

**JPF 2010/62**

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch**

27 november 2008, HV 200.007.204/01; LJN BG6114.

( Mr. Van Leuven

Mr. Pellis

Mr. Lohuis )

[X.] te [woonplaats],

appellante,

hierna: de vrouw,

advocaat: mr. J.E. Benner.

Als belanghebbenden in deze zaak zijn aangemerkt:

[Y.] te [woonplaats],

hierna: de man,

en

mr. J. Nederlof, advocaat te Tilburg,

in zijn hoedanigheid van bijzonder curator van de minderjarigen:

[S.], geboren te [geboorteplaats] op [geboortejaar], en

[T.], geboren te [geboorteplaats] op [geboortejaar],

hierna: de curator.

Internationale afstamming, Openbare orde

[ WCA - 6 ; EVRM - 8; BW Boek 1 - 207 ]

## » **Samenvatting**

De moeder verzoekt in hoger beroep tegen de beslissing van 21 februari 2008 van de Rechtbank Breda om opnieuw het vaderschap van de man over twee minderjarigen kinderen gerechtelijk vast te stellen. De man heeft de kinderen in Nederland erkend. De vrouw bezit de Marokkaanse nationaliteit en verblijft illegaal in Nederland. De man woont in Nederland en heeft zowel de Nederlandse als de Marokkaanse nationaliteit.

De vraag rijst welk recht moet worden toegepast op het verzoek van de vrouw. Op grond van art. 6 leden 1 en 3 Wet Conflictenrecht Afstamming (hierna: WCA) dient Marokkaans recht te worden toegepast als de gemeenschappelijke nationaliteit van zowel de man als de vrouw ten tijde van het verzoek in eerste aanleg. De vrouw voert echter dat art. 8 EVRM zich verzet tegen de toepassing van het aangewezen recht. Het toepassen van het Marokkaanse recht in deze casus zou leiden tot de conclusie dat de kinderen staatloos zouden zijn. De erkenning van de kinderen in Nederland door de man heeft niet ertoe geleid dat de kinderen de Nederlandse nationaliteit hebben verkregen. De erkenning werkt namelijk niet terug tot de geboorte. Aanspraak op de Marokkaanse nationaliteit van de vader of de moeder is volgens Marokkaans recht ook niet mogelijk. Voorts wordt de moeder in Nederland met uitzetting bedreigd, om reden dat zij illegaal in Nederland verblijft. De vader zou niet in staat zijn zelfstandig voor de kinderen te zorgen. De kinderen meenemen naar Marokko is tevens geen optie, omdat zij daar niet geaccepteerd worden door de Marokkaanse autoriteiten.

Het hof stelt dat het recht op gerechtelijke vaststelling onder het bereik van art. 8 EVRM valt en dat art. 6 WCA een inbreuk vormt op dit recht. Volgens het hof is deze inmenging niet noodzakelijk in een democratische samenleving voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen omdat zowel de vader als de moeder het verzoek ondersteunen. Art. 6 WCA vormt daarom een ontoelaatbare inbreuk zodat op grond van de openbare orde het Nederlands recht wordt toegepast. Art. 1:207 lid 2 onder a BW bepaalt echter dat gerechtelijke vaststelling niet mogelijk is als het kind

reeds is erkend. Het hof bepaalt echter dat ook deze regel opzij mag worden gezet, omdat deze regel bedoeld is om te voorkomen dat het kind in een familierechtelijke betrekking tot meer dan twee ouders komt te staan. Nu het DNA-onderzoek het vaderschap heeft aangetoond wordt het verzoek tot gerechtelijke vaststelling toegewezen. Het hof vernietigt de beslissing van de Rechtbank Breda.

## » Uitspraak

### **1. Het geding in eerste aanleg**

(...; red.)

### **2. Het geding in hoger beroep**

(...; red.)

### **3. De gronden van het hoger beroep**

(...; red.)

### **4. De beoordeling**

4.1. De moeder verzoekt in hoger beroep opnieuw om vaststelling van het vaderschap van de man over de minderjarigen:

- [S.], geboren te [geboorteplaats] op [geboortejaar] en
- [T.], geboren te [geboorteplaats] op [geboortejaar],

De man heeft de beide kinderen na hun geboorte erkend.

4.2. De vrouw betwist niet dat ingevolge artikel 6 lid 1 en lid 3 Wet Conflictenrecht Afstamming (WCA) Marokkaans recht van toepassing is op haar verzoek, nu zowel de man als zij ten tijde van het verzoek in eerste aanleg de gemeenschappelijke Marokkaanse nationaliteit bezat, maar zij is tevens van mening dat het recht op familylife, dat is neergelegd in artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), alsmede onder meer het bepaalde in de artikelen 2 en 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) zich verzetten tegen toepassing van het door de verwijzingsregel van artikel 6 WCA aangewezen Marokkaans recht.

Ter toelichting hierop heeft de vrouw aangevoerd dat haar beide kinderen thans staatloos zijn, omdat de postnatale erkenning door de man geen terugwerkende kracht kent, waardoor de kinderen bij hun geboorte niet de Nederlandse nationaliteit hebben verworven, terwijl de kinderen geen aanspraak kunnen maken op de Marokkaanse nationaliteit, omdat zij nu de moeder en de man niet zijn gehuwd, geen wettige kinderen zijn van een Marokkaanse vader. De kinderen kunnen de Marokkaanse nationaliteit evenmin aan hun moeder ontleen, omdat de biologische vader van de kinderen bij de Marokkaanse autoriteiten bekend is en de moeder niet met deze vader is getrouwd. De vrouw heeft verder aangevoerd dat de kinderen door hun staatloosheid in een noodsituatie verkeren. Aangezien de vrouw illegaal in Nederland verblijft wordt zij thans met uitzetting bedreigd, maar kan zij de kinderen niet meenemen naar Marokko nu deze niet geaccepteerd worden door de Marokkaanse autoriteiten. De man kan niet alleen voor de minderjarigen zorgen, nu hij een zwakke gezondheid heeft en leeft van een bijstandsuitkering. Door toewijzing van het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zullen de kinderen de Nederlandse nationaliteit verkrijgen, waardoor zij niet langer staatloos zullen zijn, zij niet meer met uitzetting of vreemdelingenbewaring zullen worden bedreigd, zij naar school kunnen gaan en er voor hen kinderbijslag kan worden aangevraagd, terwijl de moeder een afgeleide verblijfsvergunning kan aanvragen.

4.3. De advocaat van de man heeft zich zowel in eerste aanleg als in hoger beroep op het standpunt gesteld dat vaststaat dat de beide kinderen thans staatloos zijn, dat het belang van de kinderen is gediend bij het verkrijgen van de Nederlandse nationaliteit en dat er tevens sprake is van een spoedeisend belang, nu de kinderen en hun moeder illegaal in Nederland verblijven en elk moment gedwongen kunnen worden Nederland te verlaten.

4.4. De curator heeft zowel in eerste aanleg als in hoger beroep gesteld dat het belang van de minderjarigen voorop staat en dat hun belang gediend is bij het verwerven van de nationaliteit.

4.5. Naar het oordeel van het hof kan uit hetgeen de vrouw zowel in eerste aanleg als in hoger beroep heeft gesteld worden afgeleid, dat er sprake is van bijzondere omstandigheden die voor de beide kinderen een noodtoestand opleveren.

4.6. Naar het oordeel van het hof ontleent een kind aan artikel 8 EVRM het recht om jegens de verwekker een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in te stellen en dit verzoek toegewezen te zien indien aan artikel 1: 207 BW wordt voldaan. Het enkele verwekkerschap is daartoe voldoende. In dit verband wordt nog overwogen dat het stellen van andere eisen gelet op de context waarin in casu op artikel 8 EVRM een beroep wordt gedaan, te weten een kind dat de bescherming van voornoemd artikel inroept teneinde een familierechtelijke relatie tussen hem en zijn verwekker te bewerkstelligen een ongerechtvaardigd verschil in behandeling tussen kinderen binnen en buiten huwelijk geboren zou opleveren. Evenzeer zou er een ongerechtvaardigd verschil tussen kinderen, buiten huwelijk geboren, kunnen ontstaan ten aanzien van wie een erkenning heeft plaatsgevonden en kinderen ten aanzien van wie dat niet het geval is geweest. Niet gezegd kan dan ook worden dat artikel 1:207 BW een verdergaande bescherming biedt dan uit artikel 8 EVRM voortvloeit.

4.7. Nu de vraag “of het recht op gerechtelijke vaststelling van het vaderschap een recht is dat binnen het kader van artikel 8 EVRM valt” positief beantwoord is, dient (vervolgens) beoordeeld te worden of toepassing van de in artikel 6 WCA opgenomen verwijzingsregel met in dit geval als resultaat dat in de onderhavige zaak aan het kind het recht op gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt onthouden, kan worden gezien als een gerechtvaardigde inmenging als bedoeld in artikel 8 lid 2 EVRM.

4.8. Opvallend in de WCA is dat het beginsel van begunstiging door de wetgever wordt toegepast in de artikelen waarin de erkenning, de ontkenning en de wettiging worden geregeld en dat daarbij het belang van het kind wordt genoemd als aanleiding om een favoriserend element in te bouwen (zie bijvoorbeeld de Memorie van Toelichting pagina's 10, 13 en 16). In artikel 6 WCA is echter, als hiervoor reeds aangegeven, uitdrukkelijk gekozen voor het niet opnemen van een begunstigingsregel.

4.9. Uit de parlementaire geschiedenis voorafgegaan aan de totstandkoming van de WCA komt naar voren (Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 26675, nr. 6) dat de Minister van Justitie mede naar aanleiding van een vraag over de keuze van het in artikel 6 opgenomen verwijzingsstelsel het navolgende antwoord geeft:

“pag. 22 (...). In artikel 6 is in het geval van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap gekozen voor dezelfde conflictenregels als die welke zijn voorgesteld voor de vraag naar het bestaan van familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en zijn met elkaar gehuwde ouders. (...) De procedure tot vaststelling van het vaderschap zal doorgaans alleen in aanmerking komen in situaties waarin de beweerde vader, als hij nog leeft, niet genegen is een kind vrijwillig te erkennen. De uitspraak komt erop neer dat hem het juridische vaderschap wordt opgelegd. Dat is ingrijpend. Ik meen daarom dat het wetsvoorstel terecht de adviezen volgt door niet te kiezen voor een favoriserend regime maar voor een aan partijen gemeenschappelijk aanknopingspunt. Ik teken daarbij nog aan dat naast de mogelijkheid van vaststelling van het vaderschap de klassieke vaderschapsactie bestaat, die leidt tot een vaststelling van een onderhoudsverplichting van de beweerde vader, maar niet tot vaststelling van

familierechtelijke betrekkingen tussen hem en het kind. Op deze actie wordt in internationale gevallen het recht toegepast dat toepasselijk is op onderhoudsverplichtingen.”

4.10. Het vorenstaande brengt mee dat in feite gekeken moet worden of de keuze van de wetgever voor een niet favoriserende regeling in het onderhavige geval is toegestaan, omdat de inmenging in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, nu immers niet aannemelijk is dat een van de andere inmenginggronden speelt.

4.11. Naar het oordeel van het hof is dat niet het geval, reeds om reden dat zowel de moeder als de biologische vader het verzoek van het kind ondersteunt. In de onderhavige zaak komt artikel 6 WCA, althans het verwijzingsresultaat op ontoelaatbare wijze in strijd met artikel 8 EVRM en dient op grond van de openbare orde op de onderhavige zaak Nederlands recht in plaats van Marokkaans recht op het verzoek van de moeder te worden toegepast, gelet op de betrokkenheid van de onderhavige zaak met de Nederlandse rechtssfeer. Aan de hand van artikel 1:207 BW dient te worden beoordeeld of het verzoek van de moeder voor toewijzing in aanmerking komt.

4.12. Artikel 1:207 lid 2, aanhef en onder a. BW leidt er op het eerste gezicht toe dat gerechtelijke vaststelling van het vaderschap naar Nederlands recht niet mogelijk is wanneer het kind, gelijk hier het geval is, reeds werd erkend. De strekking van deze bepaling is evenwel daarin gelegen dat moet worden voorkomen dat een kind tot meer dan twee ouders in een familierechtelijke betrekking komt te staan en daarvan is in het onderhavige geval geen sprake.

4.13. Gelet op het vorenstaande en in aanmerking nemende dat de advocaat van de vrouw bij brief van 18 september 2008 het op 2 september 2008 door Verilabs te Leiden uitgebracht Humaan Identiteitstest Rapport in het geding heeft gebracht, welk rapport – kort gezegd – als conclusie inhoudt dat op basis van de markerprofiel-analyse van het uitgevoerde DNA onderzoek met meer dan 99.999% zekerheid is aangetoond dat de man de biologische vader van de beide kinderen is, is het hof van oordeel dat het verzoek van de vrouw dient te worden toegewezen.

4.14. Uit het voorgaande volgt dat de bestreden beschikking moet worden vernietigd.

## ***5. De beslissing***

Het hof:

vernietigt de beschikking van de rechtbank Breda van 21 februari 2008

en opnieuw rechtdoende:

wijst alsnog toe het verzoek van de moeder;

stelt het vaderschap vast van [Y.], geboren te [geboorteplaats] (Marokko) op [geboortejaar] over de minderjarigen:

- [S.], geboren te [geboorteplaats] op [geboortejaar] en
- [T.], geboren te [geboorteplaats] op [geboortejaar],

## **» Noot**

Noot R. Leen en I. Curry-Sumner onder «JPF» 2010/63.