *Family Law in Poland*, Rzeszow, Legal Publishing House, 2018, 126 p., <https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/16062/FAMILY%20LAW%20-%20BOOK.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.

²³³ J. KOZYRA, “Konstytucyjny model malzenstwa (art. 18 Konstytucji RP)”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2015, nr. 24, 17-26.

²³⁴ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 1964 nr 9 poz. 59.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ A. K. BIELINSKI en M. PANNERT, “Podreczniki Prawnicze: Prawo rodzinne”, 2^e uitgave, Warszawa, Wydawnictwo C.H.Beck, 2016, 17-18; meer hierover: E. LETOWSKA en J. WOLENSKI, “Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.”, *PIP* 2013, nr. 6, 15-40.

²³⁷ A. GRABARCZYK, “Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego malzenstwa jednopłciowego – uwagi na tle orzecznictwa ETPC w Strasburgu”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2019, Vol. XXII, nr. 40, 27-40; M. WASIK, “Lack of Recognition of Cross-border Same-sex Relationships in Poland – Legal Aspects from the Perspective of the Free Movement of Persons”, *Studia Europejskie – Studies in European Affairs* 2020, nr. 1/2020, 129-149.

man en vrouw omvatten samen met hun eventuele kinderen. Zij wijzen op de verwevenheid van het woordgebruik, dat gericht zou zijn op het in stand houden van het huwelijk met het oog op procreatie en generationele continuïteit.²³⁸ WOSZCZYK haalt hiertegen terechte argumenten aan.²³⁹ Deze visie op het huwelijk is immers te traditioneel om nog stand te houden binnen de huidige maatschappij, waarin het huwelijk een nieuwe betekenis heeft verworven. Bovendien kunnen niet alle heteroseksuele koppels procreatie nastreven.

De inschrijving van het huwelijk als een relatie tussen man en vrouw was tijdens de laatste grondwetswijziging bedoeld om de heteronormativiteit van het huwelijk te bevestigen en wetgeving over het homohuwelijk te verhinderen.²⁴⁰ De *ratio legis* van artikel 18 GW zou gelijkslachtige huwelijken dus uitsluiten, maar dit valt niet te verantwoorden in het licht van mensenrechten en maatschappelijke wijzigingen, aldus doctrine in tegengestelde zin.²⁴¹

Deze eerste strekking die gekant is tegen het homohuwelijk geeft primauteit aan de Poolse Grondwet boven supranationaal recht.²⁴² Dit is volgens SZYDLO geen goed signaal van de Poolse wetgever naar de bevolking toe.²⁴³ Verder beroept deze doctrine zich op de rechtspraak van het EHRM onder artikel 12 EVRM (recht om te huwen) om te stellen dat een *overschrijving* van een buitenlands homohuwelijk onmogelijk is.²⁴⁴ Ik betwijfel of dit correct is, omdat de rechtspraak onder artikel 12 EVRM inhoudelijk

²³⁸ Onder meer: M. SZYDLO, "Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP", *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30.

²³⁹ N. WOSZCZYK, "Konstytucja a małżeństwo: stadium komparatystyczne na przykładzie Polski i Hiszpanii", *Studia Iuridica LXXVI*, 400-416; A. MACZYNSKI, "Prawo do zawarcia małżeństwa w świetle Konstytucji RP" in K. MOTYKA (red.), *Prawo do małżeństwa na progu XXI w.*, Lublin, KUL, 2016, 177 p.; B. BANASZKIEWICZ, "Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP", *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2013, nr. 3, 3.

²⁴⁰ J. KOZYRA, "Konstytucyjny model małżeństwa (art. 18 Konstytucji RP)", *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2015, nr. 24, 17-26; L. GARLICKI en M. ZUBIK, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.*, Vol. I, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2016, 1008 p.; TK 9 november 2010, SK 10/08, OTK-A 2010, nr. 9, poz. 99; M. SZYDLO, "Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP", *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30.

²⁴¹ R. PIOTROWSKI, "Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich", *Przegląd Sejmowy* 2012 (Warschau: Wydawnictwo Sejmowe), nr. 4(111), 182-194; D. DUDEK, "Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich", *Przegląd Sejmowy* 2012 (Warschau: Wydawnictwo Sejmowe), nr. 4(111), 167-181; E. LETOWSKA en J. WOLENSKI, "Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.", *PIP* 2013, nr. 6, 22 en 29; I. KLENIEWSKA, "Zarejestrowane związki partnerskie i małżeństwa osób tej samej płci za granicą a prawo polskie", 2008, 32 p., <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/zwi%C4%85zki-partnerskie-IWS-I-Kleniewska.pdf>, consultatie 12 maart 2023.

²⁴² Deze primauteit werd bevestigd in TK 18 mei 2005, K 16/04, OTK-A 2005, nr. 5, poz. 51, LEX nr. 155506.

²⁴³ M. SZYDLO, "Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP", *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30 en de aldaar aangehaalde rechtsleer.

²⁴⁴ A. GRABARCZYK, "Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego małżeństwa jednopłciowego – uwagi na tle orzecznictwa ETPC w Strasburgu", *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2019, Vol. XXII, nr. 40, 27-40 maakt hier vermelding van.

verschilt. De doctrine verwijst eveneens naar rechtspraak van het Poolse Cassatiehof, Administratieve Cassatiehof en Grondwettelijk Hof, die stelt dat de heteronormatieve *definitie* van het huwelijk in de Grondwet het huwelijk tussen gelijkslachtige koppels verbiedt.²⁴⁵

100. Andere doctrine interpreteert de Poolse Grondwet eerder ruim in het licht van de rechtspraak van het EHRM. Zij interpreteren het begrip “gezin” ruim en zien het woordgebruik eerder los van elkaar.²⁴⁶ De Poolse Ombudsdienst (Pools: *Rzecznik Praw Obywatelskich*), die geaccrediteerd is als het Pools Nationaal Instituut voor Mensenrechten, staat deze doctrine bij. Deze instantie heeft uitdrukkelijk erkend dat de Poolse Grondwet de regulering van homorelaties in eender welke vorm niet in de weg staat.²⁴⁷ Deze doctrine beroept zich ook op het feit dat de artikelen 18 en 47 Poolse GW²⁴⁸ het recht op juridische bescherming van privé- en familielevens aan iedereen voorbehouden, terwijl de vorige strekking dit beperkte tot heteroseksuele echtgenoten met kinderen. Deze doctrine beschouwt de regulering van homoseksuele relaties als een realisatie van de grondwetsbepalingen in plaats van een strijdigheid hiermee. Verder gebruiken zij ook argumenten van stijgende steun binnen de Poolse bevolking voor toekenning van rechten aan LGBTQ-partners, ondanks kerkelijke en politieke contrabewegingen. Dit laatste bekijk ik als een vorm van dynamische interpretatie, waarbij auteurs de Grondwet interpreteren in het licht van de maatschappelijke wijzigingen. LETOWSKA en WOLENSKI wijzen er terecht op dat het huwelijk een evolutief instituut is, waarvan de constitutieve voorwaarden met tijd gewijzigd en geëvolueerd zijn.²⁴⁹ Ook het zelfbeschikkingsrecht pleit voor een interpretatie *pro* gelijkslachtige huwelijken en civiele unies.²⁵⁰

²⁴⁵ Bv. TK 1 juli 2021, sygn. akt SK 4/19; SN 6 december 2013, sygn. akt I CSK 146/13; NSA 25 februari 2020, zaaknr. II OSK 1059/18.

²⁴⁶ Onder meer: R. PIOTROWSKI, “Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich”, *Przegląd Sejmowy* 2012 (Warschau: Wydawnictwo Sejmowe), nr. 4(111), 182–194; D. DUDEK, “Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich”, *Przegląd Sejmowy* 2012 (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe), nr. 4(111), 167-181; E. LETOWSKA en J. WOLENSKI, “Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.”, *PIP* 2013, nr. 6, 22 en 29; I. KLENIEWSKA, “Zarejestrowane związki partnerskie i malzenstwa osób tej samej płci za granicą a prawo polskie”, 2008, 32 p., <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/zwi%C4%85zki-partnerskie-IWS-I-Kleniewska.pdf>, consultatie 12 maart 2023.

²⁴⁷ Rzecznik Praw Obywatelskich, “Nieuregulowanie związków jedнопłciowych w Polsce narusza ochronę prawa do życia prywatnego. Stanowisko RPO dla ETPC”, 27 oktober 2020, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-nieuregulowanie-zwiazkow-jednopłciowych-narusza-prawo-do-zycia-prywatnego>, consultatie 6 maart 2023.

²⁴⁸ Artikel 47 Poolse GW: “*Ieder heeft recht op bescherming van zijn privacy, zijn gezinsleven en zijn eer en goede naam, alsmede op de beschikking over zijn persoonlijk leven*” (eigen vrije vertaling).

²⁴⁹ E. LETOWSKA en J. WOLENSKI, “Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.”, *Państwo i Prawo* 2013, nr. 6, 15-40.

²⁵⁰ N. WOSZCZYK, “Konstytucja a malzenstwo: stadium komparatystyczne na przykladzie Polski i Hiszpanii”, *Studia Iuridica LXXVI*, 400-416.

101. Tot slot gaat de eerste strekking ervan uit dat het homohuwelijk enkel ingevoerd kan worden na een grondwetswijziging of democratisch referendum. De tweede strekking daarentegen is van mening dat dit ook kan door loutere wetsinvoering, zonder een grondwetswijziging.²⁵¹

3. Het geregistreerd partnerschap

102. Het instituut van het geregistreerd partnerschap bestaat juridisch gezien niet binnen het Poolse recht, noch voor heteroseksuele koppels noch voor gelijkslachtige koppels. Dit wil zeggen dat koppels die niet voor het huwelijk opteren, zich in feitelijke relaties bevinden (randnummer 95). Binnen de doctrine zijn drie strekkingen te onderscheiden wat betreft de visie op de toelaatbaarheid van het geregistreerd partnerschap in het licht van artikel 18 GW.²⁵²

103. Ten eerste, stelt de meerderheidsdoctrine dat artikel 18 GW niet enkel het homohuwelijk verbiedt, maar ook het invoeren van het instituut van geregistreerd partnerschap in het algemeen.²⁵³ Dit is een strikte interpretatie van de bewoording van artikel 18 GW, dat een uiting is van de preferentiële behandeling van het huwelijksinstituut door de wetgever. Deze doctrine beroept zich op specifieke (ook: speciale) kenmerken van het huwelijksinstituut die de invoering van andere relatievormen onmogelijk maken.²⁵⁴ Deze rechtsleer benadrukt de bescherming van het traditionele gezin tussen man en vrouw als argument om te vermijden dat de wetgever andere instituten zou invoeren.²⁵⁵ Zij gaan uit van de exclusiviteit van het huwelijksinstituut als enige mogelijkheid voor de omkadering van de relatie tussen man en vrouw. Andere instituten die de positie van het huwelijksinstituut in het gedrang zouden brengen, zijn verboden *ex* artikel 18 GW.²⁵⁶ Dit sluit andere samenlevingsvormen uit als onnodig volgens deze

²⁵¹ M. SZYDŁO, “Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP”, *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ B. BANASZKIEWICZ, “Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP”, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2013, nr. 3, 591 e.v.; B. BANASZKIEWICZ, “Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych”, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2004, nr. 2, 382-386; D. DUDEK, “Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich”, *Przegląd Sejmowy* 2012, nr. 4, 178-181; M. WASIK, “Lack of Recognition of Cross-border Same-sex Relationships in Poland – Legal Aspects from the Perspective of the Free Movement of Persons”, *Studia Europejskie – Studies in European Affairs* 2020, nr. 1/2020, 129-149; M. PILICH, “Związki quasi-małżeńskie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym”, *Państwo i Prawo* 2011, nr. 2, 87; S. HYPIS, “Uwagi do projektu ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich, „Prawo – Administracja – Kościół””, 2004, nr. 1-2, 64-65; Z. STRUS, “Znaczenie artykułu 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, *Palestra* 2014, nr. 9, 243 e.v.

²⁵⁴ M. SZYDŁO, “Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP”, *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30.

²⁵⁵ B. BANASZKIEWICZ, “Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych”, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2004, nr. 2, 382-386; S. HYPIS, “Uwagi do projektu ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich”, *Prawo – Administracja – Kościół* 2004, nr. 1-2(16-17), 64-65; Z. STRUS, “Znaczenie artykułu 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, *Palestra* 2014, nr. 9, 243-247.

²⁵⁶ M. SZYDŁO, “Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP”, *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30 en de aldaar aangehaalde rechtsleer.

rechtsleer.²⁵⁷ Doctrine in tegengestelde zin stelt als kritiek dat het Poolse recht op bescherming van privé- en gezinsleven in artikel 18 GW hierdoor niet op iedereen toepasbaar is. Heel veel feitelijke gezinnen vallen daarom buiten het bootje van het Poolse gezin met gehuwde heteroseksuele ouders en kinderen.²⁵⁸ De onzekerheid over de notie “gezin” kan leiden tot de ontzegging van bescherming aan bepaalde personen, klinkt het in deze tegengestelde strekking.²⁵⁹

104. Ten tweede, stelt een andere strekking binnen de Poolse doctrine dan weer dat het invoeren van het geregistreerd partnerschap wél mogelijk is. Dit instituut zal zich echter wel volledig moeten onderscheiden van het huwelijk.²⁶⁰ Binnen deze strekking rijst dan de discussie of het geregistreerd partnerschap uitgebreid kan worden naar gelijkslachtige koppels. De zinsnede *relatie tussen vrouw en man* (artikel 18 GW) suggereert immers volgens bepaalde auteurs dat dit onmogelijk zou zijn. Hierbij rijzen dezelfde argumenten als bij het verbod tot openstelling van huwelijk voor gelijkslachtige koppels (randnummer 99). Impliciet concludeer ik uit deze suggestie dat het geregistreerd partnerschap enkel mogelijk zou zijn voor heteroseksuele koppels. In het licht van het grondwettelijk en universeel discriminatieverbod lijkt enigszins problematisch aangezien dit *de facto* zou neerkomen op een verbod van invoering van wettelijke omkadering van gelijkslachtige relaties.

105. Tot slot, is er doctrine die stelt dat artikel 18 GW geen hindernis vormt om een instituut van geregistreerd partnerschap in te voeren, noch algemeen²⁶¹, noch specifiek voor gelijkslachtige partners²⁶². Wat de Grondwet niet verbiedt, is toegelaten – klinkt het binnen deze strekking van de Poolse

²⁵⁷ J. KOZYRA, “Konstytucyjny model małżeństwa (art. 18 Konstytucji RP)”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2015, nr. 24, 17-26.

²⁵⁸ N. WOSZCZYK, “Konstytucja a małżeństwo: stadium komparatystyczne na przykładzie Polski i Hiszpanii”, *Studia Iuridica LXXVI*, 400-416.

²⁵⁹ K. STERNA ZIELINSKA, “Zakres semantyczny pojęcia „rodzina” w prawie polskim”, *Krytyka Prawa* 2016, Vol. 8, nr. 1/2016, 99–117.

²⁶⁰ A. MACZYŃSKI, “Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych” in M. ANDRZEJEWSKI, *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń, Dom Organizatora, 2013, 94; B. BANASZAK, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa, 2012, 148; M. NAZAR, “Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.”, *Rejent* 1997, nr. 5, 109.

²⁶¹ N. WOSZCZYK, “Konstytucja a małżeństwo: stadium komparatystyczne na przykładzie Polski i Hiszpanii”, *Studia Iuridica LXXVI*, 400-416; J. KOZYRA, “Konstytucyjny model małżeństwa (art. 18 Konstytucji RP)”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2015, nr. 24, 17-26; J. JAGODA, “Odmowa dokonania transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego z powodu sprzeczności z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego”, *Białostockie Studia Prawnicze* 2022, Vol. 27, nr. 3, 141-157.

²⁶² Onder meer: R. PIOTROWSKI, “Wykładnia Konstytucji a zagadnienie ustawowej regulacji związków partnerskich” in T GIARO, *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, Warszawa, CH BECK, 2012, 236; M. WYRZYKOWSKI, “Publiczne a prywatne w wykładni konstytucyjnej na przykładzie art. 18 Konstytucji RP” in T. GIARO, *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, Warszawa, CH BECK, 2012, 215; E. LĘTOWSKA en J. WOLEŃSKI, “Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.”, *PiP* 2013, nr. 6/2013, 15–40; D. KWITLINKSI, “Związki partnerskie w świetle konstytucyjnej definicji małżeństwa”, *Kortowski Przegląd Prawniczy*, 12-16, <https://wpia.uwm.edu.pl/czasopisma/sites/default/files/uploads/KPP/2015/2/18-22.pdf>, consultatie 13 maart 2023.

rechtsleer.²⁶³ Alternatieve relatievormen zijn niet verboden. Ook al zou dit gelijkend zijn op het heterohuwelijk, toch zou dit instituut kunnen bestaan zonder te concurreren met het huwelijksinstituut of te raken aan artikel 18 GW. Auteur SZYDLO brengt hiertegen onterechte argumenten aan, onder andere dat de invoering van het geregistreerd partnerschap een vorm van verboden discriminatie zou zijn in vergelijking met het huwelijk.²⁶⁴ Volgens BORYSIK daarentegen zou dit gewoon complementair zijn aan het huwelijksinstituut voor heteroseksuelen.²⁶⁵ Er bestaan immers geen normatieve gronden die een verbod zouden kunnen rechtvaardigen. Voor regulering van gelijkslachtige relaties is geen grondwettelijke bepaling of vermelding vereist volgens sommige auteurs.²⁶⁶ Bovendien houdt deze bepaling de bescherming van het gezin in – ook van gezinnen zonder huwelijksbanden of kinderen. LETOWSKA en WOLENSKI menen dat de bescherming van artikel 18 ook geldt voor andere relatievormen dan het heteroseksueel huwelijk.²⁶⁷ Het heterohuwelijk is dus niet de exclusieve relatievorm die bescherming geniet van de Poolse GW. Deze argumentatie wordt ondersteund door argumenten van menselijke waardigheid en universele mensenrechten, waaronder het non-discriminatiebeginsel (artikel 32 GW)²⁶⁸, het hoger belang van het kind (zie artt. 71-72 GW)²⁶⁹ en recht op bescherming van het privéleven (artikel 47 GW).²⁷⁰ Andere auteurs stellen onterecht dat deze bescherming niet zo ver rijkt.²⁷¹

Deze strekking onderkent verder ook de rechtspraak van het EU Hof van Justitie en EHRM. Artikel 8 EVRM omvat gelijkslachtige relaties en vereist juridische erkenning en bescherming van hun relatie. Gebrek hieraan is problematisch binnen de Poolse context, maar hiervoor verwijs ik naar DEEL IV. De invoering van het geregistreerd partnerschap zou volgens deze doctrine wel duidelijk moeten verschillen van het huwelijk in rechten, verplichtingen en waarborgen.²⁷²

²⁶³ E. LETOWSKA en J. WOLENSKI, “Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.”, *Państwo i Prawo* 2013, nr. 6, 22 en 29; M. STEBELSKI, “Jeszcze na temat art. 18 Konstytucji RP. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego”, *Zeszyty Prawnicze* 2021, nr. 21.1/2021, 111-130.

²⁶⁴ M. SZYDLO, “Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP”, *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30.

²⁶⁵ W. BORYSIK, “Art. 18” in M. SAFJAN en L. BOSEK (red.), *Konstytucja...*, Warszawa, CH BECK, 2016, 484.

²⁶⁶ J. PAWLICZAK, “Opinia prawna: na temat potrzeby oraz dopuszczalności instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci (w świetle prawa cywilnego oraz konstytucyjnego)”, 16 met verwijzing naar R. PIOTROWSKI, *Wykładnia Konstytucji...*, 246-250; M. WYRZYKOWSKI, *Publiczne...*, 231; B. BANASZKIEWICZ, *Małżeństwo...*, 611-612; D. DUDEK, *Opinia w sprawie...*, 178-181; ook: E. LETOWSKA en J. WOLENSKI, “Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.”, *Państwo i Prawo* 2013, nr. 6, 15-40.

²⁶⁷ E. LETOWSKA en J. WOLENSKI, “Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.”, *Państwo i Prawo* 2013, nr. 6, 22 en 29.

²⁶⁸ Artikel 32 Poolse GW: “1. Allen zijn voor het recht gelijk. Allen hebben recht op gelijke behandeling door publieke overheden. 2. Niemand mag om welke reden dan ook gediscrimineerd worden in het politieke, maatschappelijke of economische leven”.

²⁶⁹ Inhoud artikelen 71-72 Poolse GW: https://www.rechtersvoorrechters.nl/media/polen/Constitutie_RP.pdf.

²⁷⁰ E. LETOWSKA en J. WOLENSKI, “Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.”, *Państwo i Prawo* 2013, nr. 6, 22 en 29.

²⁷¹ L. GARLICKI, “Komentarz do art. 71” in L. GARLICKI en M. ZUBIK, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.*, Vol. I, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2016, 3.

²⁷² M. NAZAR, “Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.”, *Rejent* 1997, nr. 5, 109.

HOOFDSTUK 2. Pools internationaal privaatrecht: erkenning van buitenlandse homohuwelijken

106. Het constitutioneel recht en familierecht hebben een invloed op de erkenning van buitenlandse homohuwelijken binnen het IPR. Deze rechtstak moet dan ook in het licht van het voorafgaande worden geïnterpreteerd.

107. In het buitenland aangegane rechtsfeiten moeten eerst erkend worden door het Poolse recht om doorgang en erkenning te kunnen genieten binnen het Poolse rechtssysteem. Deze rechtsfeiten worden dan overgeschreven in akten of registers. Deze materie wordt geregeld door het IPR, luik erkenning. Het Poolse IPR is versnipperd over verschillende wetten en rechtstakken binnen het Poolse recht. In België wordt hiervoor het Wetboek Internationaal Privaatrecht gehanteerd. In Polen zijn het Wetboek IPR (Pools: *Kodeks prawa międzynarodowego prywatnego*; hierna: “WIPR”), Wet inzake het recht over de akten van de burgerlijke stand (Pools: *ustawa Prawo o aktach stanu cywilnego*; hierna: “WABS”) en het Gerechtelijk Wetboek (Pools: *Kodeks postępowania prawa cywilnego*) van toepassing. In wat volgt zal ik een korte schets geven van hoe een erkenning en overschrijving geschiedt binnen het Poolse recht en op welke wettelijke basis buitenlandse homohuwelijken al dan niet doorgang kunnen vinden.

108. De artikelen 104 e.v. WABS schrijven de procedure van *overschrijving* voor. Dit is een overdracht van de inhoud van de buitenlandse akte in de Poolse registers van de burgerlijke stand. Dit moet een akte van de burgerlijke stand zijn met kracht van een overheidsdocument. Zo hoort het document uitgegeven zijn door het juiste orgaan en de Poolse ambtenaar van de burgerlijke stand mag geen twijfels hebben over de echtheid ervan.²⁷³ De erkenning en overschrijving hebben tot gevolg dat een Poolse akte van de burgerlijke stand wordt opgemaakt, die ervoor zorgt dat het buitenlands huwelijk gelijk gesteld wordt met een Pools huwelijk.²⁷⁴ Vanaf overschrijving heeft de overgeschreven akte dezelfde bewijswaarde/kracht als een Poolse akte.²⁷⁵ Bovendien *moet* een overschrijving worden erkend indien een Pools onderdaan hiernaar vraagt, tenzij zich een weigeringsgrond voordoet bij de beoordeling van de akte door de ambtenaar van de burgerlijke stand.²⁷⁶

109. Artikel 107 WABS bevat een aantal weigeringsgronden die de overschrijving van een buitenlands document verhinderen. Dit gebeurt in de vorm van een administratieve weigeringsbeslissing genomen door een daartoe bevoegd administratief orgaan. Een weigering gebeurt in één van de drie volgende gevallen:

²⁷³ A. GRABARCZYK, “Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego małżeństwa jednopłciowego – uwagi na tle orzecznictwa ETPC w Strasburgu”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2019, Vol. XXII, nr. 40, 27-40.

²⁷⁴ SN 3 juni 2011, sygn. akt III CSK 259/10.

²⁷⁵ Artikel 3 Wet inzake het recht over de akten van de burgerlijke stand.

²⁷⁶ Artikelen 104-105 Wet inzake het recht over de akten van de burgerlijke stand.

- Het voorhanden document is geen akte of overheidsdocument, werd niet uitgegeven door het daartoe bevoegde orgaan, is niet authentiek of gaat over een ander feit dan waarvoor het werd uitgegeven;
- Het document is ontstaan als gevolg van overschrijving in een staat andere dan de uitgiftestaat;
- Overschrijving gaat in tegen de fundamentele principes van het Poolse rechtssysteem. Dit is de openbare orde-clausule die wanorde binnen het Poolse rechtssysteem wenst te voorkomen.²⁷⁷

De overschrijving van het homohuwelijk valt ongetwijfeld onder het derde geval. Een buitenlands geregistreerd partnerschap kan ook niet worden overgeschreven, omdat het Poolse recht het instituut van geregistreerd partnerschap niet kent.²⁷⁸ Deze vaststelling maakt het voor mij duidelijk dat het IPR (luik erkenning) sterk is verweven met andere rechtstakken en de instituten die daarbinnen bestaan.

110. Voor de erkenning van een buitenlands huwelijk wordt de geldigheid van de huwelijksluiting in hoofde van beide echtgenoten apart bekeken. Artikel 48 Pools WIPR schrijft het recht van de nationaliteit op het ogenblik van de huwelijksluiting voor als aanknopingspunt. Dit moet echter samengelezen worden met artikel 7 Pools WIPR, dat de toepassing van buitenlands recht uitsluit indien dit ingaat tegen fundamentele principes van de Poolse openbare orde.²⁷⁹ Dit artikel maakt de erkenning van een buitenlands *homohuwelijk* onmogelijk indien men dit samen leest met de uiteenzetting onder Afdeling 2, B.

Verder, vermelden Poolse akten van de burgerlijke stand (huwelijk) twee plaatsen om echtgenoten in te schrijven, één voor de man, de andere voor de vrouw. Bij overschrijving, moet het in het buitenland aangegane huwelijk dus passen binnen hetgeen mogelijk is in het Poolse rechtssysteem.

HOOFDSTUK 3. Poolse administratieve rechtspraak inzake buitenlandse homohuwelijken

Afdeling 1. Inleiding

111. Hoofdstuk 1 en 2 vormden een analyse van het Poolse recht – *the law in books*. Naast het regelgevend kader, is het belangrijk om de Poolse rechtspraak – *the law in action* – onder de loep te nemen om een totaalbeeld te geven van het Poolse IPR-kader. Hierna volgt een analyse van rechterlijke beslissingen van administratieve gerechten. Weigeringsbeslissingen van administratieve organen op

²⁷⁷ J. JAGODA, “Odmowa dokonania transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego z powodu sprzeczności z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego”, *Białostockie Studia Prawnicze* 2022, vol. 27, nr. 3, 141-157.

²⁷⁸ A. GRABARCZYK, “Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego małżeństwa jednopłciowego – uwagi na tle orzecznictwa ETPC w Strasburgu”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2019, Vol. XXII, nr. 40, 27-40.

²⁷⁹ J. WIERCINSKI en J. KOSINSKA-WIERCINSKA, “Family law in Poland: overview”, *Thomson Reuters: Practical Law* 2020, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-2579?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a815221](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-2579?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a815221), consultatie 6 maart 2023.

lokaal niveau worden niet gepubliceerd, deze komen dus niet aan bod. Wel zal ik beroepsbeslissingen bij regionale administratieve rechtbanken (WSA) bespreken, samen met eventuele cassatie-uitspraken van het Administratief Cassatiehof (NSA). De bedoeling is om een overzicht van redeneringen en conclusies van deze gerechten weer te geven. Tegelijk zal ik bespreken hoe dit past binnen de Poolse doctrine. De uitspraken zullen bewust in chronologische volgorde worden behandeld, om eventuele evoluties in redeneringen te belichten. Ik wil er ook op wijzen dat de besproken uitspraken hoogstwaarschijnlijk slechts een fractie zijn van de weigeringsgevallen. Desondanks vormen zij wel een representatief beeld van de Poolse context. Voor mijn analyse heb ik enkel uitspraken gekozen die dateren van na het arrest *Orlandi en Coman* (DEEL II), omdat vanaf dan de verplichting is ontstaan om buitenlandse homohuwelijken onder voorwaarden minstens als een geregistreerd partnerschap te erkennen.

112. Het is opmerkelijk dat de oudste uitspraak dateert van 2016. Dit is rond de periode waarin de huidige conservatief-rechtse regering aan de macht is gekomen samen met de huidige Poolse president Andrzej Duda. Daarnaast is het mij opgevallen dat het merendeel van arresten afkomstig is van de grootstad Warschau. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat Warschau een progressiever metropool is voor LGBTQ-personen.

Afdeling 2. Analyse van de rechtspraak

1. Algemeen

113. De uitspraken van WSA's volgen een specifieke opbouw. Eerst schetsen ze de weigeringsbeslissing en de motivering van het administratief orgaan. Daarna volgt een bespreking van het intern beroep hiertegen. Ik zal dit buiten schot laten in mijn analyse van uitspraken van WSA's. De motivering van deze administratieve organen op lokaal niveau komt enerzijds neer op de bevindingen binnen het Poolse recht (DEEL III, HOOFDSTUK 1 en 2). Anderzijds komen de overwegingen van deze weigeringsbeslissing en motivering naar voor in de uitspraken van WSA's en NSA zelf. Daarom heb ik beslist om mij enkel te focussen op uitspraken van deze twee laatste. Vervolgens komen de argumenten van de partijen aan bod, waarop de WSA in het motiverend gedeelte een antwoord geeft. De cassatie-uitspraken van de NSA hebben een gelijkaardige structuur.

114. De erkenning van buitenlandse homohuwelijken wordt geweigerd op grond van artikel 107, lid 3 WABS *juncto* artikelen 104 WABS en 7 WIPR. Deze huwelijken gaan immers in tegen de fundamentele principes van het Poolse rechtssysteem, die deel uitmaken van de openbare orde-exceptie. Artikelen 18 GW en 1 Familiewet geven vorm aan de openbare orde-exceptie en bepalen uitdrukkelijk dat het huwelijk een relatie tussen man en vrouw is.

2. Uitspraken WSA

WSA Warschau 8 januari 2019 (zaaknr. IV SA/Wa 2618/18)

115. Een homoseksueel koppel trad in een homohuwelijk in het buitenland (plaats ongekend). Nadat de Poolse autoriteiten weigerden het buitenlands huwelijk te erkennen, ging het koppel in beroep bij de WSA om de interne weigering aan te vechten.

116. De WSA zet eerst de principes van het Poolse IPR uiteen. De erkenning van een buitenlands homohuwelijk gaat in tegen de Poolse openbare rechtsorde (artikel 7 Pools WIPR). Het homohuwelijk bestaat immers niet naar Pools recht, waardoor de erkenning een buitenlands homohuwelijk zou neerkomen op *wetsomzeiling*. Twee mannen kunnen niet in een Poolse huwelijksakte worden opgenomen, omdat de rubrieken een duidelijk onderscheid maken tussen man en vrouw. Dit volgt uit artikel 18 GW, dat enkel bescherming biedt aan heteroseksuele huwelijken.

De volgende vaststelling van de WSA is toch opmerkelijk. De WSA stelt dat artikel 18 GW *geen* hindernis vormt voor de erkenning van een buitenlands homohuwelijk, indien het Pools recht het aangaan van gelijkslachtige huwelijken toeliet. Artikel 18 GW verbiedt de Poolse wetgever dus niet om andere relatievormen in te voeren. De WSA verduidelijkt dat de wetgever slechts het minimum aan bescherming *ex* artikel 18 GW heeft gerealiseerd. Deze uitspraak volgt mogelijks de minderheidsopvatting binnen de Poolse rechtsleer. Vanuit dit oogpunt, is dit een interessante en belangrijke uitspraak.

Verder staat de WSA stil bij artikel 8 EVRM. De WSA leest dit artikel samen met artikel 12 EVRM. Ik betwist of dit een correcte handelswijze is, omdat de artikelen elkaar niet beïnvloeden en het EHRM zijn rechtspraak onder elk artikel apart ontwikkelt. Uit de analyse van artikel 8 *juncto* 12 EVRM concludeert de WSA dat er enerzijds *geen* verplichting bestaat tot juridische erkenning en bescherming van gelijkslachtige relaties. De Poolse staat moet de arresten van het EHRM hierover (DEEL II, HOOFDSTUK 1) *niet* onderkennen, omdat zij betrekking hadden op een andere specifieke context die niet geëxtrapoleerd kan worden naar de Poolse situatie. Ook dit is volgens mij betwistbaar. Anderzijds stelt de WSA dat artikel 8 EVRM *niet* de verplichting met zich meebrengt om een buitenlands homohuwelijk te erkennen en over te schrijven in de Poolse registers van de burgerlijke stand. De weigering van erkenning is volgens de WSA *geen* inbreuk op het recht op eerbiediging van het privé- en familieleven, omdat een overschrijving in de akten van de burgerlijke stand geen rechten noch verplichting schept. De WSA legt hiermee de uitspraken *Orlandi* en *Coman* naast zich neer, zonder deze laatste in zijn uitspraak te vermelden.

Een volgende interessante vaststelling is dat de WSA vermeldt dat het gelijkslachtig ouderschap wel wordt erkend gelet op het belang van het kind. Volgens de WSA gaat het hier om een ander feitenrelaas dan bij de erkenning van buitenlandse homohuwelijken. Dit leidt de WSA – op grond van een eerder vreemde argumentatie – tot de conclusie dat redeneringen van uitspraken over gelijkslachtig ouderschap niet zomaar veralgemeend kunnen worden naar deze type zaken. In situaties van gelijkslachtig ouderschap wordt slechts één van de ouders ingeschreven en wordt de rubriek voor de gegevens van de andere ouder niet ingevuld. Dit kan men niet doen in huwelijksakten, aangezien deze akten de focus leggen op het bewijs van de relatie tussen beide partners. Voor de erkenning van buitenlandse homohuwelijken is een optreden van de wetgever vereist. De WSA beperkt zijn redenering hiertoe en verwijst verder naar enkele uitspraken van het Administratief Cassatiehof (NSA). Drukt de WSA met deze uitspraak impliciet zijn zorg over en de nood om homohuwelijken in te voeren, uit?

De WSA wijst het verzoek af en bevestigt de weigering van de erkenning.

WSA Warschau 25 januari 2019 (zaaknr. IV SA/Wa 2717/18)

117. FG en BG traden in 2018 in Schotland in het homohuwelijk. Zij wensen dit huwelijk naar Pools recht erkend te zien. De administratieve overheid heeft dit geweigerd en het interne beroep heeft deze beslissing in stand gehouden. Het koppel probeert dit aan te vechten bij de WSA in Warschau.

118. De WSA brengt eerst de IPR-principes in herinnering. De WSA oordeelt dat erkenningen van buitenlandse homohuwelijk geweigerd worden, omdat de gevolgen van deze erkenning strijdig zijn met de Poolse openbare rechtsorde die niet voorziet in het homohuwelijk.

Ook hier bevestigt de WSA dat uitspraken over het gelijkslachtig ouderschap niet geëxtrapoleerd mogen worden naar zaken over de erkenning van buitenlandse homohuwelijken. In deze uitspraken wordt het ouderschap erkend in het belang van het kind, zonder dat dit ingaat tegen de openbare orde. Het belang van het kind primeert in deze uitspraken. Dit is volgens mij opmerkelijk in een land zoals Polen waarin homohuwelijken niet mogelijk zijn noch de mogelijkheid bestaat voor gelijkslachtige koppels om tot adoptie over te gaan. Het meest vreemde aan deze redenering is dat de WSA hier verwijst naar de *Coman*-uitspraak. Hieruit concludeer ik dat administratieve gerechten op de hoogte zijn van dit arrest, maar zich daar enkel op beroepen wanneer het in hun voordeel speelt. Ook hier neemt de WSA dezelfde redenering aan als in zijn vorige uitspraak (randnummers 115-116).²⁸⁰

²⁸⁰ WSA Warschau 8 januari 2019, zaaknr. IV SA/Wa 2618/18.

De WSA verduidelijkt verder de betekenis van artikel 18 GW. Het stelt zich de vraag of dit artikel geïnterpreteerd moet worden in de richting van de ene strekking binnen de doctrine dan wel de andere (randnummers 98-105). De WSA stelt dat artikel 18 GW een heteroseksuele *definitie* van het huwelijk hanteert die de invoering van het homohuwelijk uitsluit. Op grond van artikel 107, lid 3 WABS kunnen erkenningen van homohuwelijken dus worden geweigerd.

Wat de redenering met betrekking tot artikel 8 EVRM betreft, zie randnummers 115-116.²⁸¹

Gelet op artikel 107, lid 3 WABS, een juiste interpretatie en toepassing van het recht door de administratieve overheid, wijst de WSA het verzoek af en bevestigt de weigering van erkenning.

WSA Warschau 18 september 2019 (zaaknr. IV SA/Wa 1638/19)

119. EB en AK traden in een homohuwelijk in het buitenland (plaats ongekend) in 2018. De administratieve overheid weigerde hun huwelijk te erkennen. Het intern beroep bevestigde dit. Zij gingen hiertegen in beroep. De uitspraak van de WSA luidde als volgt.

120. Gelet op de artikelen 107, lid 3 WABS, 18 GW en 1 Familiewet, is de erkenning en overschrijving van homohuwelijken onmogelijk. De WSA oordeelt dat artikel 18 GW een *juridische definitie* van het huwelijk bevat. De bewoording van dit artikel wijst op het vermijden van toekomstige invoering van homohuwelijken, aldus de WSA. Dit zou *enkel* mogelijk zijn na een grondwetswijziging.

Het verplichte karakter van erkenning en overschrijving na verzoek geldt niet indien dit zou ingaan tegen de Poolse openbare orde (artikelen 104, 105 en 107 WABS; artikel 7 Pools WIPR).

De WSA schuift de rechtspraak van het EHRM aan de kant. De WSA vermeldt het *Orlandi*-arrest, maar enkel in die zin dat Polen *niet* verplicht is om het homohuwelijk in te voeren. Dit klopt inderdaad, maar het Hof vergeet te vermelden welke verplichtingen wel uit dit arrest voortvloeien.

De WSA stelt dat de onmogelijkheid voor gelijkslachtige koppels om in het huwelijk te treden geen schending is van het gelijkheidsbeginsel noch het discriminatieverbod. Het stelt vast dat uitspraken over gelijkslachtig ouderschap niet geëxtrapoleerd mogen worden naar zaken over erkenning van buitenlandse homohuwelijken.

De WSA wijst op de media-aandacht die deze zaak genoot om bepaalde zaken te belichten. Ten eerste, genieten LGBTQ-personen wel bescherming van hun familielevens via de artikelen 47 GW, 8 EVRM én via de wettelijke bescherming van feitelijke relaties binnen het Poolse recht. Ik wens in herinnering te

²⁸¹ *Ibid.*

brengen dat losse bepalingen die feitelijke relaties regelen eerder beperkt en nadelig zijn. Het familieleven van LGBTQ-personen is dus eerder illusoir dan een realiteit, zoals voorgesteld door de WSA.

Ten tweede, ziet de WSA ook geen nood om het EU-recht toe te passen, omdat de zaak geen betrekking had op het vrijverkeers- noch verblijfsrecht (artikel 21 lid 1 VWEU). De zaak ging volgens de WSA over een kwestie van de burgerlijke stand. De WSA haalt onterecht het *Coman*-arrest aan om te stellen dat kwesties van de burgerlijke stand en huwelijksbepalingen die hiermee verband houden een materie zijn die tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort en dat het EU-recht zich hier niet over mag uitlaten. De WSA gebruikt het *Coman*-arrest om een onjuiste redenering te staven. De werkelijke verplichtingen die hieruit voortvloeien, worden compleet aan de kant geschoven.

De WSA verwerpt het verzoek als ongegrond en onontvankelijk, waardoor de weigering van erkenning in stand blijft.

WSA Lublin 7 januari 2020 (zaaknr. 445/19)

121. SS en PC traden in het homohuwelijk in het Verenigd Koninkrijk in 2017. Na de weigering van erkenning van hun huwelijk en een mislukt intern beroep, richtten zij zich tot de WSA.

122. De WSA bevestigt dat artikel 18 GW ertoe kan leiden dat een buitenlands homohuwelijk als strijdig met de Poolse openbare orde wordt bevonden. Om die reden kan de erkenning ervan geweigerd worden op grond van artikel 107, lid 3 WABS.

De WSA in Lublin beslist echter anders dan de WSA in Warschau (randnummers 115-116). Het bevestigt dat artikel 18 GW het onmogelijk maakt om een homohuwelijk aan te gaan en in te voeren, gelet op het principe van heteronormativiteit in artikel 1 Poolse Familiewet. Dit is een vreemde argumentatie van de WSA, omdat het insinueert dat artikel 1 Familiewet een invloed heeft op artikel 18 GW en niet omgekeerd. Dit zou afwijken van de Poolse rechtsleer en eerdere administratieve rechtspraak. Volgens de WSA te Lublin is artikel 1 Poolse Familiewet een regel van openbare orde, die de erkenning van een buitenlands homohuwelijk onmogelijk maakt. De WSA verwijst naar een uitspraak van de NSA van 2019 waarin deze laatste heeft gesteld dat deze openbare orde-clausule ingeroepen kan worden tegen het EU-recht.²⁸² Dit is betreurenswaardig, omdat de NSA een vrijgeleide geeft aan administratieve actoren om EU-recht(spraak) naast zich neer te leggen.

Verder veegt de WSA de argumenten van de verzoekers over de vermeende schendingen van EVRM-rechten begaan door het administratieve orgaan van tafel. De WSA vergeet hierbij – bewust of niet – de arresten *Oliari* en *Orlandi* te bespreken. Het gaat wel kort in op het arrest *Coman*. De WSA stelt dat

²⁸² NSA 2 december 2019, zaaknr. II OSP 1/19.

kwesties van de burgerlijke stand en huwelijksbepalingen die hiermee verband houden een materie zijn die tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort en dat het EU-recht zich hier niet mee mag bemoeien. Kortom betekent dit dat de WSA ook het *Coman*-arrest naast zich neer legt op grond van een redenering die geen standhoudt (dezelfde redenering in randnummer 120).

Op basis van het voorgaande wijst de WSA het verzoek af en bevestigt de weigering van erkenning.

WSA Warschau 1 juli 2020 (zaaknr. IV SA/Wa 2982/19)

123. JC en MT traden in het homohuwelijk in 2018 in Duitsland. De administratieve overheid weigerde hun huwelijk te erkennen. Het intern beroep bevestigde dit. Zij gingen hiertegen in beroep bij de WSA.

124. De WSA bevestigt de heteronormativiteit van het huwelijk *ex* artikelen 18 GW en 1 Familiewet. De WSA stelt ook dat de wettelijke definitie van artikel 18 GW de invoering van het homohuwelijk uitsluit.

De erkenning van een buitenlands homohuwelijk zou ingaan tegen de Poolse openbare orde.

De WSA bespreekt in het vervolg van zijn arrest de artikelen 8, 12 en 14 EVRM. De WSA haalt ook het arrest *Orlandi* aan, maar stelt dat het enkel van toepassing is op de Italiaanse situatie en dus niet geëxtrapoleerd kan worden naar de Poolse context.

De WSA bespreekt ook artikel 21, lid 1 VWEU. Het stelt dat de weigering van erkenning en overschrijving geen inbreuk is op deze bepaling, omdat het vrij verkeers- en verblijfsrecht niet afhankelijk is van een overschrijving van een huwelijksakte maar eerder van een identiteitsdocument. De WSA geeft hiermee blijk van onbegrip van het EU-recht en negeert de *Coman*-uitspraak van het Hof van Justitie door hier *niet* naar te verwijzen.

De WSA wijst het verzoek als ongegrond af, waardoor de weigering van erkenning in stand blijft.

3. Uitspraken NSA

125. Ter herinnering is de NSA het Administratieve Cassatiehof in Polen (randnummer 93).

NSA 28 februari 2018 (zaaknr. II OSK 1112/16)

126. KF en SF zijn een lesbisch koppel dat in 2015 in het huwelijk trad in het buitenland (plaats ongekend). Zij wensten hun huwelijk erkend te zien in Polen, waar hun verzoek hiertoe geweigerd werd. Hiertegen gingen zij in beroep bij de WSA in Gdansk.

127. De WSA in Gdansk heeft het verzoek tegen de weigeringsbeslissing om het homohuwelijk in de registers van de burgerlijke stand over te schrijven afgewezen. De beslissing van de WSA was gesteund op de artikelen 104 en 107 WABS, 18 GW en 1 Familiewetboek. Gelet op deze artikelen, is het een homohuwelijk niet mogelijk naar Pools recht. Huwelijksakten in Polen vermelden twee rubrieken – een voor de man, de andere voor de vrouw. Het inschrijven van de tweede vrouw onder “man” zou strijdig zijn met de Poolse rechtsorde. Interessant is dat de WSA vaststelde dat artikel 18 GW de bescherming aan andere relatievormen *niet* ontzegt. De WSA stelt dan dat de Poolse grondwetgever besloot om het homohuwelijk niet in dit artikel op te nemen, waardoor deze relatievorm buiten het beschermingsgebied van artikel 18 GW valt. Dit is volgens mij een eerder contradictorische redenering. Verder lees ik dat de niet-erkenning/overschrijving niet ingaat tegen artikel 47 GW (recht op bescherming privéleven), maar enkel wijst op een lacune in het Poolse recht. Mijns inziens houdt dit impliciet een schending in van het desbetreffende artikel.

KF en SF beriepen zich op enkele argumenten vanuit de rechtspraak van het EHRM onder de artikelen 8, 12 en 14 EVRM om de weigering aan te vechten. De WSA wees erop dat het begrip huwelijk een autonoom constitutioneel begrip is. Op grond van artikel 7 WIPR is een erkenning van een homohuwelijk onmogelijk, omdat enkel heteroseksuele huwelijken naar Pools recht kunnen worden erkend. Opmerkelijk is dat de WSA zelf uitdrukkelijk spreekt van de “echtgenoten F.”. De WSA stelt dat akten van de burgerlijke stand geen rechten kunnen creëren, waardoor er geen inmenging is in het recht van privé- en familieleven van de betrokkenen. Volgens mij negeert de WSA de gevolgen die akten kunnen meebrengen en dat de erkenning hiervan wel rechten kan verschaffen aan de betrokkenen. De WSA verwijst in wat volgt naar rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM waarin appreciatiemarge aan staten wordt gegeven om het huwelijksinstituut zelf te reguleren. Hiermee negeert de WSA de uitspraak in *Orlandi* compleet, door te stellen dat deze uitspraak enkel van toepassing is op Italië gelet op de bijzonderheid van de zaak.

128. De NSA stelt dat artikel 18 GW een bepaling van openbare orde is, waarmee rekening moet worden gehouden bij de toepassing van artikel 7 WIPR (openbare orde-exceptie). Het huwelijk is enkel bestemd voor heteroseksuele relaties, aldus de NSA. Homohuwelijken gaan in tegen de Poolse rechtsorde. De NSA wijst op de appreciatiemarge *ex* artikelen 8, 12 (in het kader hiervan de arrest *Schalk&Kopf/Oostenrijk* en *G. + A./Rusland*) en 14 EVRM en meent dat de arresten *Oliari* en *Orlandi* enkel van toepassing zijn op de Italiaanse staat, gelet op de specificiteit van de zaak. Op grond hiervan

bevestigt de NSA de uitspraak van de WSA Gdansk, waarin de weigeringsbeslissing van de administratieve overheid om het huwelijk te erkennen en over te schrijven bevestigd werd.

NSA 25 februari 2020 (zaaknr. II OSK 1059/18)

129. TC en BA traden in 2016 in een homohuwelijk in het Verenigd Koninkrijk. Dezelfde feitenkwesitie deed zich voor als in randnummer 126. Ook de redenering van de WSA in Warschau was gelijkend op die van de WSA in Gdansk uit de vorige zaak (randnummer 127).

130. De NSA stelt dat de weigering om een buitenlands homohuwelijk te erkennen en over te schrijven, geen schending is van de artikelen 8 en 14 EVRM. Hiermee legt de NSA het arrest *Orlandi* helemaal naast zich neer. Om dit te staven haalt de NSA extensief de rechtspraak onder artikel 12 EVRM aan, om te wijzen op de appreciatiemarge van de Poolse staat binnen deze materie. Dit is echter een foutieve toepassing van de verdragsartikelen, omdat de artikelen onder het EVRM elkaar niet beïnvloeden en de rechtspraak onder elk van deze los van elkaar staat. De NSA verwijst enkel naar *Oliari* en behoudt het stilzwijgen over de *Orlandi*-zaak. Verder lees ik dat ook artikel 1 Familiewetboek een invloed heeft op de invulling van de openbare orde-exceptie *ex* artikel 7 WIPR. Het bevestigt dat artikel 18 GW het homohuwelijk onmogelijk maakt en dat dit een juridische definitie inhoudt. Administratieve gerechten zijn niet bevoegd om invulling te geven aan het huwelijksinstituut. Zij kunnen enkel op basis van deze juridische definitie uitmaken wat wel en niet onder het huwelijk valt, omdat de constitutieve kenmerken van het huwelijk als een relatie tussen man en vrouw reeds uitgemaakt zijn.

Interessant is dat de NSA voor de eerste keer uitspraak doet over het EU-recht in deze zaak. Het stelt dat de weigering van erkenning van een buitenlands homohuwelijk *niet* strijdig is met het vrij verkeersrecht *ex* artikelen 20, lid 2 en 21 VWEU. Het bevestigt dat de WSA in Warschau deze artikelen *juist* heeft toegepast. Hiermee negeert de NSA het *Coman*-arrest van het Hof van Justitie. Het is wel opmerkelijk dat de NSA dit arrest uitdrukkelijk aanhaalt en bespreekt in zijn eigen uitspraak. In verband hiermee brengt de NSA in herinnering dat zaken met betrekking tot akten van de burgerlijke stand en inzake de definiëring van het huwelijk niet werden overgedragen aan de EU-instellingen. Op dit vlak heerst er geen harmonisatie, dus EU-wetgeving bevat geen verplichting om buitenlandse akten te erkennen. De NSA is van mening dat de openbare orde-exceptie de weigering van erkenning van een buitenlands homohuwelijk rechtvaardigt. De NSA verwijst naar EU-rechtspraak die stelt dat de lidstaten bij de erkenning en overschrijving van buitenlandse akten een belangenafweging mogen maken tussen de rechten van EU-onderdanen en de bescherming van staatstradities. Ik heb het gevoel dat de NSA hier juridische rechtvaardiging probeert te vinden om het *Coman*-arrest niet te moeten toepassen. Deze

rechtvaardiging lijkt me mislukt, en al zeker omdat de NSA zelf expliciet verwijst naar de verplichting die op staten rust ingevolge het *Coman*-arrest.

Tenslotte wijst de NSA het verzoek af en bevestigt de weigering.

NSA 22 juni 2021 (zaaknr. II OSK 2608/19)

131. FG en BG gingen in cassatie bij de NSA tegen de beslissing van de WSA van 25 januari 2019 (randnummers 117-118).

132. De NSA stelt dat artikel 18 GW *niet* beslissend is om gelijkslachtige relaties al dan niet te reguleren. Naar stand van het huidig recht is enkel het heteroseksueel huwelijk mogelijk. De NSA bevestigt dus de motivering van de WSA hieromtrent en suggereert dat artikel 18 GW het homohuwelijk niet verbiedt.

De NSA bespreekt de arresten *Oliari* en *Orlandi* uitvoerig. Opnieuw haalt de NSA rechtspraak van het EHRM aan in het eigen voordeel op een foutieve manier. De NSA wijst op de appreciatiemarge van staten in de erkenning van buitenlandse homohuwelijken. De NSA stelt dat niet elke weigering een schending van het EVRM is. Het concludeert dat de rechtspraak van het EHRM staten niet kan verplichten om buitenlandse homohuwelijken te erkennen, aangezien dit ingaat tegen de Poolse openbare orde. De NSA geeft dus voorrang aan het Poolse recht boven de rechten vervat in het EVRM. De NSA is op de hoogte van de verplichting van staten om juridische erkenning en bescherming te verlenen aan gelijkslachtige partners. Dit kan echter niet via erkenning van buitenlandse homohuwelijken, omdat er geen regels binnen het Poolse recht zijn die dit zouden kunnen opvangen. De regels van het heterohuwelijk kunnen niet worden geëxtrapoleerd. De NSA wijst de administratieve gerechten erop dat zij geen proactieve rechtsvormende rol in hun rechtspraak mogen aannemen, omdat dit leidt tot oplossingen *contra legem* die strijdig zijn met de Poolse GW. Volgens mij is het toch opmerkelijk dat de NSA de verplichtingen van de Poolse staat erkent, maar bewust verhindert om deze verplichtingen niet op te leggen aan de administratieve overheden en gerechten. De NSA doet dit door rechtspraak foutief in het eigen voordeel te interpreteren en door verplichtingen door te schuiven naar de Poolse wetgever. De Poolse rechterlijke macht biedt dus geen effectieve rechtsbescherming aan zijn onderdanen.

Er wordt met geen woord gerept over het arrest *Coman* in deze uitspraak.

De NSA wijst het verzoek uiteindelijk af en bevestigt zo de weigering van erkenning.

NSA 6 juli 2022 (zaaknr. II OSK 2376/19)

133. DM en JK gaan in cassatie tegen de uitspraak van de WSA in Warschau van 8 januari 2019 (randnummers 115-116).

134. Het arrest van de NSA verduidelijkt de openbare orde-exceptie. De buitenlandse akte *an sich* mag niet strijdig zijn met de fundamentele bepalingen van het Poolse recht, noch de gevolgen die zouden voortvloeien uit de erkenning van deze akte. De NSA herhaalt dat het Pools recht enkel een huwelijk tussen man en vrouw erkent. Bijgevolg is de erkenning van een homohuwelijk niet mogelijk.

In een volgende stap gaat het in op artikel 18 GW. Dit artikel vormt *geen* hindernis om het homohuwelijk in te voeren, maar het huidig recht beschermt enkel heteroseksuele huwelijken. De NSA voegt hieraan toe dat artikel 18 GW de erkenning van een buitenlands homohuwelijk niet zou verhinderen, indien het homohuwelijk in Polen ingevoerd zou worden. De erkenning van zulke relatievorm laat de NSA over aan de wetgever. Dit is een heel belangrijke passage, die de vorige uitspraak bevestigt (randnummers 131-132) en de strekking *pro* homohuwelijk binnen de Poolse rechtsleer bevestigt (randnummer 100). Later in de redenering leest men dat de constatacie dat het huwelijk ook aangegaan kan worden door gelijkslachtige personen, een stelling *contra legem* is. Dit is een rare ambiguïteit, die leidt tot rechtsonzekerheid.

De NSA wijst er verder op dat de weigering van erkenning van een buitenlands homohuwelijk als een huwelijk, geen schending is van artikel 8 EVRM. Dit is correct, doch vergeet de NSA rechtspraak te vermelden dat een weigering van erkenning van een buitenlands homohuwelijk als een geregistreerd partnerschap wel een schending uitmaakt van artikel 8 EVRM. De NSA interpreteert dit artikel in het licht van artikel 12 EVRM (dezelfde redenering als in randnummer 130). Verder gaat de NSA in op de rechtspraak van het EHRM door de te stellen dat er *geen verplichting bestaat om buitenlandse homohuwelijk in het interne recht te erkennen*. Het vermeldt kort de zaken *Schalk&Kopf/Oostenrijk* en *Oliari e.a./Italië*. Daarna gaat het uitvoerig in op het arrest *Orlandi/Italië*. De NSA haalt aan dat staten een appreciatiemarge genieten wegens het ontbreken van een Europese consensus, zonder hierbij de conclusie van dit arrest te betrekken. Het is opmerkelijk dat de NSA geen vermelding maakt van de *Coman*-zaak. De NSA legt beide arresten naast zich neer. Dit is betreurenswaardig, omdat het tekort schiet in zijn rol als gerecht om rechtsbescherming aan onderdanen te verlenen.

De NSA bevindt het verzoek ongegrond en bevestigt de weigering.

ALGEMENE TUSSENCONCLUSIE

135. Het bovenstaande brengt mij tot de conclusie dat er veel verdeeldheid bestaat over de invulling van artikel 18 GW en de vraag over de toelaatbaarheid van de invoering van het geregistreerd partnerschap en het homohuwelijk onder dit artikel. De interpretatieverschillen maken het moeilijk om tot een consensus te komen over de inhoud van artikel 18 Poolse GW.²⁸³ Deze rechtsonzekerheid leidt ertoe dat de meerderheidsvisie zal primeren. Dit leidt ertoe dat het familierecht en IPR het onmogelijk maken om buitenlandse homohuwelijken te erkennen en over te schrijven naar stand van het huidige Poolse recht. Of de meerderheidsopvatting correct is, valt volgens mij te betwisten. De administratieve gerechten volgen deze meerderheidsopvatting in hun redenering, met enkele nuances en interessante doch soms betwistbare vaststellingen. Dit kader zal ik in DEEL IV toetsen aan het mensenrechtelijk en Europeesrechtelijk kader.

²⁸³ M. STEBELSKI, “Jeszcze na temat art. 18 Konstytucji RP. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego”, *Zeszyty Prawnicze* 2021, nr. 21.1/2021, 111-130.

DEEL IV. AFTOETSING EN CONCLUSIE

136. Deze masterproef focust zich op hinkende homohuwelijken binnen de Poolse context. De Poolse politiek is sterk gekant tegen en laat zich negatief uit over de LGBTQ-gemeenschap. Als gevolg hiervan ondervinden Poolse LGBTQ-onderdanen een tal van hindernissen in hun dagelijks leven. Zij worden onder meer beperkt in de vervulling van hun huwelijkswens. Gelijkslachtige koppels kunnen in Polen zelf niet in het huwelijk treden. Zij worden hierdoor gedwongen om dit in het buitenland te doen. Achteraf wensen zij dit huwelijk echter erkend te zien door Poolse autoriteiten. De bedoeling van deze masterproef is om te achterhalen of het Poolse IPR – zowel het recht als de praktijk – de erkenning van buitenlandse homohuwelijken toelaat.

Dit is geen onbelangrijke vraag in het licht van de mensenrechtelijke en Europeesrechtelijke ontwikkelingen. Zowel het EHRM als het Hof van Justitie hebben principe-arresten geveld inzake de erkenning van buitenlandse homohuwelijken. Dit werd in DEEL II kritisch besproken.

In DEEL III heb ik stilgestaan bij het Poolse IPR-kader. Hierbij was het noodzakelijk om het Poolse grondwettelijk recht, familierecht en uiteraard het Poolse IPR te schetsen. Vervolgens heb ik alle Poolse administratieve uitspraken inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijken geanalyseerd, die dateerden na de arresten van het EHRM en Hof van Justitie.

In dit laatste deel zal ik een antwoord geven op de vraag of het Poolse IPR-kader in lijn is met het mensenrechtelijk en Europeesrechtelijk IPR-kader inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijken. Ik zal afsluiten met een korte aanbeveling.

137. Het EHRM staat bekend voor de ontwikkeling en erkenning van LGBTQ-rechten. Het EHRM heeft deze rol voor enkele decennia vervuld om uiteindelijk te komen tot de arresten *Oliari* (2015) en *Orlandi* (2017). In het arrest *Oliari* besliste het Hof onder artikel 8 EVRM dat staten verplicht zijn om juridische erkenning en bescherming te verlenen aan gelijkslachtige relaties in hun nationaal recht. Dit arrest diende als basis voor het *Orlandi*-arrest, waarin het Hof onder artikel 8 EVRM duidelijk heeft gesteld dat staten verplicht zijn om buitenlandse homohuwelijken minstens als een geregistreerd partnerschap te erkennen in hun nationale rechtsorde. Dit is de mensenrechtelijke IPR-verplichting tot erkenning van buitenlandse homohuwelijken. De arresten van het EHRM zijn vaak een katalysator voor het Hof van Justitie om tot bepaalde uitspraken te komen. Beide hoven vertonen immers een wisselwerking. Door de arresten van het EHRM kwam het Hof van Justitie tot zijn uitspraak in het arrest *Coman*. De interpretatie die het Hof van Justitie gaf aan het vrij verkeerrecht van personen (artikel 21, lid 1 VWEU) en de Burgerschapsrichtlijn, verplicht lidstaten ertoe om buitenlandse homohuwelijken te

erkennen binnen de nationale rechtsorde voor verblijfsrechtelijke doeleinden. Dit betekent dat lidstaten verplicht zijn een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen aan een gelijkslachtige derdelander-echtgenoot van een EU-burger indien aan de voorwaarden van de Burgerschapsrichtlijn is voldaan. Hoewel dit arrest niet vrij is van kritiek, lees ik hierin de Europeesrechtelijke IPR-*verplichting* tot erkenning van buitenlandse homohuwelijken. Dit is tot op heden het enige aanknopingspunt met betrekking tot erkenning van buitenlandse homohuwelijken binnen het EU-recht. Het is echter niet uitgesloten dat de EU in de toekomst een verordening tot stand brengt die deze verplichting opneemt. Ook al werden de arresten *Orlandi* (EHRM) en *Coman* (HvJ) door verschillende hoven geveld, vullen beide arresten elkaar mooi aan. Het arrest *Coman* gaat verder dan *Orlandi* in die zin dat het de EU-lidstaten verplicht om buitenlandse homohuwelijken als een huwelijk te erkennen, indien aan de voorwaarden van de Burgerschapsrichtlijn is voldaan. Is dit niet het geval, kunnen gelijkslachtige echtgenoten de bescherming van hun relatie nog steeds afdwingen op grond van het arrest *Orlandi* (EHRM).

Ook nieuwe ontwikkelingen binnen het EVRM- en EU-recht werden onder de aandacht gebracht. Het Hof van Justitie extrapoleert zijn redeneringen binnen het huwelijksrecht (*Coman*-arrest) naar zaken over het afstammings- en ouderschapsrecht (*VMA*-arrest). Binnen de doctrine woedt nog steeds discussie over de vraag of het toepassingsgebied van de Brussel IIter-Verordening ook homohuwelijken omvat. Dit is belangrijk voor de vaststelling van de bevoegde rechtbanken voor echtscheidingsprocedures van gelijkslachtige echtgenoten. Langs de andere kant zijn er meerdere zaken hangende tegen Polen bij het EHRM, onder andere over de vraag of de weigering van een buitenlands attest van huwelijksbeletselen door Polen een schending uitmaakt van artikel 8 EVRM (*Szypula* en *Alonso&Rodriguez*). Andere arresten kaarten het probleem aan van het ontbreken van juridische bescherming en erkenning van gelijkslachtige relaties alsook de niet-erkenning van buitenlandse homohuwelijken als minstens een geregistreerd partnerschap (*Andersen* en *Formela*). Dit laat des te meer zien hoe actueel dit onderwerp is.

138. In mijn analyse van het Poolse IPR-kader ben ik tot de volgende conclusies gekomen. Artikel 18 Poolse GW stelt duidelijk dat het huwelijk een relatie tussen man en vrouw is. Dit artikel heeft geleid tot hevige discussies tussen twee strekking binnen de Poolse rechtsleer over de interpretatie van deze bepaling. De minderheidsdoctrine stelt dat artikel 18 GW het mogelijk maakt om het huwelijk open te stellen en het geregistreerd partnerschap in te voeren voor gelijkslachtige koppels. Ik sluit mij aan bij deze visie en argumenten (randnummers 100 en 105).

De meerderheidsdoctrine daarentegen hanteert een strikte interpretatie en sluit juridische bescherming en erkenning van gelijkslachtige relaties volledig uit. Zij stellen dat artikel 18 GW het onmogelijk maakt om andere relatievormen dan het heterohuwelijk in te voeren (randnummers 99 en 103-104). Dit is volgens mij een achterhaald en problematisch standpunt. Niet alle partners wensen in het huwelijk te

treden, maar wensen wel een juridische omkadering van hun relatie. Een minimale bescherming via het instituut van het geregistreerd partnerschap is dan ook meer dan maatschappelijk wenselijk, zonder dat de erkenning hiervan afbreuk doet aan het huwelijksinstituut of zonder dat dit bedreigend is voor de positie van het traditionele gezin. De Poolse wetgever zou dit instituut perfect kunnen uitbreiden naar gelijkslachtige koppels. Dit zou enerzijds tegemoetkomen aan het probleem dat losse bepalingen onvoldoende bescherming bieden voor feitelijke relaties (randnummer 95). Anderzijds zou de Poolse staat hiermee zijn verplichtingen binnen het EU- en EVRM-recht naleven. De traditionele visie op het huwelijk als enige relatievorm is niet langer houdbaar in het licht van de hedendaagse ontwikkelingen. Deze doctrine stelt eveneens dat de bescherming van artikel 18 GW niet van toepassing is op ongehuwde (feitelijke heteroseksuele of gelijkslachtige) of kinderloos gehuwde koppels (randnummers 99 en 103). Volgens mij zou zo'n interpretatie problematisch zijn in het licht van het discriminatiebeginsel. Het niet openstellen van het huwelijk is één ding, het niet verlenen van bescherming aan een bepaalde bevolkingsgroep is een andere kwestie. De sociale realiteit laat zien dat het gezin verschillende vormen aanneemt en evolueert. Dit moet zeker in acht worden genomen bij rechtsvorming. Er zijn dus geen argumenten om gelijkslachtige koppels basale staatsbescherming te ontfangen. Bovendien kan dit niet gerechtvaardigd worden in het licht van de Europees- en mensenrechtelijke ontwikkelingen.

Ofwel komt de doctrine tot een consensus, ofwel doet de wetgever er goed aan om dit probleem constitutioneel-legislatief uit te klaren. De Grondwet zou best geïnterpreteerd worden in het licht van sociale wijzigingen en mensenrechten – die Polen nochtans vanuit zijn soevereiniteit heeft onderkend – om wetgeving over gelijkslachtige relaties toe te laten. Als nuance op de besproken rechtsleer in randnummer 105, moet dit wel gebeuren op een manier die voldoende waarborgen van bescherming van deze relaties voorziet.

139. De meerderheidsstrekking bepaalt echter de stand van het huidige Poolse recht. De interpretatie van de meerderheid heeft een invloed op de lezing van het Poolse familierecht en IPR. Een gelijkslachtig huwelijk en geregistreerd partnerschap zijn onmogelijk naar Pools recht. LGBTQ-personen kunnen hun relaties dus niet juridisch erkend en beschermd zien.

Zowel de WSA's en NSA bevestigen weigeringsbeslissingen van lokale administratieve overheden. Zij halen artikelen 18 GW en 1 Familiewet aan om dit te staven. Bovendien bevestigt de rechtspraak dat deze artikelen een juridische definitie inhouden van het huwelijk. Deze bepalingen bevestigen enerzijds de heteronormativiteit van het huwelijk en geven anderzijds invulling aan de openbare orde-exceptie uit artikel 7 WIPR. Dit op zich vormt een argument om de erkenning van een buitenlands homohuwelijk te weigeren op grond van artikel 107, lid 3 WABS. Er is eensgezindheid over het feit dat uitspraken over gelijkslachtig ouderschap niet als argument mogen worden gebruikt in zaken over erkenning van buitenlandse homohuwelijken.

De WSA's en NSA blijken op de hoogte te zijn van de rechtspraak van het EHRM en Hof van Justitie. Zij gebruiken echter onjuiste argumenten om principe-arresten te omzeilen en de weigering van erkenning te bevestigen. Door onjuiste redeneringen en interpretaties van internationale bronnen, leven zij de verplichtingen uit de arresten *Orlandi* en *Coman* niet na. Zij schuiven deze arresten vaak aan de kant. Zij doen dit ook impliciet door een weigering van erkenning niet strijdig te bevinden met supranationaal recht. Zij halen artikel 12 EVRM onterecht aan om invulling te geven aan artikel 8 EVRM. De rechtscollages leiden uit de samenvoeging van deze artikelen een appreciatiemarge af die een vrijgeleide vormt voor de Poolse autoriteiten om homohuwelijken weigeren te erkennen. Zij zien hierin onterecht geen inbreuk op artikel 8 EVRM. De arresten *Oliari* en *Orlandi* hebben volgens hen enkel betrekking op de Italiaanse staat, wegens de specificiteit van de zaak die verschilt van de Poolse context. Ook dit is een onjuiste redenering (randnummer 128 *juncto* 43). De WSA's en NSA plaatsen het arrest *Coman* fout in context, belichten slechts passages die hen voordelig uitkomen en houden geen rekening met de conclusie van dit arrest. Zowel de WSA's als de NSA weigeren een toepassing van het EVRM of EU vrij verkeer- en verblijfsrecht op de hen voorliggende zaken omdat zij primauteit geven aan het Poolse boven het supranationaal recht. Zij argumenteren rond de conclusies van de deze arresten. Zowel de WSA's als de NSA antwoorden enkel op de argumenten van de partijen op een manier die ervoor zorgt dat partijen geen effectieve rechtsbescherming via jurisprudentiële weg kunnen afdwingen. De nieuwe redenering van enkele gerechten dat artikel 18 GW de invoering van het homohuwelijk en als gevolg de erkenning ervan niet zou verbieden, schept enerzijds hoop. Anderzijds blijkt dit toch een illusie en toekomstmuziek te zijn in de praktijk, omdat de WSA's en NSA elkaar in de praktijk hieromtrent tegenspreken.

140. Het EVRM- en EU-recht stellen duidelijk dat een verplichting tot erkenning van buitenlandse homohuwelijken bestaat. Het Poolse recht bevat geen juridisch instituut voor de omkadering van gelijkslachtige relaties. Dit is een schending van artikel 8 EVRM en de verplichting uit het arrest *Oliari* (regulering van juridische erkenning en bescherming van gelijkslachtige relaties). Dit maakt het onmogelijk om buitenlandse homohuwelijken in het Poolse rechtssysteem te erkennen en over te schrijven. Poolse administratieve autoriteiten schenden artikel 8 EVRM doordat zij erkenning van buitenlandse homohuwelijken weigeren. WSA's en de NSA dragen hiermee bij tot een schending van de verplichting uit het arrest *Orlandi* (erkenning van buitenlandse homohuwelijken als minstens een geregistreerd partnerschap). Zij nemen evenmin de verplichting uit het arrest *Coman* van het Hof van Justitie in acht – de erkenning van een buitenlands homohuwelijk voor de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht aan een gelijkslachtige derdelander-echtgenoot van een EU-burger. Uit het feitenrelaas van de geanalyseerde zaken kan men echter afleiden dat de situaties van de betrokkenen voldoen aan de voorwaarden die gelden onder de Burgerschapsrichtlijn en het *Coman*-arrest.

Op basis hiervan kan ik concluderen dat het gebrek aan en weigering van bescherming, erkenning en overschrijving van buitenlandse homohuwelijken in Polen strijdig is met de IPR-verplichtingen binnen het EVRM- en EU-recht. De Poolse staat begaat schendingen en het Poolse IPR-kader inzake erkenning van buitenlandse homohuwelijken is strijdig met dat op mensenrechtelijk en Europeesrechtelijk niveau. Dit vergroot de bezorgdheid over de situatie van Poolse LGBTQ-onderdanen.

141. Toch wil ik erop wijzen dat het heden en de toekomst perspectief scheppen, ook in de Poolse context.

De Poolse politiek erkent impliciet de situatie van LGBTQ-personen, ook al wordt dit niet juridisch vertaald. Ondanks de politieke sfeer, erkent en pleit een deel van de Poolse doctrine moedig voor de nood aan bescherming van gelijkslachtige relaties. Zij onderkennen de arresten en verplichtingen van het EHRM en Hof van Justitie in hun literatuur. Zelfs de WSA's en NSA sluiten de invoering van het homohuwelijk onder artikel 18 GW niet volledig uit. Wijzigende opvattingen binnen de Poolse maatschappij over LGBTQ-kwesties scheppen eveneens hoop en kunnen op langere termijn bijdragen tot een *bottom-up* consensus over LGBTQ-kwesties binnen het Poolse recht. Hiervoor is een striktere scheiding tussen kerk en staat vereist. Een belangrijke rol is ook weggelegd voor de rechtspraak, nu evenwel aangetast door de politiek. Het is betreurenswaardig dat homoseksuele verzoekers geen effectieve rechtsbescherming kunnen afdwingen via jurisprudentiële weg. De Poolse administratieve gerechten zouden er goed aan doen om zich minder terughoudend op te stellen en zich aan te sluiten bij de arresten van het EHRM en Hof van Justitie. Deze ontwikkelingen, samen met een regeringswijziging, zouden ertoe kunnen leiden dat de Poolse wetgever via een *bottom-up* proces regulering zou aannemen tot invoering van gelijkslachtige geregistreerde partnerschappen (en op lange termijn ook het huwelijk). Dit zou de erkenning van buitenlandse homohuwelijken voor een groot deel vergemakkelijken. Niet zozeer het Poolse recht, maar de interpretatie ervan en de Poolse rechtspraktijk zijn aan wijziging toe. LGBTQ-personen en relaties zijn altijd en ook vandaag een deel van onze maatschappelijke realiteit. Men kan dit dan ook best juridisch opvangen in plaats van dit te negeren. Hierin is een belangrijke rol weggelegd voor de Poolse staat die moet stoppen met LGBTQ-personen als zondebok te beschouwen in het politieke debat. LGBTQ-personen moeten in de eerste plaats als mensen worden gezien, die gelijkwaardig zijn en gelijke rechten verdienen die heteroseksuele koppels genieten.

BIBLIOGRAFIE

Wetgeving

EU-recht en EVRM

- Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, Raad van Europa, 4 november 1950.
- Handvest van de Grondrecht van de Europese Unie, Europese Unie, 18 december 2000.
- Verdrag betreffende de Europese Unie (geconsolideerde versie), OJ C 326, 26.10.2012, p. 13–390.
- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (geconsolideerde versie).
- Verordening (EU) 2019/1111 van de Raad van 25 juni 2019 betreffende de bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kinderontvoering (herschikking).
- Verordening (EU) 2016/1103 van de Raad van 24 juni 2016 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels, *OJ L 183, 8.7.2016, p. 1–29*.
- Verordening (EU) nr. 1259/2010 van de Raad van 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, OJ L 343, 29.12.2010, p. 10–16.
- Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000.
- Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EG, 90/364/EG, 90/365/EEG en 93/96/EG, *Pb.L. 229/35*.

Pools recht

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej 2 april 1997, Dz.U. 1997, NR 78 poz. 483 zm. Dz.U. 2001 nr 28 poz. 319 26.03.2001.
- Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego.
- Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe.
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

- Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych.
- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

Rechtspraak

EHRM

- EHRM hangende zaken, nr. 53662/20, 55306/18 en 55321/18, Andersen/Polen en K. & S. Formela/Polen.
- EHRM hangende zaken, nr. 78030/14 en 23669/16, Szypula/Polen en Urbanik&Alonso Rodriguez/Polen.
- EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, Orlandi e.a./Italië.
- EHRM 9 juni 2016, nr. 40183/07, Chapin en Charpentier/Frankrijk.
- EHRM 21 juli 2015, nr. 18766/11 en 36030/11, Oliari e.a./Italië.
- EHRM 16 juli 2014, nr. 37359/09, Hämäläinen/Finland.
- EHRM 7 november 2013, nr. 29381/09 en 32684/09, Vallianatos e.a./Griekenland.
- EHRM, 20 juli 2010, nr. 38816/07, Dadouch/Malta.
- EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, Schalk en Kopf/Oostenrijk.
- EHRM 2008, E.B./Frankrijk.
- EHRM 13 april 2006, nr. 73225/01, Fedotova/Rusland.
- EHRM 2002, Christine Goodwin/VK.
- EHRM 18 december 1987, nr. 11329/85, F/Zwitserland.
- EHRM 17 oktober 1986, nr. 9532/81, Rees/VK.

Hof van Justitie

- HvJ EU 24 juni 2022, zaak nr. C-2/21.
- HvJ EU 14 december 2021, zaak nr. C-490/20, V.M.A.-arrest.
- HvJ EU 12 juli 2018, zaak nr. C-89-17.
- HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16.
- HvJ EU 14 november 2017, zaak nr. C-165/16.
- HvJ EU 10 mei 2017, zaak nr. C-133/15.
- HvJ EU 24 november 2016, zaak nr. C-443/15, Parris.
- HvJ EU 12 maart 2014, zaak nr. C-456/12.
- HvJ EU 12 mei 2011, zaak nr. C-391/09, Runevič-Vardyn.
- HvJ EU 22 december 2010, zaak nr. C-208/09, Sayn-Wittgenstein.
- HvJ EU 25 juli 2008, zaak nr. C-127/08.

- HvJ EU 1 april 2008, zaak nr. C-267/06, Maruko.
- HvJ EU 31 mei 2001, gevoegde zaken nr. C-122/99 en nr. C-125/99 P.
- HvJ EU 17 februari 1998, zaak nr. 249/96, Grant/South-West Trains.
- HvJ EU 17 december 1970, zaak nr. C-11/170.
- HvJ EU 15 juli 1964, zaak nr. C-6/64.

Poolse rechtscolleges

- TK 1 juli 2021, sygn. akt SK 4/19.
- TK 11 mei 2011, SK 11/09, OTK-A 2011, nr. 4 poz. 32.
- TK 9 november 2010, SK 10/08, OTK-A 2010, nr. 9, poz. 99.
- TK 18 mei 2005, K 16/04, OTK-A 2005, nr. 5, poz. 51, LEX nr. 155506.
- SN 6 december 2013, sygn. akt I CSK 146/13.
- SN 03 juni 2011, sygn. akt III CSK 259/10.
- SN 6 december 2007, IV CSK 301/07.
- SN 16 mei 2000, IV CKN 32/00 (OSNC 2000, nr. 12, poz. 222).
- SN 30 januari 1986, III CZP 79/85 (OSNC 1987, nr. 1, poz. 2).
- NSA 6 juli 2022, zaaknr. II OSK 2376/19.
- NSA 22 juni 2021, zaaknr. II OSK 2608/19.
- NSA 25 februari 2020, zaaknr. II OSK 1059/18.
- NSA 2 december 2019, zaaknr. II OSP 1/19.
- NSA 28 februari 2018, zaaknr. II OSK 1112/16.
- WSA Warschau 1 juli 2020, zaaknr. IV SA/Wa 2982/19.
- WSA Lublin 7 januari 2020, zaaknr. 445/19.
- WSA Warschau 18 september 2019, zaaknr. IV SA/Wa 1638/19.
- WSA Warschau 25 januari 2019, zaaknr. IV SA/Wa 2717/18.
- WSA Warschau 8 januari 2019, zaaknr. IV SA/Wa 2618/18.

Andere

- US Supreme Court 26 juni 2015, zaak *Obergefell v. Hodges*, overwegingen 14-556.
- Rb. Brussel 19 juni 2013, *Tijdschrift@ipr.be* 2013/4, 70, noot P. WAUTELET en *T.Vreemd.* 2014, 127.
- Rb. Aarlen 20 november 2009, *Rev.dr.étr.* 2012, 698 en *RTDF* 2013, 696, noot C. HENRICOT.

Rechtsleer

- BALDACCINI, A., GUILD, E. en TONER, H., *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Londen, Bloomsbury Publishing, 2007, 582 p.
- BANASZAK, B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa, CH BECK 2009, 1038 p.
- BANASZAK, B., “Konstytucyjna regulacja małżeństwa a prawo do zawarcia małżeństwa”, 77-82, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/52915/PDF/04_Boguslaw_Banaszak.pdf, consultatie 13 maart 2023.
- BANASZKIEWICZ, B., “Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP”, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2013, nr. 3, 3 en 591 e.v.
- BANASZKIEWICZ, B., “Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych”, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2004, nr. 2, 382-386.
- BELAVUSAU, U., “EU Sexual Citizenship: Sex Beyond the Internal Market”, *EUI Department of Law Research* juni 2015, 27 p., https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34960/LAW_2015_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- BELAVUSAU, U., “The Federal Rainbow Dream: On Free Movement of Gay Spouses under EU Law”, *Verfassungsblog* 5 juni 2018, <https://verfassungsblog.de/the-federal-rainbow-dream-on-free-movement-of-gay-spouses-under-eu-law/>.
- BIELINSKI, AK. en PANNERT, M., “Podreczniki Prawnicze: Prawo rodzinne”, 2^e uitgave, Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2016, 330 p.
- BELL, C. en SELANEC, N. B., “Who is a ‘spouse’ under the Citizens’ Rights Directive? The prospect of mutual recognition of same-sex marriages in the EU”, *41 E.L. Rev.* 2016, 653-683.
- BELL, M., *EU Directive on Free Movement and Same-Sex Families: Guidelines on the implementation process*, Brussel, 2005, 20 p.
- BEURY, M., “The CJEU’s Judgment in Coman: A Small Step for the Recognition of Same-Sex Couples Underlying European Divides over LGBT Rights”, *Strasbourg Observers* 24 July 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/07/24/the-cjeus-judgment-in-coman-a-small-step-for-the-recognition-of-same-sex-couples-underlying-european-divides-over-lgbt-rights/>, consultatie 27 oktober 2022.
- BORG-BARTHET, J., “Jurisdiction in matrimonial matters – Reflections for the review of the Brussels IIa Regulation”, juni 2016, 44 p., [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOL_STU\(2016\)571361_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOL_STU(2016)571361_EN.pdf), consultatie 9 november 2022.

- BORG-BARTHET, J., “The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU”, *8 Priv. Int. L.* 2012, 359-388.
- BRIBOSIA, E. en RORIVE, I., “L’arrêt Coman: quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel”, *253 Journal de droit européen* 2018, 344–347.
- BROSCH, M. en MARIOTTINI, C.M., “Report on the international exchange seminar: facilitating cross-border family life towards a common European understanding”, 20 december 2019, 55 p., <http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams/index-Dateien/microsites/download.php?art=projektbericht&id=17>, consultatie 19 april 2023.
- BURGORGUE-LARSEN, L., *La Convention européenne des droits de l’homme (3e édition)*, Parijs, LGDJ, 2019, 330 p.
- DE COCK, W., “Hof van Justitie verstevigt rechten van gehuwde holebi-koppels”, *Juristenkrant* 2018, afl. 372, 1 en 20.
- DE MEYER, J. en VERHELLEN, J., “Afdeling II. HUWELIJKSZAKEN en ECHTSCHIEDING” in SWERTS, K., VAN CALSTER, G., DE MEYER, J., VERHELLEN, J., KRUGER, T. en BEEK, M., “De internationale rechtsmacht van de Belgische rechtbanken in familiezaken” in P. SENAËVE (ed.), *Handboek familieprocesrecht*, 2^e uitgave, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 1185 p.
- DONÀ, A., “Somewhere over the rainbow: Italy and the regulation of same-sex unions”, *Modern Italy (Cambridge University Press)* 2021, nr. 26(3), 261-274.
- DUDEK, D., “Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich”, *Przegląd Sejmowy* 2012 (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe), nr. 4(111), 167-181.
- FULCHIRON, H., “Vie privée et familiale”, *Journal européen des droits de l’homme* 2018, nr. 5, 467-491.
- GRABARCZYK, A., “Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego malzenstwa jednopłciowego – uwagi na tle orzecznictwa ETPC w Strasburgu”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2019, Vol. XXII, nr. 40, 27-40.
- GARLICKI, L. in GARLICKI, L. en ZUBIK, M., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.*, Vol. I, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2016, 1008 p.
- GIARO, T., *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, Warszawa, CH BECK, 2012, 278 p.
- GRABARCZYK, A., “Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego malzenstwa jednopłciowego – uwagi na tle orzecznictwa ETPC w Strasburgu”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2019, Vol. XXII, nr. 40, 27-40.
- GRABOWSKA-MOROZ, B. en WOJCIK, A., “Reframing LGBT rights advocacy in the context of the rule of law backsliding. The case of Poland”, *Intersections. East European Journal of Society and Politics* 3 januari 2022, Vol. 7, nr. 4, 85-103.

- GROMEK, K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa, CH BECK 2018, 1152 p.
- GYENEY, L., “Same sex couples’ right to free movement in light of member states’ national identities. The legal analysis of the Coman case”, *Iustum Aequum Salutare* XIV. 2018.2, 149–171.
- Human Rights Centre of Ghent University, “Third Party Intervention on ECHR’s Szypuła v. Poland and Urbanik & Alonso Rodriguez v. Poland (Application Nos. 78030/14 and 23669/16)”, 8 oktober 2020, 9 p., <https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf>.
- HYPSE, S., “Uwagi do projektu ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich”, *Prawo – Administracja – Kościół* 2004, nr. 1–2, 64–65.
- JAGODA, J., “Odmowa dokonania transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego z powodu sprzeczności z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego”, *Białostockie Studia Prawnicze* 2022, Vol. 27, nr. 3, 141-157.
- JAWORSKA, M., “Sądy jako organy wymiaru sprawiedliwości w polskim porządku prawnym”, 51-80, https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79127/PDF/03_M_Jaworska_Sady_jako_organy_wymiaru_sprawiedliwosci.pdf, consultatie 23 februari 2023.
- JESSURUN D’OLIVEIRA, U., “Het Europese Hof omarmt eindelijk het huwelijk van mensen met hetzelfde geslacht – Een stap in de goede richting”, *NJB* 2018, 2060 e.v.
- KÄLIN, W. en KÜNZLI, J., “Part III Substantive Guarantees, 12 Protection of Private Life” in *The Law of International Human Rights Protection (2nd edition)*, *Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL]* (Oxford University Press) 29 augustus 2019, 32 p.
- KLEINE, M., DE MAILLARD, V. en PIAT, A., “The role of the EU courts in developing same-sex couples’ rights”, 2018, 21 p., <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17292/WR%20TH-2018-02%20TEAM%20FR.pdf>, consultatie 20 november 2022.
- KLENIEWSKA, I., “Zarejestrowane związki partnerskie i małżeństwa osób tej samej płci za granicą a prawo polskie”, Warschau 2008, 32 p., <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/zwi%C4%85zki-partnerskie-IWS-I-Kleniewska.pdf>, consultatie 12 maart 2023.
- KOCHENOV, D., “On Options of Citizens and Moral Choices of States: Gays and European Federalism”, *33 Fordham Int’l LJ* 2009, 156-205.
- KOSIOR, WJ. en LUKASIEWICZ, JM, *Family Law in Poland*, Rzeszow, Legal Publishing House, 2018, 126 p.,

<https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/16062/FAMILY%20LAW%20-%20BOOK.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.

- KOZYRA, J., “Konstytucyjny model malzenstwa (art. 18 Konstytucji RP)”, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2015, nr. 24, 17-26.
- KROEZE, HHC. en SAFRADIN, B., “Een overwinning voor vrijverkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman-arrest”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, nr. 1/2, 51-59.
- KRUGER, T. en SAMYN, L., “Brussels IIbis: successes and suggested improvements”, *12 Journal of Private International Law* 2016, 132-168.
- KWITLINKSI, D., “Związki partnerskie w świetle konstytucyjnej definicji malzenstwa”, *Kortowski Przegląd Prawniczy*, 12-16, <https://wpia.uwm.edu.pl/czasopisma/sites/default/files/uploads/KPP/2015/2/18-22.pdf>, consultatie 13 maart 2023.
- LENAERTS, K., “Discovering the Law of the EU: The European Court of Justice and the Comparative Law Method” in PERIŠIN, T. en RODIN, S., (eds.), *The Transformation or Reconstitution of Europe: The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, Oxford, Hart Publishing 2018, 256 p.
- LENAERTS, K., “Federalism and the Rule of Law”, *Fordham Int’l LJ* 2011, Vol. 33, issue 5, article 2, 1338-1387.
- LETOWSKA, E. en WOLENSKI, J., “Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.”, *PIP* 2013, nr. 6, 15-40.
- LIEVENS, J., “EHRM opent deur naar Europese erkenning homohuwelijk”, *Juristenkrant* 2018, afl. 361, 1 en 16.
- MACMAHON BALDWIN, S., “The EU Court in Luxembourg is raising the bar on LGBT rights”, *Strasbourg Observers* 23 februari 2018, consultatie 9 november 2022.
- MACZYŃSKI, A., “Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych” in ANDRZEJEWSKI, M., *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń, Dom Organizatora, 2013, 279 p.
- MACZYŃSKI, A., “Prawo do zawarcia małżeństwa w świetle Konstytucji RP” in MOTYKA, K. (red.), *Prawo do małżeństwa na progu XXI w.*, Lublin, KUL, 2016, 177 p.
- MARZANO, V.J., “Oliari and the ECHR: Where the Court Failed”, *Pace Int’l L. Rev.* 2017, Vol. 29, issue 1, article 4, 250-287, <https://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol29/iss1/4>.
- NAZAR, M., “Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.”, *Rejent* 1997, nr. 5, 100-125.
- NUGRAHA, I.Y., “Marriage Overruled? ‘Certificate of Non-Impediment’ and Impediment to the Right to Same-Sex Marriage”, 18 p.,

https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0008/3966290/Nugraha_Ignatius-Yordan.pdf, consultatie 24 november 2022.

- PALAZZO, N., *Legal Recognition of Non-Conjugal Families*, Oxford UK, HART PUBLISHING, 2021, 248 p.
- PAWLICZAK, J., “Opinia prawna: na temat potrzeby oraz dopuszczalności instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci (w świetle prawa cywilnego oraz konstytucyjnego)”, *Zeszyty Prawnicze BAS* 2017, nr. 4(56), 9-30.
- PEERS, S., “Love wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU free movement law”, *EU Law Analysis* 5 juni 2018, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/06/love-wins-in-cjeu-same-sex-marriages.html>, consultatie 19 april 2023.
- PILICH, M., “Związki quasi-mażeńskie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym”, *Państwo i Prawo* 2011, nr. 2.
- PIOTROWSKI, R., “Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich”, *Przegląd Sejmowy* 2012 (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe), nr. 4(111), 182–194.
- POP, V., “Gay Marriage Case Becomes Lightning Rod for EU Court”, *Wall Street Journal* 4 juni 2018, <https://www.wsj.com/articles/gay-marriage-case-becomes-lightning-rod-for-eu-court-1528112258>.
- POPPELWELL-SCEVAK, C., “Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions”, *Strasbourg Observers* 2 februari 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/02/02/oliari-orlandi-and-homophobic-dissenting-opinions-the-strasbourg-approach-to-the-recognition-of-same-sex-marriages/>, consultatie 13 februari 2023.
- POPPELWELL-SCEVAK, C., “The challenges of saying ‘I do’ for same-sex couples: the Human Rights Centre submits a third party intervention in transnational same-sex marriage case”, *Strasbourg Observers* 20 november 2020, consultatie 24 november 2022.
- RIJPMAN, J.J., “You Gotta Let Love Move”, 15 *European Constitutional Law Review* 2019, 324–339.
- SAFJAN, M. en BOSEK, L. (red.), *Konstytucja...*, Warszawa, CH BECK, 2016, 1952 p.
- SOKOŁOWSKI, T., “Modern Polish Family Law”, *Pravovedenie* 2021, Vol. 65, nr. 2, 183-204.
- STEBELSKI, M., “Jeszcze na temat art. 18 Konstytucji RP. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego”, *Zeszyty Prawnicze* 2021, nr. 21.1/2021, 111-130.
- STERCK, J., “Sameness and selfhood: The efficiency of constitutional identities in EU law”, *24 ELJ* 2018, 281-296.
- STERNA ZIELINSKA, K., “Zakres semantyczny pojęcia „rodzina” w prawie polskim”, *Krytyka Prawa* 2016, Vol. 8, nr. 1/2016, 99–117.
- STRUS, Z., “Znaczenie artykułu 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, *Palestra* 2014, nr. 9, 233-247.

- SZYDLO, M., “Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP”, *Zeszyty Prawnicze* 2017, nr. 4(56) 2017, 9-30.
- THEIL, S., “Is the living instrument approach of the European Court of Human Rights compatible with the ECHR and International Law?”, *European Public Law* 2017, 33 p.
- TONER, H., *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Oxford, Hart, 2004, 286 p.
- TRYFONIDOU, A., “EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition”, *Columbia Journal of European Law* 2015, nr. 2, p. 195-248.
- TRYFONIDOU, A., “Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ’s Coman Judgment”, *European Law Blog* 19 juni 2018, <https://europeanlawblog.eu/2018/06/19/free-movement-of-same-sex-spouses-within-the-eu-the-ecjs-coman-judgment/>, consultatie 28 oktober 2022.
- TRYFONIDOU, A., “The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely between EU Member States: The Coman Ruling”, 44 *European Law Review* 2019, 663–679.
- VAN DEN BRINK, M., “Is the Reasoning in “Coman” as Good as the Result?”, *Verfassungsblog* 10 juni 2018, www.verfassungsblog.de/is-the-reasoning-in-coman-as-good-as-the-result/, consultatie 19 april 2023.
- VAIGÉ, L., “The problematics of recognition of same-sex marriages originating from member states according to the EU legal Regulation”, *Societal studies* 2012, afl. 4/2, 755-775.
- VIARENGO, I. e.a., “Defining Marriage and Other Unions of Persons in EU Family Law” in PFEIFFER, T., LOBACH; Q.C. en RAPP, T. (eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common EU Understanding: EUFams II and Beyond*, Dresden, Heidelberg University Publishing, 2021, 277 p.
- VIARENGO, I. en VILLATA, C. (eds.), “Planning the future of cross border families: a path through coordination – final study”, 456 p., <https://www.aeafa.es/files/noticias/eufams-final-study-v1.0+clauses.pdf> (consultatie 8 november 2022).
- VLADIMIROVICH KOCHENOV, D. en BELAVUSAU, U., “After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in 8 questions and some further thoughts”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, Vol. 27(5), 549-572.
- WARNEZ, M., “Het vrij verkeer van personen toegepast op paren van gelijk geslacht: het afgeleid verblijfsrecht voor de partner van hetzelfde geslacht na Coman”, masterproef rechten UGent, 2020, https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/862/864/RUG01-002862864_2020_0001_AC.pdf.
- WASIK, M., “Lack of Recognition of Cross-border Same-sex Relationships in Poland – Legal Aspects from the Perspective of the Free Movement of Persons”, *Studia Europejskie – Studies in European Affairs* 2020, 1/2020, 21 p.

- WIERCINSKI, J. en KOSINSKA-WIERCINSKA, J., “Family law in Poland: overview”, *Thomson Reuters: Practical Law* 2020, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-2579?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a815221](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-2579?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a815221), consultatie 6 maart 2023.
- WOSZCZYK, N., “Konstytucja a malzenstwo: stadium komparatystyczne na przykladzie Polski i Hiszpanii”, *Studia Iuridica LXXVI*, 400-416.
- ZILINSKY, M., “Verordening Brussel IIter: het nieuwe systeem van erkenning en tenuitvoerlegging”, *EB* februari 2022, 2022/6, afl. 1/2, 20-25.

Varia

- BBC, “Polish election: Andrzej Duda says LGBT ‘ideology’ worse than communism”, *BBC* 14 juni 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-53039864>, consultatie 27 maart 2023.
- COM(2003)199 final, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0199:FIN:EN:PDF>.
- COM(2009) 313 final, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0313:FIN:en:PDF>.
- Comité van Ministers, “The Russian Federation is excluded from the Council of Europe”, 16 maart 2022, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe>, consultatie 12 februari 2023.
- Concurring opinion rechter Koskelo bij EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a./Italië*.
- Dissenting opinion rechters Pejchal en Wojtyczek bij EHRM 14 december 2017, nr. 26431/12, 26742/12, 44057/12 en 60088/12, *Orlandi e.a./Italië*.
- EU Commissie, “EU founding values: Commission starts legal action against Hungary and Poland for violations of fundamental rights of LGBTIQ people”, 15 juli 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3668, consultatie 27 maart 2023.
- ILGA Europe, “Poland: anti-LGBTI hate timeline”, <https://www.ilga-europe.org/files/uploads/2022/06/Poland-Anti-LGBT-Timeline.pdf>, consultatie 27 maart 2023.
- Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens, “ADVISORY OPINION OC-24/17 OF NOVEMBER 24, 2017 REQUESTED BY THE REPUBLIC OF COSTA RICA GENDER IDENTITY, AND EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION OF SAME-SEX COUPLES”, 24 november 2017, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_eng.pdf, 130 p.
- M. TOMASSINI, ““Poland is violating the fundamental rights of EU citizens and blatantly disregarding EU treaties and standards.” says ILGA-Europe as a legal complaint is submitted to the European Commission”, *ILGA world* 15 september 2020, <https://ilga.org/ilga-europe-joint-statement-poland-sept2020>, consultatie 27 maart 2023.

- Milosc Nie Wyklucza – Stowarzyszenie, “Związki partnerskie w Polsce i na świecie”, <https://mnw.org.pl/zwiazki-partnerskie/>, consultatie 11 maart 2023.
- Opinie Advocaat-Generaal van 11 januari 2018 in de zaak HvJ EU 5 juni 2018, zaak nr. C-673/16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62016CC0673>.
- Opinie Advocaat-Generaal in de zaak C-147/08 (Römer).
- Ordo Iuris, “Local government Charter of the Rights of the Family”, 29 maart 2019, <https://en.ordoiuris.pl/family-and-marriage/local-government-charter-rights-family>, consultatie 27 maart 2023.
- Rzecznik Praw Obywatelskich, “Nieuregulowanie związków jedнопłciowych w Polsce narusza ochronę prawa do życia prywatnego. Stanowisko RPO dla ETPC”, 27 oktober 2020, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-nieuregulowanie-zwiazkow-jednoplciowych-narusza-prawo-do-zycia-prywatnego>, consultatie 6 maart 2023.
- S. WALKER, “Polish president issues campaign pledge to fight ‘LGBT ideology’”, *The Guardian* 12 juni 2020, consultatie 27 maart 2023.
- TVN24, “Wybory prezydenckie. Andrzej Duda podpisał “karte rodziny””, *TVN24* 10 juni 2020, consultatie 27 maart 2023.
- WB, “Duda podpisał “Kartę Rodziny”. Co zawiera dokument? M.in. zapisy o “ochronie przed ideologią LGBT””, *gazeta.pl* 10 juni 2020, consultatie 27 maart 2023.
- X., “VS-president Biden ondertekent wet die homohuwelijk beschermt”, *VRT NWS* 14 december 2022, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2022/12/14/vs-president-biden-ondertekent-wet-die-homohuwelijk-beschermt/>, consultatie 30 januari 2023.