

JPF 2013/131

Rechtbank Haarlem

11 december 2012, 169537/FA RK 10-1613; ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6564.

(mr. Otter)

In de zaak van:

[naam moeder] te [plaats],

hierna mede te noemen: de moeder,

advocaat: mr. M.G.C. van Riet, kantoorhoudende te Amsterdam,

tegen

[naam man], zonder vaste woon- of verblijfplaats hier te lande,

hierna mede te noemen: de man.

De minderjarige [naam kind 2] wordt vertegenwoordigd door mr. mr. G.F.H. Velthuisen, bijzondere curator,

en in de procedure:

mr. G.F.H. Velthuisen, advocaat te Zaandam, gemeente Zaanstad,

in zijn hoedanigheid van bijzondere curator over de minderjarige [naam kind 1],

hierna mede te noemen: de bijzondere curator,

tegen

[naam man], zonder vaste woon- of verblijfplaats hier te lande,

hierna mede te noemen: de man.

Gerechtelijke vaststelling vaderschap, Toepasselijk recht

[BW Boek 1 - 207 ; BW Boek 10 - 97]

» **Samenvatting**

De man en de vrouw hebben de Nigeriaanse nationaliteit. Het verzoek behelst de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de man. Uit onderzoek van het laboratorium is gebleken dat de man met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de biologische vader is van de twee minderjarigen.

Zoals in de tussenbeschikking is overwogen, is het Nigeriaanse recht op grond van art. 10:97 BW in beginsel van toepassing op de verzoeken tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Volgens Nigeriaans recht staan de minderjarigen niet in familierechtelijke betrekking tot de man. Wettiging kan naar Nigeriaans recht plaatsvinden door een opvolgend huwelijk van de ouders en door erkenning van het vaderschap. Het Nigeriaanse recht kent niet de rechtsfiguur van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Zoals in de tussenbeschikking al is gebleken, is het voor de man en de vrouw niet mogelijk om in Nederland, dan wel in Nigeria, met elkaar in het huwelijk te treden. Hierdoor is het niet mogelijk dat de erkenning van het vaderschap door de man naar Nigeriaans recht zal plaatsvinden.

De rechtbank is van mening dat het onthouden van het recht tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap in strijd is met art. 8 EVRM jo. art. 8 IVRK. De rechtbank zal daarom op de verzoeken Nederlands recht toepassen. Dit gebeurt omdat de moeder samen met de minderjarigen in Nederland verblijft, zij hier hun gewone verblijfplaats hebben en ook de man feitelijk in Nederland verblijft. De rechtbank acht het op grond van de (overgelegde) verklaringen van de moeder in de asielprocedure en de door partijen ten overstaan van de ambassadeur van Nigeria afgelegde verklaring voldoende aannemelijk dat de moeder ten tijde van de geboorte van beide minderjarigen ongehuwd was.

De rechtbank stelt het vaderschap van de man ten aanzien van de genoemde minderjarigen vast.

» Uitspraak

1. Procedure

(...; red.)

2. Nadere beoordeling

2.1. Uit het rapport van Verilabs, Laboratorium voor verwantschapsonderzoek van 18 oktober 2012 blijkt dat de man met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de biologische vader is van de minderjarigen [naam]:

- [naam kind 1], geboren [datum] 2002 in de gemeente [plaats];
- [naam kind 2], geboren op [datum] 2007 in de gemeente [plaats].

2.2. In vervolg op de tussenbeschikking van 19 juli 2011 overweegt de rechtbank het volgende. De beantwoording van de vraag welk recht toepasselijk is op de verzoeken dient te geschieden aan de hand van het bepaalde in artikel 97 van Boek 10 van het Burgerlijk (artikel 6 WCA oud).

2.3. Zoals in voormelde tussenbeschikking reeds is overwogen, is het Nigeriaanse recht in beginsel van toepassing op de verzoeken tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, aangezien vaststaat dat de moeder en de man de Nigeriaanse nationaliteit bezitten. Volgens Nigeriaans recht staan minderjarigen die buiten huwelijk zijn geboren, niet in familierechtelijke betrekking tot de man. Wettiging kan naar Nigeriaans recht plaatsvinden door een opvolgend huwelijk van de ouders en door erkenning van het vaderschap. Het Nigeriaanse recht kent niet de rechtsfiguur van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.

2.4. Op grond van de verklaring van de moeder, zoals weergegeven in de tussenbeschikking van 19 juli 2011, is naar het oordeel van de rechtbank voldoende komen vast te staan dat het voor partijen niet mogelijk is in Nederland, dan wel in Nigeria met elkaar in het huwelijk te treden. Uit de schriftelijke verklaring van de ambassade van Nigeria te 's-Gravenhage van 17 juli 2011 blijkt dat het evenmin mogelijk is om op de ambassade tussen partijen een huwelijk te voltrekken. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat een huwelijk tussen partijen niet mogelijk is, zodat erkenning van het vaderschap door de man naar Nigeriaans recht evenmin zal kunnen plaatsvinden.

2.5. De rechtbank is met de advocaat van de moeder en de bijzondere curator van oordeel dat het Nigeriaanse recht, dat de moeder (en de man) het recht onthoudt om het vaderschap van de man gerechtelijk vast te stellen, in strijd is met het in artikel 8 EVRM beschermde familie- en gezinsleven en het in artikel 8, tweede lid IVRK recht van het kind op bescherming van ieder bestanddeel van zijn identiteit. De rechtbank zal daarom op de verzoeken het Nederlandse recht toepassen, aangezien de moeder, samen met de minderjarigen, haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft, en overigens de man ook feitelijk in Nederland verblijft.

2.6. Het verzoek van de moeder is ten aanzien van de minderjarige Israel binnen de termijn genoemd in artikel 1:207 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek ingediend.

2.7. Ter zitting van 28 juni 2011 heeft de bijzondere curator aangegeven dat de minderjarige [naam kind 1] er belang bij heeft dat ook voor haar een beslissing wordt gegeven over haar afstamming.

Nu de bijzondere curator namens [naam kind 1] heeft verzocht het vaderschap van de man gerechtelijk vast te stellen, zal de rechtbank op dit verzoek beslissen, zodat de belangen van dit kind niet worden geschaad door de bijzondere curator te verplichten een afzonderlijke procedure te laten

indienen.

2.8. De bijzondere curator heeft geconcludeerd tot toewijzing van de verzoeken.

2.9. De rechtbank acht het op grond van de (overgelegde) verklaringen van de moeder in de asielpcedure en de door partijen ten overstaan van de ambassadeur van Nigeria afgelegde verklaring (brief Nigeriaanse ambassade van 29 september 2011) voldoende aannemelijk dat de moeder ten tijde van de geboorte van beide minderjarigen ongehuwd was.

2.9. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, kunnen de verzoeken van de vrouw en de bijzondere curator, waarmee de man uitdrukkelijk heeft ingestemd, worden toegewezen, nu ook voor het overige niet is gebleken dat deze verzoeken onrechtmatig zijn.

2.10. De moeder en de man hebben te kennen gegeven ervoor te kiezen dat de kinderen de geslachtsnaam [naam man] zullen dragen.

3. Beslissing:

De rechtbank:

3.1. Stelt vast het vaderschap van [naam man], geboren op [datum] 1971 in Nigeria, over de kinderen [naam]:

– [naam kind 1], geboren op [datum] 2002 in de gemeente [plaats];

– [naam kind 2], geboren op [datum] 2007 in de gemeente [plaats].

3.2. Stelt vast dat de geslachtsnaam van voormelde kinderen [naam man] zal zijn.

3.3. Bepaalt dat de kosten van het deskundigenonderzoek ten laste van 's Rijkskas komen.

3.4. Wijst af het meer of anders verzochte.

3.5. Draagt de griffier – op grond van artikel 1:20e lid 1 BW – op niet eerder dan drie maanden na de dag van de uitspraak van deze beschikking – en indien daartegen geen hoger beroep is ingesteld – een afschrift van deze beschikking te zenden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente [plaats] (ten behoeve van de minderjarige [naam kind]) en [plaats] (ten behoeve van de minderjarige [naam kind 2]).

» Noot

Gerechtelijke vaststelling is een instituut dat in 1998 in Nederland is ingevoerd. Op grond van de regels van het toepasselijk recht kan buitenlands recht op een dergelijk verzoek worden toegepast (zie bijvoorbeeld een recent geval waarin het recht van Burundi diende te worden toegepast, Rechtbank Groningen 9 november 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BP0832). De gerechtelijke vaststelling is echter een instituut dat niet in alle landen ter wereld is geaccepteerd. In landen zoals Marokko en Nigeria bestaat deze mogelijkheid niet op grond van de nationale wetgeving. Op grond van de regels van het toepasselijk recht kan het echter wel voorkomen, zoals in de onderhavige situatie, dat het recht van een dergelijke jurisdictie van toepassing is op een verzoek tot gerechtelijke vaststelling in Nederland. De vraag is hoe hiermee dient te worden omgegaan.

Voor de inwerkingtreding van Boek 10 BW stonden er twee verschillende wegen open om de toepassing van het buitenlands recht opzij te zetten. Ten eerste kon de rechter een beroep doen op de algemene openbare orde-exceptie. Toepassing van het buitenlandse recht zou in strijd zijn met de Nederlandse openbare orde en kon derhalve *in casu* niet worden toegepast. De tweede optie was een beroep op schending van art. 8 EVRM (zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 22 juli 2009,

ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ4906). Sinds de inwerkingtreding van Boek 10 BW is mijns inziens een beroep op de openbare orde-exceptie minder goed hard te maken. De wetgever heeft namelijk al kennis genomen van de problematiek rondom de toepassing van het buitenlands recht bij een verzoek tot gerechtelijke vaststelling, en heeft duidelijk gekozen voor een regel die niet is gebaseerd op het begunstigingsbeginsel. In plaats daarvan is een regel enkel gebaseerd op de nauwe verbondenheid in het leven geroepen. Om deze reden is mijns inziens een beroep op art. 10:6 BW (strijd met openbare orde) niet voor de hand liggend.

Anders ligt het echter met een beroep op art. 8 EVRM. Dit komt omdat het hier een internationaal instrument betreft dat directe, rechtstreekse werking in Nederland heeft op grond van de art. 93 en 94 Grondwet. De Nederlandse rechter heeft op grond hiervan wel degelijk een taak om te controleren of de wetten die door het Nederlandse Parlement tot stand zijn gebracht door de beugel kunnen in het licht van de verdragsverplichtingen voortvloeiend uit het EVRM.

Hoewel in deze zaak de Rechtbank Haarlem een dergelijke weg heeft bewandeld en tot de conclusie is gekomen dat toepassing van het Nigeriaans recht in strijd zou zijn met art. 8 EVRM, heeft de rechtbank betrekkelijk weinig aandacht besteed aan de vraag of er een rechtvaardigingsgrond bestaat voor de toepassing van een IPR-regel gebaseerd op nauwste verbondenheid in plaats van begunstiging, in het kader van de vaststelling van het toe te passen recht bij verzoeken tot gerechtelijke vaststelling.

Mijns inziens had hier in ieder geval aandacht moeten worden besteed aan de overwegingen van de Nederlandse regering om geen verandering aan te brengen in de vóór Boek 10 BW geldende situatie. Eén van de mogelijke verklaringen voor het niet toepassen van het begunstigingsbeginsel ligt in de problematiek van de erkenning van dergelijke beslissingen in het buitenland. Vooral in dit geval, waarbij beide ouders de Nigeriaanse nationaliteit bezitten, zal hoogst waarschijnlijk een dergelijke rechtelijke beslissing in Nigeria niet worden erkend. Dit roept hinkende rechtsverhoudingen in het leven, hetgeen normaal gesproken dient te worden vermeden. Kortom: een moeilijk raakvlak tussen de methodologie van het IPR en het mensenrechtelijke kader waarin de vraag zich afspeelt.

mr. dr. I. Curry-Sumner,