

JPF 2010/63

Rechtbank 's-Gravenhage

3 november 2008, 305989 FA RK 08-1672; LJN BG8815.

(Mr. Verbeek)

[De moeder] te [plaats] (Marokko),

hierna te noemen: de moeder,

advocaat: mr. M. Kaouass.

Als belanghebbenden worden aangemerkt:

[het kind], geboren op [datum] 2005 te Amsterdam,

hierna te noemen: het kind,

in rechte vertegenwoordigd door mr. V.R.G. Seedorf-Monpellier, advocaat, kantoorhoudende te 's-Gravenhage,

in de hoedanigheid van bijzonder curator over het kind,

hierna te noemen: de bijzonder curator,

en

[de man] te Amsterdam,

hierna te noemen: de man,

advocaat: mr. [...].

Internationale afstamming, Openbare orde

[WCA - 6; EVRM - 8]

» **Samenvatting**

Een in Marokko wonende moeder verzoekt de Rechtbank 's-Gravenhage om het vaderschap gerechtelijk vast te stellen over haar kind. De moeder heeft de Marokkaanse nationaliteit. Het kind is in Nederland geboren. De man woont in Nederland en bezit zowel de Nederlandse als de Marokkaanse nationaliteit.

De vraag rijst welk recht moet worden toegepast op het verzoek tot gerechtelijke vaststelling. Op grond van art. 6 lid 1 Wet Conflictenrecht Afstamming (hierna: WCA) wordt Marokkaanse recht toegepast, omdat dat het gemeenschappelijke nationale recht is van zowel de man als de vrouw ten tijde van het indienen van het verzoek. De rechtbank concludeert dat op basis van het Marokkaanse recht het vaderschap niet gerechtelijk kan worden vastgesteld omdat het kind buiten het huwelijk is geboren.

Voorts concludeert de Rechtbank 's-Gravenhage dat de openbare orde de toepassing van art. 6 WCA niet toelaat. Volgens de rechtbank is het ontbreken van de mogelijkheid om het vaderschap vast te stellen van een kind, dat buiten het huwelijk geboren is en waarbij de vader het kind niet wil erkennen, in strijd met de openbare orde, mede gezien in het licht van art. 8 EVRM. Nederlands recht moet daarom worden toegepast op het verzoek. De vader is niet op de zitting verschenen. De rechtbank heeft een DNA-onderzoek gelast. Indien de vader niet meewerkt aan het DNA-onderzoek kan de rechter hieruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

» **Uitspraak**

Procedure

(...; red.)

Beoordeling

De moeder heeft de Marokkaanse nationaliteit en de man heeft de Nederlandse en Marokkaanse nationaliteit.

Internationaal privaatrecht verzoek gerechtelijke vaststelling vaderschap

Gelet op het bepaalde in artikel 3 sub a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) komt de Nederlandse rechter met betrekking tot het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap rechtsmacht toe.

Ingevolge artikel 6 lid 1 van de Wet Conflictenrecht Afstamming (WCA) is Marokkaans recht van toepassing op de vaststelling van het vaderschap, zijnde het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van de moeder en de man.

Op grond van artikel 152 van Boek 3 van de Mudawwana komt afstamming tot stand op de navolgende gronden: het bed, de erkenning en dwaling. Gelet op hetgeen in de stukken staat vermeld is van geen van de drie situaties in het onderhavige geval sprake, zodat het verzoek met toepassing van Marokkaans recht zou moeten worden afgewezen.

Gelet op het door de bijzonder curator gestelde over het beoordelen van het verzoek naar Nederlands recht overweegt de rechtbank als volgt.

Het is naar Marokkaans recht noch voor een moeder noch voor een kind mogelijk om, als de biologische vader van een kind dat niet binnen een huwelijk is geboren, dit kind niet heeft erkend/niet wil erkennen, diens vaderschap te laten vaststellen. Het ontbreken van deze mogelijkheid is naar het oordeel van de rechtbank in strijd met de openbare orde, mede gezien in het licht van artikel 8 EVRM. De rechtbank is van oordeel dat, gezien het vorenstaande en gelet op de betrokkenheid van de zaak met de Nederlandse rechtssfeer, het verzoek op grond van de openbare orde beoordeeld dient te worden naar Nederlands recht.

Inhoudelijke beoordeling verzoek gerechtelijke vaststelling vaderschap

De moeder heeft gesteld dat de man de verwekker is van het kind.

De man heeft geen verweer gevoerd en is niet ter terechtzitting verschenen.

De bijzonder curator heeft gesteld dat de man niet heeft gereageerd op haar oproepen, zodat zijn standpunt over het verwekkerschap niet bekend is. Zij stelt voor een DNA-onderzoek te gelasten.

De rechtbank stelt voorop dat zij feiten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende betwist als vaststaand moet beschouwen, behoudens de bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.

Nu er geen enkel bewijs aanwezig is van de stelling van de moeder dat de man de verwekker van het kind is, acht de rechtbank op dit moment het uitsluitend niet weerspreken door de man van het verzoek onvoldoende om het verzoek te kunnen toewijzen. De rechtbank acht aanvullend bewijs nodig.

Het door de moeder en de bijzonder curator in de stukken gestelde in aanmerking nemende ziet de rechtbank aanleiding een deskundigenbericht te bevelen.

De moeder heeft weliswaar gesteld dat de rechtbank zich via een rogatoire commissie tot de rechtbank in Kenitra kan wenden om aldaar een DNA-onderzoek te doen plaatsvinden en zij verwijst hiertoe naar het Haags Rechtsvorderingverdrag van 1954, maar de rechtbank is van oordeel dat deze

in het verdrag genoemde mogelijkheid niet geschikt is voor een geval als het onderhavige. Nu de moeder in Nederland een procedure is gestart acht de rechtbank het aangewezen een Nederlandse deskundige te benoemen. Zij wijst er hierbij op dat de moeder zo nodig in samenspraak met deze Nederlandse deskundige in Marokko door een aldaar gevestigd deskundig instituut het DNA van het kind kan laten afnemen.

Nu de moeder niet ter zitting is verschenen en zij noch de bijzonder curator zich hebben uitgelaten over de te benoemen deskundige zal de rechtbank ambtshalve de na te noemen deskundige benoemen.

De rechtbank wijst de man erop dat hij verplicht is mee te werken aan het DNA-onderzoek. Indien hij niet voldoet aan deze verplichting dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

Nu op de moeder de bewijslast rust van haar stellingen dienen de kosten van het DNA-onderzoek in beginsel voor haar rekening te komen. Nu zij op toevoegingsbasis procedeert worden de kosten van voormeld door de rechtbank te gelasten onderzoek ingevolge artikel 199 lid 3 Rv voorlopig in debet gesteld bij de rechtbank.

Internationaal privaatrecht verzoek kinderalimentatie

Nu de man in Nederland woont, komt de Nederlandse rechter rechtsmacht toe ten aanzien van het verzoek tot vaststelling van een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind.

Op het verzoek tot vaststelling van een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind is op grond van artikel 4 van het Verdrag inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen van 2 oktober 1973, Trb. 1974, 86, in beginsel Marokkaans recht van toepassing.

Inhoudelijke beoordeling verzoek kinderalimentatie

De moeder heeft verzocht een door de man te betalen bijdrage in de kosten van opvoeding en verzorging van het kind van € 250,= per maand te bepalen.

Nu echter nog niet vaststaat of de man de verwekker van het kind is, zal dit verzoek worden aangehouden in afwachting van de resultaten van het DNA-onderzoek.

De rechtbank constateert dat het verzoek van de moeder vooralsnog op geen enkele wijze is onderbouwd. Nu de behandeling van het verzoek zoals voormeld zal worden aangehouden, zal de rechtbank de moeder in de gelegenheid stellen haar verzoek, in het licht van het Marokkaanse recht, nader te onderbouwen.

Algemeen

De moeder wordt voorts nog verzocht zich nader uit te laten over de naam van het kind, nu er een Nederlandse geboorteakte ten name van [het kind], is overgelegd en een Marokkaanse geboorteakte ten name van [het kind (schrijfwijze achternaam is anders)].

Nu in de Nederlandse geboorteakte de naam [het kind], staat vermeld dient de moeder nog een uittreksel uit het gezagsregister over te leggen met betrekking tot het kind met laatstgenoemde naam.

De rechtbank zal gezien het vorenstaande beslissen als na te melden.

Beslissing

De rechtbank:

beveelt een onderzoek door een deskundige van het DNA van:

1. [de man]
2. [het kind], geboren op [datum] 2005 te Amsterdam,

en legt aan deze deskundige de vraag voor welke conclusie er aan de hand van zijn bevindingen moet worden getrokken ten aanzien van het eventuele verwekkerschap van de man;

benoemt tot deskundige die het onderzoek zal verrichten en de bovenstaande vraag zal beantwoorden:

dhr. dr. C.M.N. Veltman, verbonden aan Verilabs Nederland B.V., Einsteinweg 5, 2333 CC Leiden;

bepaalt dat hangende de procedure het ten laste van 's-Rijks kas betaalde deel van de kosten van het onderzoek voorlopig aan de moeder in debet zal worden gesteld;

bepaalt dat de benoemde deskundige een schriftelijk, gemotiveerd en ondertekend bericht omtrent zijn onderzoek uiterlijk op 1 februari 2009, vergezeld van haar declaratie zal zenden naar de griffie van deze rechtbank, sector Familie- en Jeugdrecht, Postbus 20302, 2500 EH 's-Gravenhage;

bepaalt dat de griffier van deze rechtbank een afschrift van deze beschikking aan de deskundige zendt;

bepaalt dat de moeder tot uiterlijk 15 december 2008 in de gelegenheid is haar verzoek tot het vaststellen van kinderalimentatie, in het licht van het Marokkaanse recht, nader te onderbouwen, alsmede zich nader uit te laten over de naam van het kind en het gezag zoals hiervoor onder algemeen vermeld;

bepaalt dat de griffier daarna de man in de gelegenheid zal stellen op deze nadere onderbouwing te reageren;

houdt iedere verdere beslissing – ten aanzien van de verzoeken van de vrouw, alsmede ten aanzien van de kosten van het deskundigenonderzoek – aan tot 1 februari 2009 pro forma.

» Noot

In zowel de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage (LJN BG8815) als van het Hof 's-Hertogenbosch (LJN BG6114) rijst de vraag welk recht moet worden toegepast op een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. In beide gevallen bepaalt art. 6 leden 1 en 3 Wet Conflictenrecht Afstamming (hierna: WCA) dat het Marokkaanse recht van toepassing is op het verzoek, om reden dat beide ouders ten tijde van het indienen van het verzoek de Marokkaanse nationaliteit bezaten. De kinderen zijn echter geboren buiten het huwelijk en het Marokkaanse recht maakt het niet mogelijk om in dit geval het vaderschap gerechtelijk vast te stellen. De vaders hebben naast de Marokkaanse nationaliteit ook de Nederlandse nationaliteit. In beide uitspraken staat de rechtsvraag centraal: “Leidt het in artikel 8 van het EVRM opgenomen recht op familie- en gezinsleven ertoe dat het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in afwijking van de verwijzingsregel van artikel 6 WCA op grond van de openbare orde beoordeeld behoort te worden naar Nederlands recht?”

In 2006 heeft het Hof Amsterdam over een vergelijkbare situatie geoordeeld (Hof Amsterdam 23 februari 2006, LJN AV2119). In dit arrest is volgens art. 6 WCA het Marokkaanse recht van toepassing op het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en volgens het Marokkaanse recht is gerechtelijke vaststelling niet mogelijk. Het hof komt tot de conclusie dat art. 6 WCA op een ontoelaatbare wijze in strijd is met art. 8 EVRM, zodat op grond van de openbare orde Nederlands recht wordt toegepast. Het hof wijkt daarbij bewust af van de keuze van de wetgever om

in art. 6 WCA geen begunstigingsregel toe te passen (*Kamerstukken II* 2001-2002, 26 675, nr. 6, p. 22). De wetgever heeft immers zelf bij de totstandkoming van art. 1:207 BW bepaald dat de onmogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in strijd zou kunnen zijn met art. 8 EVRM en dat het kind in principe aanspraak heeft op een gerechtelijke vaststellingsprocedure. In art. 1:207 BW is daarom het bestaan van het verwekkerschap al voldoende voor een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Het bestaan van “family life” tussen vader en kind is niet noodzakelijk (HR 25 maart 2005, NJ 2005, 313). Op deze wijze wordt sinds 1 april 1998 in Nederland geen (wettelijk) onderscheid meer gemaakt tussen wettige en onwettige kinderen. Het Hof 's-Hertogenbosch (LJN BG6114) acht de stelling van de wetgever bij de keuze voor het niet toepassen van een begunstigingsregel in art. 6 WCA onvoldoende gemotiveerd. Waarom geldt deze motivering alleen in die gevallen waarop art. 6 WCA van toepassing is? Het hof is van oordeel dat er geen verdere gronden zijn die de inmenging van art. 6 WCA rechtvaardigen en dat daarom Nederlands recht van toepassing is.

De Rechtbank 's-Gravenhage (LJN BG8815) volgt deze lijn. De rechter stelt slechts dat het Marokkaanse recht de gerechtelijke vaststelling niet mogelijk maakt bij een kind geboren buiten het huwelijk en dat dit in strijd met de Nederlandse openbare orde is. Nederlands recht is daarom van toepassing. Geen verdere motivering wordt door de rechter gegeven. Het feit dat Marokkaans recht de gerechtelijke vaststelling onmogelijk maakt is voldoende. Het Hof 's-Hertogenbosch daarentegen geeft een uitgebreide motivering waarom de verwijzingsregel van art. 6 WCA in dit geval niet wordt toegepast.

In het arrest van het hof (LJN BG6114) was er sprake van een noodsituatie. De moeder verbleef illegaal in Nederland en werd bedreigd met uitzetting en had niet de mogelijkheid de kinderen mee terug te nemen naar Marokko. De kinderen waren daardoor staatloos. Door het verkrijgen van de Nederlandse nationaliteit zouden de kinderen niet langer staatloos zijn en kon de moeder een afgeleide verblijfsvergunning aanvragen. Er stond dus meer op het spel dan alleen het vaststellen van de familierechtelijke betrekking tussen de vader en zijn kinderen. Het hof stelt dat het recht op gerechtelijke vaststelling binnen het toepassingsgebied van art. 8 EVRM valt en dat om deze reden dient te worden beoordeeld of art. 6 WCA een gerechtvaardigde inmenging vormt als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM. Het hof verwijst vervolgens ook naar de wetsgeschiedenis waarin wordt opgemerkt dat de wetgever bewust heeft gekozen voor geen begunstigingsregel, gezien het feit dat het vaderschap wordt opgelegd. Het hof stelt vervolgens dat *in casu* het vaderschap niet wordt opgelegd. Er is daarom geen sprake van een gerechtvaardigde inmenging. Het hof wijst dus nadrukkelijk op het feit dat het hier, in tegenstelling tot de wetsgeschiedenis, niet gaat om het opleggen van het vaderschap.

Het arrest van de Hoge Raad van 12 december 2008 (LJN: BG1113) heeft ook betrekking op de vraag of art. 6 WCA opzij gezet mag worden indien het land waar art. 6 WCA naar verwijst, geen gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kent. *In casu* hadden de moeder en minderjarige de Surinaamse nationaliteit en de man de Nederlandse nationaliteit. Volgens art. 6 WCA was het Surinaamse recht van toepassing en volgens het Surinaamse recht is gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet mogelijk. De man kon echter wel naar Surinaams recht het kind erkennen en het was niet gebleken dat de man het kind niet wilde erkennen. Hier wordt gesteld dat “het feit dat de Surinaamse wetgeving geen actie tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kent en de Nederlandse wel, niet tot gevolg heeft dat de Nederlandse rechter de Surinaamse wetgeving zonder meer terzijde kan schuiven. Slechts onder bijzondere omstandigheden, die voor het kind een noodtoestand opleveren, die niet op een andere wijze kan worden opgeheven of doorbroken dan door het terzijde stellen van het intern lokale recht, kan hiertoe worden overgegaan.” Volgens het hof was daar *in casu* geen sprake van. De moeder ging tegen de beschikking in cassatie, maar de aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden.

Waarom wordt in deze laatste uitspraak art. 6 WCA niet opzij gezet en in de hiervoor genoemde

uitspraken wel? Volgens Kiestra (L.R. Kiestra, 'De betekenis van het EVRM voor de internationale gerechtelijke vaststelling van het vaderschap', NIPR, 2010, 27) draait het allemaal om de toepassing van het criterium noodtoestand. Wordt het kind door het toepassen van het buitenlandse recht dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet kent in een zodanig nijpende situatie gebracht dat deze rechtvaardigt dat dit buitenlandse recht opzij gezet wordt ten faveure van het Nederlandse recht? Deze zienswijze komt duidelijk naar voren in de hiervoor genoemde arresten van het Hof 's-Hertogenbosch en van de Hoge Raad. In de andere genoemde uitspraken wordt echter niet naar een noodsituatie verwezen. Het verschil tussen het arrest van de Hoge Raad en de andere uitspraken lijkt te zitten in het feit dat er, als een kind wordt geboren buiten het huwelijk, volgens Marokkaans recht geen mogelijkheid bestaat om in een familierechtelijke relatie te komen met de vader. Of deze situatie direct te bestempelen is als een noodtoestand is ons inziens de vraag. Wel is duidelijk dat deze situatie in strijd is met art. 8 EVRM en dat dit leidt tot het buiten toepassing laten van art. 6 WCA op grond van de openbare orde. Wellicht verdient het thans voorgestelde art. 10:97 BW aanpassing zodat deze jurisprudentiereeks (of reeds?) vaste wetgeving wordt?

R. Leen en I. Curry-Sumner, Rozemarein Leen is student Legal Research Masters aan de Universiteit Utrecht en tevens student assistent van I. Curry-Sumner geweest