

LJN: AS7054, Hoge Raad , R04/088HR

Datum uitspraak: 27-05-2005

Datum publicatie: 27-05-2005

Rechtsgebied: Personen-en familierecht

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: 27 mei 2005 Eerste Kamer Rek.nr. R04/088HR JMH Hoge Raad der Nederlanden Beschikking in de zaak van: [De vader], wonende te [woonplaats], VERZOEKER tot cassatie, advocaat: mr. L. van Hoppe, t e g e n [De moeder], wonende te [woonplaats], VERWEERSTER in cassatie, niet verschenen. 1. Het geding in feitelijke instanties...

Uitspraak

27 mei 2005

Eerste Kamer

Rek.nr. R04/088HR

JMH

Hoge Raad der Nederlanden

Beschikking

in de zaak van:

[De vader],
wonende te [woonplaats],
VERZOEKER tot cassatie,
advocaat: mr. L. van Hoppe,

t e g e n

[De moeder],
wonende te [woonplaats],
VERWEERSTER in cassatie,
niet verschenen.

1. Het geding in feitelijke instanties

Met een op 11 juni 2003 ter griffie van de rechtbank te Zutphen, sector kanton, locatie Apeldoorn, ingekomen verzoekschrift heeft verzoeker tot cassatie - verder te noemen: de vader - zich gewend tot de kantonrechter aldaar en verzocht:

primair: het gezag over de uit verweerster in cassatie - verder te noemen: de moeder - op [geboortedatum] 1995 te [geboorteplaats] geboren en door de vader erkende minderjarige [het kind],

hierna: het kind, in diere voege te wijzigen dat hij bij uitsluiting met het gezag over het kind zal worden bekleed;
subsidiar: te bepalen dat de moeder zal gedogen dat het kind voorlopig diens hoofdverblijf bij de vader zal hebben, en
uiterst subsidiar: een omgangsregeling tussen de vader en het kind vast te stellen.

De moeder heeft de verzoeken bestreden.

De kantonrechter heeft bij beschikking van 26 augustus 2003 het primaire en het subsidiaire verzoek afgewezen en een omgangsregeling tussen de vader en het kind vastgesteld zoals in het dictum van de beschikking is vermeld.

Tegen deze beschikking heeft de vader hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem. Daarbij heeft hij verzocht voormelde beschikking te vernietigen en, opnieuw beschikkende, bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te bepalen:

- dat een bijzonder curator wordt benoemd;

- dat primair de vader alleen wordt belast met het gezag over het kind en subsidiar partijen gezamenlijk met het gezag over het kind worden belast, met de bepaling dat deze beschikking in de plaats komt van de machtiging van de moeder aan de vader om inschrijving daarvan in het gezagsregister te doen plaatsvinden, zulks voor zover noodzakelijk;

- dat een omgangsregeling tussen de vader en het kind wordt vastgesteld, zoals in het petitum van het verzoekschrift is omschreven.

De moeder heeft bij verweerschrift verzocht de vader niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoeken, althans deze af te wijzen. Vervolgens heeft zij incidenteel hoger beroep ingesteld en daarbij wijziging van de omgangsregeling tussen de vader en het kind verzocht, zoals in het petitum van haar beroepschrift is omschreven.

Bij beschikking van 27 april 2004 heeft het hof in het principaal en incidenteel beroep:

- de vader niet-ontvankelijk verklaard in zijn (subsidiare) verzoek om te bepalen dat partijen gezamenlijk gezag over het kind verkrijgen en dat deze beschikking in de plaats komt van een machtiging van de moeder aan de vader om inschrijving hiervan in het gezagsregister te laten plaatsvinden;

- de beschikking van de kantonrechter vernietigd, voor zover het de omgangsregeling tussen de vader en het kind betreft, en, opnieuw beschikkende, een andere omgangsregeling vastgesteld zoals in het dictum van deze beschikking is bepaald;

- deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard, en

- het meer of anders verzochte afgewezen.

De beschikking van het hof is aan deze beschikking gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van het hof heeft de vader beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

De moeder is in cassatie niet verschenen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Strikwerda strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking van het gerechtshof te Arnhem en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

De vader en de moeder hebben een affectieve relatie met elkaar gehad die in maart 1999 is geëindigd. Het kind is op [geboortedatum] 1995 uit deze relatie geboren. De moeder is van rechtswege belast met het gezag over het kind, dat bij haar woont. De vader heeft het kind erkend.

3.2 De kantonrechter heeft, voorzover in cassatie van belang, het hiervoor in 1 vermelde primaire verzoek van de vader tot wijziging van het gezag over het kind in diër voege dat de vader bij uitsluiting met het gezag over hem zal worden bekleed, afgewezen. De vader heeft in het door hem ingestelde hoger beroep onder handhaving van zijn primaire verzoek het hof verzocht subsidiair te bepalen dat partijen gezamenlijk met het gezag over het kind worden belast, met bepaling dat de beschikking van het hof in de plaats komt van de machtiging van de moeder aan de vader om inschrijving daarvan in het gezagsregister te doen plaatsvinden, zulks voorzover noodzakelijk.

3.3 Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd voorzover daarbij het primaire verzoek van de vader werd afgewezen, en heeft de vader in zijn alsnog in hoger beroep gedane subsidiaire verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Daartoe overwoog het hof (rov. 4.3): "Het subsidiaire verzoek van de vader, dat ertoe strekt dat hij samen met de moeder het ouderlijk gezag over [het kind] zal uitoefenen en dat voor het eerst in hoger beroep is gedaan, kan slechts toewijsbaar zijn indien aan de daaraan in artikel 1:252 BW gestelde voorwaarden is voldaan. Voor de vader biedt de wet immers geen andere mogelijkheid om die rechtstoestand te bereiken. Alleen al omdat het hier niet een gezamenlijk verzoek van de beide ouders van [het kind] betreft - de moeder verzet zich zelfs tegen toewijzing daarvan - is de vader niet-ontvankelijk in zijn subsidiaire verzoek. Anders dan de vader betoogt, kan het vereiste dat het verzoek van de beide ouders afkomstig moet zijn, niet als een ontoelaatbare inmenging in het recht op eerbiediging van 'family life' van de vader als de niet met het gezag belaste ouder worden geoordeeld. De situatie van het onderhavige geval verschilt van die in het arrest van het hof Leeuwarden van 5 februari 2003, NJ 2003/352, waarop de vader doelt. In het onderhavige geval is de vader niet gehuwd geweest met de moeder, voor welke situatie de - nog recentelijk gewijzigde - wetgeving niet de mogelijkheid creëert om tegen de wil van de moeder te bewerkstelligen dat het ouderlijk gezag over het kind wordt gewijzigd van een eenhoofdig gezag in een gezamenlijk gezag. Het door het hof Leeuwarden besliste geval betrof evenwel een inbreuk bij echtscheiding in het recht op eerbiediging van 'family life', waar immers het ouderlijk gezag aan een van de ouders was toegekend nà echtscheiding, in welk kader het vereiste van artikel 1:253o BW, eerste lid, tweede volzin, een ontoelaatbare inmenging in het familie- en gezinsleven van die ouder werd geoordeeld."

3.4 Het hiertegen gerichte middel stelt de vraag aan de orde of de in art. 1:252 BW besloten liggende regel dat de rechter het gezamenlijk gezag over een kind van ouders die niet met elkaar gehuwd zijn (geweest) en die nimmer het gezag over hun kind gezamenlijk hebben uitgeoefend, slechts op gezamenlijk verzoek van de ouders en niet enkel op verzoek van de vader kan toekennen, een ongeoorloofde beperking is van het door art. 6 lid 1 EVRM aan de vader gegarandeerde recht op toegang tot de rechter ter vaststelling van zijn aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende aanspraak op bescherming van zijn recht op "the exercise of parental rights". Die vraag moet bevestigend worden beantwoord. Nu de vader het kind heeft erkend, bestaat tussen hen beiden in beginsel een band die als familie- en gezinsleven in de zin van art. 8 lid 1 EVRM kan worden aangemerkt. Een "fundamental element" van het familie- en gezinsleven van ouder en kind wordt gevormd door "the exercise of parental rights", ook indien sprake is van een "natural family", zoals in het onderhavige geval (vgl. R. tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 8 juli 1987, no. 10496/83, rov. 64, Nielsen tegen Denemarken, EHRM 28 november 1988, no. 10929/84, rov. 61, en Kroon en anderen tegen Nederland, EHRM 27 oktober 1994, no. 18535/91, NJ 1995, 248, rov. 30). De vader ontleent aan art. 8 lid 1 EVRM een aanspraak op bescherming van zijn recht op "the exercise of parental rights", welk recht tevens is te beschouwen als een burgerlijk recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, zodat dit artikellid de vader

eveneens het recht op toegang tot de rechter garandeert ter vaststelling van dat recht. Voor de in art. 1:252 BW besloten liggende beperking van dat recht op toegang tot de rechter doordat het gezamenlijk gezag slechts door beide ouders kan worden verzocht, bestaat onvoldoende grond. De vader moet ten minste aan de rechter de vraag kunnen voorleggen of grond bestaat tot wijziging van het eenhoofdige gezag van de moeder in gezamenlijk gezag. Indien het recht op eerbiediging van het "family life" van de moeder of het kind of hun belangen zich tegen een dergelijke wijziging verzetten, kan dit leiden tot afwijzing van het verzoek, maar die mogelijkheid kan niet rechtvaardigen dat door niet-ontvankelijkverklaring van de vader in zijn verzoek hem het recht op toegang tot de rechter wordt ontnomen.

3.5 Het voorgaande leidt ertoe dat in overeenstemming met art. 6 lid 1 EVRM art. 1:253c lid 1 BW aldus moet worden uitgelegd dat de vader niet alleen om toekenning van eenhoofdige, maar ook van gezamenlijk gezag over het kind kan verzoeken, en dat art. 1:253e BW aldus moet worden uitgelegd dat, indien het verzoek van de vader ingevolge art. 1:253c lid 1 BW tot toekenning van gezamenlijk gezag over het kind wordt ingewilligd, dit tot gevolg heeft dat, indien de moeder het gezag tot dusverre alleen uitoefende, zij dit voortaan gezamenlijk met de vader uitoefent.

3.6 Het middel is, voorzover hiervoor besproken, gegrond. Het behoeft voor het overige geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof te Arnhem van 27 april 2004;
verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop en W.A.M. van Schendel, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president P. Neleman op 27 mei 2005.

Conclusie

Rek.nr. R04/088HR
Mr. L. Strikwerda
Parket, 18 febr. 2005

conclusie inzake

[de vader]

tegen

[de moeder]

Edelhoogachtbaar College,

1. Centraal in deze zaak staat de vraag of de in art. 1:252 BW besloten liggende regel dat de rechter het gezamenlijk gezag over een kind van ouders die niet met elkaar gehuwd zijn (geweest) en die

nimmer het gezag over hun kind gezamenlijk hebben uitgeoefend, slechts op gezamenlijk verzoek van de ouders en niet enkel op verzoek van de vader kan toekennen, een ongeoorloofde inmenging oplevert in het door art. 8 EVRM gegarandeerde recht op eerbiediging van het "family life" van de vader met het kind, en of het niet-ontvankelijk verklaren van de vader in zijn verzoek tot toekenning van het gezamenlijk gezag in strijd is met het door art. 6 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter.

2. De feiten liggen als volgt (zie r.o. 3.1 van de bestreden beschikking).

- (i) Partijen, hierna: de vader en de moeder, hebben een affectieve relatie met elkaar gehad die in maart 1999 is geëindigd.
- (ii) Uit deze relatie is op [geboortedatum] 1995 [het kind] geboren.
- (iii) De moeder is van rechtswege met het gezag over [het kind] belast.
- (iv) De vader heeft [het kind] erkend.
- (v) [Het kind] woont bij de moeder.

3. De vader heeft zich op 11 juni 2003 met verzoekschrift gewend tot de rechtbank Zutphen, sector Kanton, locatie Apeldoorn. Voor zover thans in cassatie van belang strekte zijn verzoek (primaire) tot wijziging van het gezag over [het kind] in dier voege dat de vader bij uitsluiting met het gezag over [het kind] zal worden bekleed.

4. De moeder heeft verweer gevoerd.

5. De kantonrechter heeft bij beschikking van 26 augustus 2003 het (primaire) verzoek van de vader afgewezen.

6. De vader is van de beschikking van de kantonrechter in hoger beroep gegaan bij het gerechtshof te Arnhem. Hij heeft het hof verzocht de beschikking van de kantonrechter te vernietigen. Onder handhaving van zijn primaire verzoek, verzocht de vader thans subsidiair te bepalen dat partijen gezamenlijk met gezag over [het kind] worden belast, met bepaling dat de beschikking van het hof in de plaats komt van de machtiging van de moeder aan de vader om inschrijving daarvan in het gezagsregister te doen plaatsvinden, zulks voor zover noodzakelijk.

7. Na verweer door de moeder heeft het hof bij beschikking van 27 april 2004 de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd voor zover daarbij het primaire verzoek van de vader werd afgewezen. In zijn alsnog in hoger beroep gedane subsidiaire verzoek werd de vader door het hof niet-ontvankelijk verklaard. Daartoe overwoog het hof (r.o. 4.3):

"Het subsidiaire verzoek van de vader, dat ertoe strekt dat hij samen met de moeder het ouderlijk gezag over [het kind] zal uitoefenen en dat voor het eerst in hoger beroep is gedaan, kan slechts worden toegewezen indien aan de daaraan in artikel 1:252 BW gestelde voorwaarden is voldaan. Voor de vader biedt de wet immers geen andere mogelijkheid om die rechtstoestand te bereiken. Alleen al omdat het hier niet een gezamenlijk verzoek van de beide ouders van [het kind] betreft - de moeder verzet zich zelfs tegen toewijzing daarvan - is de vader niet-ontvankelijk in zijn subsidiaire verzoek. Anders dan de vader betoogt, kan het vereiste dat het verzoek van de beide ouders afkomstig moet zijn, niet als een ontoelaatbare inmenging in het recht op eerbiediging van 'family life' van de vader als de niet met het gezag belaste ouder worden geoordeeld. De situatie van het onderhavige geval verschilt van die in het arrest van het hof Leeuwarden van 5 februari 2003, NJ 2003/352, waarop de vader doelt. In het onderhavige geval is de vader niet gehuwd geweest met de moeder, voor welke situatie de - nog recentelijk gewijzigde - wetgeving niet de mogelijkheid creëert om tegen de wil van de moeder te bewerkstelligen dat het ouderlijk gezag over het kind wordt gewijzigd van

een eenhoofdig gezag in een gezamenlijk gezag. Het door het hof Leeuwarden besliste geval betrof evenwel een inbreuk bij echtscheiding in het recht op eerbiediging van 'family life', waar immers het ouderlijk gezag aan een van de ouders was toegekend na echtscheiding, in welk kader het vereiste van artikel 1:253o BW, eerste lid, tweede volzin, een ontoelaatbare inmenging in het familie- en gezinsleven van die ouder werd geoordeeld."

8. De vader is tegen de beschikking van het hof (tijdig) in cassatie gekomen met één middel. De moeder heeft geen verweerschrift in cassatie ingediend.

9. Het middel neemt stelling tegen de zojuist aangehaalde rechtsoverweging van het hof en betoogt dat het hof daarin blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien de zienswijze van het hof in strijd is met art. 8 (jo. 14) EVRM, art. 6 (jo. 14) EVRM, art. 26 IVBPR en art. 8 jo. 13 EVRM, althans dat de beslissing van het hof in het licht van deze verdragsbepalingen zonder nadere motivering niet begrijpelijk is.

10. Van de verste strekking en daarom als eerste te behandelen is de klacht dat het hof heeft miskend dat de niet-ontvankelijk verklaring van de vader in diens subsidiaire verzoek in strijd is met het door art. 6 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter voor de verwezenlijking van burgerlijke rechten.

11. Bij de beoordeling van deze klacht dient vooropgesteld te worden dat - onbestreden in cassatie - door het hof is vastgesteld dat de vader [het kind] heeft erkend. Reeds hieruit vloeit voort dat tussen de vader en [het kind] in beginsel een band bestaat die als familie- en gezinsleven in de zin van art. 8 lid 1 EVRM kan worden aangemerkt. Zie HR 26 november 1999, NJ 2000, 85.

12. Voorts dient vooropgesteld te worden dat "the exercise of parental rights" een "fundamental element" vormt van het familie- en gezinsleven van ouder en kind. Zie EHRM 8 juli 1987, Series A, Vol. 121 (R. v. Verenigd Koninkrijk), r.o. 64; EHRM 28 november 1988, Series A, Vol. 144 (Nielsen v. Denemarken), r.o. 61. Dit is niet anders ingeval sprake is van een "natural family", zoals in het onderhavige geval. Zie EHRM 26 mei 1994, Series A, Vol. 290 (Keegan v. Ierland), NJ 1995, 247, nt. JdB onder NJ 1995, 248, r.o. 44; EHRM 27 oktober 1994, Series A, Vol. 297-C (Kroon e.a. v. Nederland), NJ 1995, 248 nt. JdB.

13. De door de vader aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende aanspraak op bescherming van zijn recht op "the exercise of parental rights" is aan te merken als een burgerlijk recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Art. 6 lid 1 EVRM garandeert de vader toegang tot de rechter ter vaststelling van diens burgerlijke rechten, waaronder zijn uit art. 8 lid 1 EVRM voortvloeiende aanspraak.

14. Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut. In het onderhavige geval voorziet weliswaar de wet in een beperking, maar de grond voor die beperking kan niet worden gevonden in de bescherming van de rechten en vrijheden van de moeder en/of [het kind]. Of deze rechten en vrijheden zich verzetten tegen toewijzing van het subsidiaire verzoek van de vader is een kwestie die aan de orde behoort te komen bij de beoordeling van de vraag of op de door de vader aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende aanspraak op bescherming van zijn recht op "the exercise of parental rights" een inbreuk gerechtvaardigd is op grond van het bepaalde in art. 8 lid 2 EVRM, doch vormt geen gegronde reden om de vader de toegang tot de rechter te ontfemen om nu juist die vraag beoordeeld te zien.

15. Op grond van dit een en ander moet m.i. worden aangenomen dat de in art. 1:252 BW besloten liggende regel dat de rechter het gezamenlijk gezag over een kind van ouders die niet met elkaar

gehuwd zijn (geweest) en die nimmer het gezag over hun kind gezamenlijk hebben uitgeoefend, slechts op gezamenlijk verzoek van de ouders en niet enkel op verzoek van de vader kan toekennen, een ongeoorloofde beperking is van het door art. 6 lid 1 EVRM aan de vader gegarandeerde recht op toegang tot de rechter ter vaststelling van zijn aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende aanspraak op bescherming van zijn recht op "the exercise of parental rights". Een gegronde reden voor deze wettelijke beperking is naar mijn oordeel niet aan te wijzen. In dezelfde zin Rb Zwolle 9 februari 2004, LJN AO3270 en, mede dan wel uitsluitend via de band van schending van art. 8 lid 1 EVRM, Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2004, NJF 2004, 273 en Rb Breda 7 november 2003, LJN AO4091. Zie ook (i.v.m. art. 1:253o BW) Hof Amsterdam 8 juli 2004, NJF 2004, 572 en Hof Leeuwarden 5 februari 2003, NJ 2003, 352, en (i.v.m. art. 1:253t BW) Hof 's-Gravenhage 3 september 2003, LJN AL8181. Zie voorts M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, Eenhoofdig gezag niet meer voor altijd, EB 2004, blz. 60-61, en S. Jansen, Gezamenlijk gezag na scheiding: over een dubieuze voorwaarde, FJR 2002, blz. 109-111.

16. Opmerking verdient dat art. 1:253c lid 1 BW de tot het gezag bevoegde vader van het kind (waaronder is begrepen de man die het kind heeft erkend), die nimmer het gezag gezamenlijk met de moeder heeft uitgeoefend, de bevoegdheid toekent de rechter te verzoeken hem met het gezag over het kind te belasten. Inwilliging van dit verzoek heeft, indien de moeder het gezag tot dusverre uitoefende, tot gevolg dat de moeder het gezag verliest: art. 1:253e BW. Het valt in het licht van het door art. 6 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter niet goed in te zien waarom de vader wel kan worden ontvangen in een eenzijdig verzoek tot gezagswijziging, welk verzoek bij inwilliging tot gevolg heeft dat de moeder het gezag verliest, doch niet kan worden ontvangen in een eenzijdig verzoek dat bij inwilliging minder vèrstreckende gevolgen heeft, namelijk dat de vader en de moeder gezamenlijk met de uitoefening van het gezag worden belast. In deze zin Rb Zwolle 9 februari 2004, LJN AO3270.

17. Blijkens het wetsvoorstel tot Wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag (wetsvoorstel 29 353) heeft de Minister van Justitie zich inmiddels, ten aanzien van de bepaling van art. 1:253o lid 1 BW, bekeerd tot de opvatting dat het in die bepaling opgenomen vereiste dat het verzoek om weer of alsnog met het gezamenlijk gezag te worden belast slechts van beide ouders afkomstig moet zijn, geschrapd dient te worden. Als redenen noemt de Minister onder meer (Kamerstukken II 2003/04, 29 353, nr. 3, blz. 3):

"Artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) omvat het recht om een zaak in verband met de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen bij de rechter aanhangig te maken. Hoewel het recht tot toegang van de rechter beperkt kan worden, is er in de genoemde gevallen geen goede reden om de eis van een gezamenlijk verzoek te stellen. (...). Ook artikel 8 EVRM is hier van belang. Het toekennen van gezag aan één van de ouders als zodanig kan als een inbreuk op het gezins- en familieleven worden beschouwd. De rechter zou daarom desverzocht moeten kunnen beoordelen of er nog steeds sprake is van een rechtvaardiging voor deze inbreuk op grond van artikel 8, tweede lid, EVRM."

Mutatis mutandis geldt, dunkt me, hetzelfde voor de beperking die besloten ligt is art. 1:252 BW.

18. Het vorenoverwogene voert tot de conclusie dat de in art. 1:252 BW besloten liggende beperking in strijd moet worden geacht met art. 6 lid 1 EVRM en dat die beperking op grond van art. 94 Grondwet buiten toepassing dient te blijven. Daartoe is niet noodzakelijk het artikel onverbindend te verklaren. Volstaan kan m.i. worden met een verdragsconforme uitleg van art. 1:253c lid 1 jo. art. 1:253e BW in dier voege dat in de eerstbedoelde bepaling geacht moet worden besloten te liggen dat

de vader niet alleen om toekenning van éénhoofdig, maar ook van gezamenlijke gezag over het kind kan verzoeken, en dat in de laatstbedoelde bepaling geacht moet worden besloten te liggen dat, indien het verzoek van de vader ex art. 253c lid 1 BW tot toekenning van gezamenlijk gezag over het kind wordt ingewilligd, dit tot gevolg heeft dat, indien de moeder het gezag tot dusverre alleen uitoefende, zij dit voortaan gezamenlijk met de vader uitoefent.

19. Indien de door het middel aangevoerde klacht dat het niet-ontvankelijk verklaren door het hof van de vader in zijn verzoek tot toekenning van het gezamenlijk gezag over [het kind] in strijd is met het door art. 6 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter, gegrond wordt geoordeeld, behoeven de overige door het middel opgeworpen klachten geen behandeling. De vraag of in het kader van de beoordeling van het subsidiaire verzoek van de vader op de door de vader aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende aanspraak op bescherming van zijn recht op "the exercise of parental rights" een inbreuk gerechtvaardigd is op grond van het bepaalde in art. 8 lid 2 EVRM, meer bepaald op grond van de rechten en vrijheden van de moeder en [het kind], zal na verwijzing onderzocht dienen te worden.

De conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking van het gerechtshof te Arnhem en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden