

Vervangende toestemming voor erkenning: een analyse van recente rechtspraak

FJR 2015/43

Met de rechtsfiguur erkenning heeft het afstammingsrecht een regeling voor ongehuwde ouders en hun kinderen. Als de moeder van het kind niet instemt met de erkenning, kan de man de rechter om vervangende toestemming vragen. In deze bijdrage wordt recente rechtspraak over vervangende toestemming van de rechter onderzocht om de vraag te beantwoorden of het afstammingsrecht op dit punt aan wijziging toe is.

1. Inleiding

De begrippen wettige en onwettige kinderen maken al een kleine twintig jaar geen deel meer uit van het Nederlandse familierecht.² De vraag of een kind tijdens een huwelijk ter wereld kwam, was voorheen sterk bepalend voor de rechtspositie van het kind en zijn vader. De tijd en het recht zijn veranderd, maar ook nu nog is de status van kinderen, zij het veel minder dan voorheen, gekoppeld aan de relatievorm van de ouders. Kinderen geboren binnen formele relaties (huwelijk of geregistreerd partnerschap) hebben van rechtswege twee ouders. Kinderen die niet in die situatie ter wereld komen, hebben alleen een moeder, tenzij de vader het kind erkent (of zijn vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld). Inmiddels wordt van alle eerste kinderen 50% buiten een formele relatie geboren. Voor alle kinderen (dus inclusief tweede en volgende kinderen) is dat ongeveer 40%.³ Het is een kwestie van tijd totdat de hoofdregel van afstamming van rechtswege de uitzondering is geworden. Gelet op het feit dat afstamming van rechtswege het voordeel heeft dat kinderen, zonder dat de ouders stappen zetten, automatisch twee ouders hebben, rijst de vraag of het afstammingsrecht voor ongehuwde ouders verder aangepast zou moeten worden. Daarbij speelt een rol dat in het afstammingsrecht het uitgangspunt besloten ligt dat het in het belang van het kind is om twee ouders te hebben. Om de vraag naar de wenselijkheid van aanpassing te beoordelen is van belang hoe de rechtspositie van vaders en kinderen in de praktijk functioneert. Hierna wordt eerst de wettelijke regeling uiteengezet.⁴ Om problemen in kaart te brengen wordt daarna de rechtspraak van de hoven van de laatste drie jaar geanalyseerd. Het gaat dan om rechtszaken waarin de rechter oordeelt over het verzoek van de vader om ver-

vangende toestemming te krijgen voor de erkenning van het kind. Dat geeft een indicatie over het functioneren van de regeling in de praktijk. De bijdrage wordt besloten met een conclusie.

2. De wettelijke regeling voor ongehuwde ouders

Om een familierechtelijke betrekking tot een kind te laten ontstaan dient de vader die ten tijde van de geboorte van het kind geen formele relatie (huwelijk/geregistreerd partnerschap) met de moeder heeft, het kind te erkennen. Erkenning is laagdrempelig⁵ en vindt doorgaans plaats bij de gemeente. Dat kan voorafgaand aan de geboorte van het kind, bij de geboorteaangifte of na de geboorteaangifte. Daarbij moet een aantal documenten, zoals een identiteitsbewijs van de vader, worden overgelegd. De ambtenaar van de burgerlijke stand gaat na of aan de voorwaarden voor erkenning is voldaan.⁶ Een van de voorwaarden voor de erkenning van een kind onder de zestien jaar is de voorafgaande, schriftelijke toestemming van de moeder,⁷ aldus art. 1:204 lid 3 BW. In de praktijk is het toestemmingsformulier voor de moeder tot erkenning via de gemeentelijke website te downloaden en kan dit thuis worden ingevuld en ondertekend. Persoonlijke aanwezigheid van de moeder is voor de erkenning niet nodig, maar voor de naamskeuze voor de geslachtsnaam van de erkenner bij het eerste kind wel. Erkenning bij een akte van erkenning opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand, is gratis. Al met al is de procedure overzichtelijk en laagdrempelig. Wordt deze stap niet gezet, dan komt er tussen de man en het kind geen familierechtelijke betrekking tot stand en heeft het kind alleen een moeder.

Aan het toestemmingsvereiste lag oorspronkelijk de gedachte ten grondslag dat de vrouw beschermd moest worden tegen een erkenning door een man uit een mindere klasse (of zelfs 'een maatschappelijk geschandvlekt persoon') die zich uit haat of nijd als vader van het kind zou opgeven, hetgeen zowel de eer van de moeder als het belang van het kind zou schaden.⁸ Tegenwoordig zijn de maatschappelijke opvattingen en de belangen anders, maar het basisidee is nog vergelijkbaar: de bescherming van de vrouw tegen ongewenste inmenging in haar leven met het kind.⁹ De ratio van het toestemmingsvereiste is dus in lijn met art. 8 EVRM op dit vlak, dat het recht op respect voor het familieleven

1 Wendy Schrama is bijzonder hoogleraar personen-, familie- en jeugdrecht aan de RUG en universitair hoofddocent bij UCERF, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

2 Asser-De Boer, Personen- en familierecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 689.

3 CBS, www.statline.nl.

4 Buiten beschouwing blijft dat vaders in een informele relatie door de verschillen in het afstammingsrecht ook een slechtere uitgangspositie voor het gezag over het kind hebben dan gehuwde vaders en dan moeders.

5 Vanwege het feit dat een notariële akte van erkenning weinig voorkomt, wordt dat verder buiten beschouwing gelaten.

6 Zie art. 1:204 BW, bijv. het verbod op erkenning bij te nauwe bloedverwantschap tussen de erkenner en de moeder van het kind.

7 Sinds 1 april 2014 kan het niet alleen een moeder, maar ook een vader zijn met wie het kind reeds in een familierechtelijke betrekking staat, die toestemming voor erkenning moet geven.

8 Asser-De Boer, Personen- en familierecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 726.

9 Asser-De Boer, Personen- en familierecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 726.

van de moeder met het kind en haar privéleven beschermt. Om diezelfde reden is de toestemming van het kind van 12 jaar en ouder nodig. In de praktijk speelt dit minder vaak een rol, omdat erkenningen doorgaans op jonge leeftijd van het kind plaatsvinden. De sanctie op het ontbreken van voorafgaande schriftelijke toestemming van de moeder of kind is nietigheid.¹⁰

De keerzijde van het streven om de vrouw en het kind tegen ongewenste inmenging door een min of meer 'willekeurige erkenner'¹¹ te beschermen is dat de rechtspositie van de man en het kind afhankelijk is van de toestemming van de moeder. Ook voor de vader en het kind gaat het echter om door art. 8 EVRM beschermde rechten. Voordat de wetgever in 1998 de mogelijkheid introduceerde in het BW om aan de rechter vervangende toestemming te vragen voor erkenning, was dit recht reeds in de rechtspraak erkend. Op grond hiervan had de biologische vader die 'family life' met zijn kind had op grond van art. 8 lid 1 EVRM in beginsel het recht om zijn kind te erkennen, ook als de moeder daarvoor geen toestemming gaf. De belangen van de partijen moesten door de rechter op basis van de feiten en omstandigheden van het geval tegen elkaar afgewogen worden.¹² De wetgever heeft deze mogelijkheid voor de verwekker¹³ (ook als van family life met het kind geen sprake is) in 1998 gecodificeerd in art. 1:204 lid 3 BW. De rechter dient de toestemming te verlenen, tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt.¹⁴ Volgens vaste rechtspraak is van schade aan het belang van het kind slechts sprake als er reële risico's zijn dat het kind door de erkenning wordt belemmerd in zijn sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling. Dat is niet het geval als het kind enige weerslag ondervindt ten gevolge van de erkenning. Het komt dus aan op een afweging van het belang van de man en het kind bij erkenning tegen de belangen van moeder en kind bij het niet-erkennen. De vraag wanneer een verzoek moet worden afgewezen is niet in algemene

zin te beantwoorden en is sterk afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval (zie hierna).

Nu de wetgeving en de hoofdlijnen uit de rechtspraak besproken zijn, is interessant na te gaan in hoeverre het afstammingsrecht op dit punt functioneert. Uit cijfers van het CBS blijkt dat van de 75.000 kinderen die in 2012 buiten huwelijk geboren werden (van de in totaal 176.000 kinderen) naar schatting 90% in het eerste jaar na hun geboorte erkend is en later nog eens 3%. Zo'n 5.200 kinderen (7%) zijn niet erkend.¹⁵ Recentere cijfers zijn niet beschikbaar. Dit betekent dat het afstammingsrecht voor het overgrote deel van de kinderen en vaders geen problemen oplevert, omdat de erkenning binnen een jaar na de geboorte geregeld is. Toch is daarmee niet de vraag beantwoord of het afstammingsrecht goed functioneert. Daarvoor is kennis nodig over die 7% van de kinderen die niet erkend worden. Er is geen (sociologisch) onderzoek gedaan en om die reden tasten we enigszins in het duister. Een belangrijke aanwijzing voor het functioneren van de wettelijke regeling kan echter gevonden worden in de jurisprudentie. Daarom wordt in de volgende paragrafen de recente rechtspraak op dit terrein onder de loep genomen.

3. Opzet en uitkomsten van het onderzoek

Het doel van het rechtspraakonderzoek is om enig zicht te krijgen op hoeveel rechtszaken er spelen over vervangende toestemming en wat de uitkomsten daarvan zijn. Om het onderzoek binnen de perken te houden, is ervoor gekozen om alleen de rechtszaken te selecteren waarin het kind nog niet door een andere man erkend was.¹⁶

De analyse van de rechtspraak is in juni 2015 als volgt uitgevoerd. Met de zoekfunctie op rechtspraak.nl is via de term 'vervangende toestemming erkenning' een selectie van relevante zaken gemaakt.¹⁷ Daarbij zijn alleen hofuitspraken meegenomen in het onderzoek, omdat de analyse anders te omvangrijk zou zijn. Qua periode omvat de analyse het tijdvak van 1-1-2012 tot 1-7-2015 (voor zover die reeds gepubliceerd zijn).

In totaal zijn in deze periode 37 inhoudelijke beslissingen van de hoven gepubliceerd op rechtspraak.nl. Omdat alleen

10 Art. 1:204 lid 1 onder c BW.

11 Al is in dit opzicht door moderne anticonceptiemiddelen en een andere positie van de vrouw een duidelijk andere situatie ontstaan dan voorheen; zo willekeurig zal die verwekker doorgaans niet zijn.

12 Zie onder meer HR 8 april 1988, NJ 1989/170; HR 18 mei 1990, NJ 1991/374 en NJ 1991/375 en HR 22 februari 1991, NJ 1991/376; HR 8 november 1991, NJ 1992/598; HR 22 oktober 1993, NJ 1994/65 en HR 28 oktober 1994, NJ 1995/261, en HR 9 oktober 1998, NJ 1998/871.

13 Sinds 1 april 2014 is ook in de wet geregeld dat de biologische vader (die niet de verwekker is) een verzoek kan indienen, mits hij in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Nieuw is verder dat de instemmende levensgezel een verzoek kan indienen, maar dat blijft verder buiten beschouwing.

14 Ten opzichte van de tot 1 april 2014 geldende regeling is de maatstaf in de wet enigszins aangepast, nu de zinsnede 'een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt' wordt gebruikt, waar eerst 'de belangen van het kind niet zou schaden' werden genoemd. In de rechtspraak werd dit laatste criterium uitgelegd aan de hand van het eerste criterium, althans in die zin dat van schade aan de belangen van het kind slechts sprake is, indien er reële risico's zijn dat het kind wordt belemmerd in een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling, zie HR 16 februari 2001, NJ 2001/571, m.nt. J. de Boer. Afgezien van 'de reële risico's', die niet in de wettekst zijn opgenomen, is sprake van een codificatie.

15 CBS, Webmagazine 5 nov. 2012.

16 Die zaken zullen hopelijk in een vervolgonderzoek worden onderzocht. Bijv. Hof Arnhem 22 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7418; Hof Leeuwarden 12 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9305; Hof Amsterdam 27 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0867; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3355.

17 Daarbij zijn alleen de zaken meegenomen waarin de vervangende toestemming het hoofdeschil betrof; zaken waarin dit alleen op de achtergrond een rol speelt zijn niet in het onderzoek betrokken, omdat daarover te weinig informatie in de uitspraken te vinden was. Ook zaken waarin alleen een tussenschikking gepubliceerd is, zijn buiten het onderzoek gehouden, omdat er geen uitkomst meegenomen kon worden. Zie bijv. Hof Den Haag 28 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ3697 waarin een raadsontzoek gevraagd werd. Daarnaast zijn alleen zaken geselecteerd die betrekking hebben op de (beveelbare) verwekker en niet op de biologische vader met family life. Zie bijv. Hof Arnhem 5 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6494 en Hof Amsterdam 18 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:771.

zaken in hoger beroep zijn geselecteerd en de rechtspraak die op rechtspraak.nl wordt gepubliceerd slechts een bijzonder klein deel van alle rechtszaken betreft,¹⁸ is het moeilijk om het aantal conflicten tussen ouders over erkenning te kwantificeren. Gelet op het feit dat er per jaar naar schatting 5.000 niet-erkende kinderen bij komen, van wie vermoedelijk een deel van de mannen wel vader wil worden, lijkt dit aantal rechtszaken relatief klein. Aan de andere kant is de gepubliceerde rechtspraak slechts het spreekwoordelijk topje van de ijsberg; veruit de meeste zaken zullen rechtspraak.nl niet halen. Daarnaast zijn er meer rechtszaken over erkenning: niet alleen in eerste aanleg, maar ook in hoger beroep, die niet meegeteld zijn in dit onderzoek, omdat er (nog) geen inhoudelijke beslissing is gegeven, of omdat een andere man het kind reeds erkend had.¹⁹ Op grond van deze gegevens kan worden vastgesteld dat bij een deel van de ongehuwde ouders bij scheiding conflicten ontstaan, waarvoor de man vervangende toestemming moet vragen. De beslissing van de rechter in eerste aanleg wordt regelmatig ook in tweede instantie aan de rechter voorgelegd.

Van de 36 beslissingen is in 27 zaken in hoger beroep vervangende toestemming aan de man tot erkenning verleend en in 9 gevallen is dat verzoek in tweede instantie afgewezen. Tussen haakjes is in de voetnoten bij de uitspraken vermeld wie van de partijen in hoger beroep is gegaan. Als dat de moeder is, is de vervangende toestemming in eerste instantie verleend; is het de man, dan is de toestemming door de rechtbank geweigerd.

In 27 gevallen gaat de moeder in hoger beroep, hetgeen slechts vijf keer succes heeft.²⁰ In 9 gevallen komt juist de man op tegen een afwijzing in eerste aanleg, waarbij het hoger beroep voor hem in vijf gevallen alsnog tot vervangende toestemming leidt en in vier gevallen niet. De verhouding tussen zaken met succes in hoger beroep ligt hier duidelijk anders dan bij het hoger beroep door de moeder ingesteld. Gelet op de hoofdregel van het erkenningsrecht dat de vervangende toestemming verleend wordt, is dit niet verrassend.

4. Toewijzende rechtspraak

De analyse laat zien dat het in hoger beroep gaan tegen een beslissing de toestemming te verlenen, in doorsneezaken waar partijen een relatie hebben gehad en niet ter discussie staat dat de man de vader is, er geen geschiedenis van geweld is en geen sprake is van andere bijzondere omstandig-

heden, niet veel nut heeft.²¹ In die standaardgevallen is de rode draad van alle hoven helder: de vervangende toestemming wordt verleend aan de man. Opmerkelijk is dan ook dat in de onderzochte uitspraken de nodige zaken te vinden zijn waar, gelet op de feiten, de kans op succes in tweede instantie (bijzonder) klein lijkt, maar waar door de moeder toch hoger beroep wordt ingesteld.

In enkele zaken waarin ook in tweede instantie de vervangende toestemming wordt verleend, doen zich bijzonderheden voor. Het Hof 's-Hertogenbosch verleende bijvoorbeeld vervangende toestemming voor erkenning, ook al had dat tot gevolg dat de geslachtsnaam van de twee eerder geboren kinderen wijzigde van de naam van de moeder naar die

21 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4679 (moeder komt in hoger beroep, kind verblijft reeds enkele jaren in een pleeggezin, moeder heeft onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd, waaruit blijkt dat de verhouding tussen haar en kind verstoord zou worden of dat de ontwikkeling van het kind in het gedrang zou komen); Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1928 (moeder) waarbij een rol speelt dat de vrouw over prima pedagogische kwaliteiten beschikt en 'haar mannetje staat'; dat de vrouw opziet tegen het contact tussen kind en vader is voor de beoordeling van de erkenning niet relevant; Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:735 (moeder), onvoldoende onderbouwing van de stress en spanning moeder; Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:735 (moeder); Hof Amsterdam 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:590 (moeder); Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:150 (vader); Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:10005 (moeder); Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5227 (moeder); Hof Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8389 (moeder) waarbij de vrouw pertinent weigerde aan een DNA-onderzoek mee te werken; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5756 (moeder); Hof Amsterdam 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3831 (moeder); Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1860 (vader); Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4993 (moeder) in een geval waarin de man het kind aanvankelijk niet wilde en de vrouw heeft laten zitten, zich na ruim twee jaar bedacht; Hof Den Haag 2 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4924 (moeder); Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7589 (moeder); Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ9799 (vader); Hof Den Haag 31 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ8323 (moeder); Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8295 (moeder); Hof Den Haag 12 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ6256 (moeder) in een geval waarin de moeder pertinent weigerde mee te werken aan DNA-onderzoek, waarna aangenomen werd dat de man de verwekker was en dat de gestelde feiten onvoldoende zijn om tot de conclusie te komen dat de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding zou schaden; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4223 (moeder) waarbij de moeder vreest dat het kind uit huis geplaatst zal worden en een beroep doet op spanningen vanwege geweld en een moeizame omgangsregeling, waarvan het hof aanneemt dat, zo dit al zo zou zijn, dat niet aannemelijk is gemaakt dat stress en spanningen bij de moeder leiden tot weerslag op het kind waardoor het belemmerd zou worden in een evenwichtige psychologische ontwikkeling; Hof Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ3725 (moeder); Hof Den Haag 18 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ2624 (moeder); Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY9014 (moeder); Hof Arnhem 11 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4054 (waar alleen de bijzondere curator in hoger beroep komt tegen de toewijzende beslissing van de rechtbank); Hof Den Haag 14 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX5863 (vader); Hof Den Haag 1 augustus 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX4803 (de moeder), waarvan het cassatieberoep is verworpen door de Hoge Raad (HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1082); Hof Den Haag 23 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW9624 (moeder); Hof 's-Hertogenbosch 30 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7686 (vader); Hof Amsterdam 10 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:BV8234 (moeder), onvoldoende onderbouwing van de stellingen van de moeder; Hof Den Haag 18 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ2624 (moeder), onvoldoende onderbouwing door de moeder.

18 Dit is slechts een paar procent van het totale aantal uitspraken.

19 In eerste aanleg worden 231 resultaten gemeld op rechtspraak.nl over de onderzoeksperiode. Verder gaat het om circa 18 rechtszaken, waar geen inhoudelijke beslissing gegeven is of erkenning door een andere man had plaatsgevonden.

20 Hof Amsterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:240; Hof Amsterdam 29 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:6073; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6828; Hof Amsterdam 29 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:6073; Hof Den Haag 11 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2732.

van de vader, omdat het derde kind van de ouders als eerste door de vader was erkend en daarbij een naamskeuze voor zijn achternaam gemaakt was.²² Het Hof overweegt dat de wet geen ruimte biedt om van het systeem af te wijken. Bovendien is door de moeder en de bijzondere curator, tegenover de gemotiveerde betwisting door de vader, onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de kinderen door de wijziging van de naam in hun evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling zullen worden belemmerd.

In de zaak die speelde voor het Hof Amsterdam werd vervangende toestemming verleend, ondanks het feit dat de man veroordeeld is tot een geldboete voor huiselijk geweld en ondanks het feit dat de moeder last heeft van dat huiselijk geweld. Er was ook nooit contact geweest tussen het kind en de vader.²³

Voor het overige lijkt op basis van de uitspraken doorgaans sprake van een (inmiddels) hoog opgelopen conflict tussen de ouders over de erkenning.

5. Afwijzende rechtspraak vervangende toestemming

Zaken waarin een verzoek van de man tot vervangende toestemming (ook) in tweede instantie wordt afgewezen komen minder frequent voor. Doorgaans gaat het dan om gevallen waarin sprake is van bijzondere omstandigheden. Die bijzondere omstandigheden kunnen, zo komt uit een analyse van de rechtspraak naar voren, gelegen zijn in een zeer ernstig verstoorde relatie tussen de moeder en de man, waarbij een geschiedenis van geweld bestaat en de man veroordeeld is voor dat geweld.

Een voorbeeld van dit type afwijzingen is een beschikking van het Hof Den Haag, waarin met een summier motivering verwezen wordt naar de feiten en gronden die de rechtbank heeft meegewogen.²⁴ De bijzondere curator meende dat in het belang van het kind het verzoek van de man afgewezen zou moeten worden. De man is veroordeeld tot twee jaar gevangenisstraf wegens misdrijven jegens de vrouw gepleegd. Daarnaast wordt meegewogen dat het om een kwetsbaar kind met epilepsie en diabetes gaat. Het hof wijst het verzoek van de man af.

Ook in een zaak die speelt voor het Hof Amsterdam wordt het verzoek van de man dat door de rechtbank was toegewezen, ondanks het feit dat de bijzondere curator voor erkenning pleitte, afgewezen.²⁵ De vrouw voerde aan dat zij in een onevenwichtige toestand zou komen door de erkenning, gegeven het strafrechtelijk verleden van de man (veroordeling voor inbraak en diefstal met geweld, verschillende keren in een kliniek verbleven vanwege maatregel, mishandeling van de vrouw tijdens de zwangerschap, bedreiging, intimidatie en stalking door de man, geheim adres van de vrouw via Bureau Jeugdzorg en de Blijf Groep). De

man heeft tegenover de gemotiveerde en onderbouwde stellingen van de vrouw ten aanzien van haar relatie met de man en de periode na hun uiteengaan, onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de angst van de vrouw voor hem niet langer, althans niet in die mate, terecht is. Het hof houdt wel de mogelijkheid open dat het een en ander in de toekomst anders kan zijn.²⁶

Bij een zaak die speelde voor het Hof Den Haag ging het om een verzoeker die de moeder van de moeder van de kinderen heeft vermoord en ernstig geweld tegen de moeder heeft gepleegd.²⁷ De moeder is ontheven van het gezag en de kinderen verblijven elders. Bureau Jeugdzorg en het OM menen dat erkenning door de man niet in het belang van de kinderen is, maar de bijzondere curator meent van wel. Het hof oordeelt dat de erkenning veel angst en stress bij de moeder zal veroorzaken. Deze angsten hebben een reële achtergrond, nu de man haar ten tijde van hun relatie gewelddadig heeft bejegend en haar moeder om het leven heeft gebracht. Het hof is daarom van oordeel dat er voldoende aanwijzingen zijn dat door de erkenning van de minderjarigen door de man de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met de minderjarigen worden geschaad. Verder zijn er in dit licht gezien ook reële risico's dat de minderjarigen – die reeds een belaste voorgeschiedenis hebben en kampen met een aantal ontwikkelingsproblemen – door een erkenning zullen worden belemmerd in een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling nu de spanningen die een erkenning bij de moeder teweeg zal brengen onvermijdelijk hun weerslag zullen hebben op de minderjarigen en hun band met hun moeder. Het hof acht dit niet in het belang van de minderjarigen.

Ook in deze categorie past een ander oordeel van het Hof Den Haag²⁸ waar het hof overweegt dat sinds het uiteengaan van partijen een jarenlange strijd heeft plaatsgevonden die uiteindelijk, na belaging van de moeder door de man gedurende een half jaar, heeft geleid tot een contact- en straatverbod van de man en een contactverbod met de minderjarigen. Verder is de man veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van zes jaar wegens poging tot doodslag, belaging en mishandeling van de moeder. Het hof is van oordeel dat het zonneklaar is dat deze gebeurtenissen traumatisch zijn geweest voor de moeder en dat zij behandeling nodig heeft, hetgeen de moeder naar het oordeel van het hof ter zitting voldoende heeft onderbouwd. Het belang van de minderjarigen bij een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling dient zwaarder te wegen dan het belang van de man. Het hof heeft hierbij tevens in aanmerking genomen dat een van de minderjarigen zich eveneens heeft uitgesproken tegen erkenning door de man. In een beslissing van het Hof Arnhem-Leeuwarden bleek de moeder getraumatiseerd door huiselijk geweld waarvoor de

22 Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5227.

23 Hof Amsterdam 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:590.

24 Hof Den Haag 12 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4464.

25 Hof Amsterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:240, hoger beroep ingesteld door de vrouw.

26 Hoe zich dit verhoudt tot jurisprudentie (Hof Den Haag 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHAS:2014:4654) waaruit blijkt dat slechts één keer een verzoek kan worden ingediend is onduidelijk.

27 Hof Den Haag 7 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ5581 waar de vader in hoger beroep komt tegen de weigering van de rechtbank.

28 Hof Den Haag 24 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3622 waar de toestemming in eerste instantie ook was geweigerd waar de man van in hoger beroep gaat.

man meermaals is veroordeeld en gedetineerd. De moeder staat onder psychologische behandeling en heeft angstaanvallen.²⁹ Vervangende toestemming werd, gelet op deze feiten en omstandigheden, geweigerd.

Een tweede categorie zaken waarin toestemming kan worden geweigerd zijn bijzondere internationale gevallen. Juist daar kan een rol spelen dat naar het recht van het land van herkomst bij ongehuwde ouders de positie van moeders en vaders niet gelijk is. Ook kan het risico op kindervervoering naar een land dat geen verdragspartij bij het Haags Kinderontvoeringsverdrag meegewogen worden. Een voorbeeld daarvan is een zaak die speelde voor het Hof Arnhem-Leeuwarden.³⁰ Het risico dat de man het kind mee zal nemen naar Nigeria, dat niet is aangesloten bij het Haags Kinderontvoeringsverdrag is groot en de rechtspositie van moeders en vaders is niet gelijk, zodat de vader het kind zonder toestemming van de moeder mee kan nemen en waarschijnlijk naar Nigeriaans recht eenhoofdig gezag over het kind zal hebben. De relatie tussen de ouders is verstoord en verloopt zeer moeizaam. De bijzondere curator en de Raad voor de Kinderbescherming zijn van oordeel dat de toestemming niet verleend moet worden. Daarbij speelt ook een rol dat een verzoek tot erkenning ook op een later moment – als er mogelijk meer vertrouwen bij de vrouw in de man is en/of het kind op een leeftijd is waarop het meer voor zichzelf kan opkomen en zijn mening aangaande een eventuele erkenning kenbaar kan maken – kan worden ingediend.³¹

De zaak die speelt voor het Hof Arnhem-Leeuwarden is in feite een internationale vechtscheiding van een Nederlands-Frans stel.³² De man heeft in Frankrijk geprobeerd het kind te erkennen en stelt zich zeer dwingend en agressief op jegens de vrouw. Partijen kunnen niet met elkaar communiceren. Zowel de bijzondere curator als de Raad voor de Kinderbescherming menen dat er eerst een verbetering in de relatie tussen de ouders moet komen, omdat het kind anders klem komt te zitten. Het hof acht voldoende aannemelijk gemaakt dat er bij de vrouw sprake is van reële angst voor de man, die zijn weerslag heeft op de vrouw en daardoor op het kind, hetgeen niet in zijn belang is. Het hof is van oordeel dat erkenning onder deze omstandigheden het aanmerkelijke risico met zich brengt dat de verhouding tussen de vrouw en het kind meer dan thans het geval is onder druk komt te staan, onder meer door de mogelijkheden die gaan ontstaan op het moment dat de man het kind heeft erkend. Zoals ook de raad heeft verklaard, zit het kind tussen

zijn ouders in en is het in zijn belang dat hij zoveel mogelijk uit de strijd tussen de ouders wordt gehouden teneinde te voorkomen dat het kind op termijn in zijn ontwikkeling zal worden bedreigd.

Het Hof Amsterdam heeft een atypische zaak voorgelegd gekregen die niet in de andere twee categorieën is onder te brengen.³³ Het gaat om een verzoek tot vervangende toestemming voor erkenning door de pleegvader van de moeder van het kind.³⁴ Het hof stelt vast dat de pleegvader zich respectloos en negatief uitlaat jegens de moeder. Het hof acht het aannemelijk dat de moeder deze bepaalde houding als zeer belastend ervaart en dat zij, gelet op haar kwetsbaarheid, hierdoor wordt beïnvloed. Het hof is van oordeel – temeer gelet op de ongelijkwaardige en afhankelijkheidsrelatie tussen de moeder en de man die als haar pleegvader de verwekker van de dochter was – dat voldoende aannemelijk is geworden dat erkenning van de dochter een zeer negatieve invloed heeft op het welzijn van de moeder.

Kortom: alleen als er bijzondere omstandigheden zijn, waardoor niet gevegd kan worden van de moeder en/of het kind te verdragen dat de man het kind erkent, wordt geen vervangende toestemming voor erkenning gegeven. De bijzonderheden kunnen gelegen zijn in een zeer moeizame relatie tussen de ouders waarbij sprake is geweest van geweld en intimidatie (waarbij een enkel incident niet voldoende is) of een internationale zaak met bijzondere elementen. Verder wordt uit de rechtspraak duidelijk dat de basisregels van het procesrecht ook op dit terrein een belangrijke rol spelen: stellingen moeten goed onderbouwd worden, en hoe beter de betwisting door de andere partij, hoe hoger de norm ligt.

6. Conclusie

Voor de beoordeling van de vraag of het afstammingsrecht aangepast zou moeten worden aan het feit dat steeds meer kinderen buiten huwelijk worden geboren, zijn veel feiten van belang. Een belangrijk gegeven is dat de meeste ouders met een informele relatie de erkenning goed regelen en dat zich op dit punt geen problemen voordoen. Erkenning is een laagdrempelige, kostenloze procedure. Toch is er een groep ouders – procentueel niet zo groot – die de zaken niet goed regelt en waar de vader het kind niet erkent. Jaarlijks gaat het in absolute getallen om pakweg 5.000 kinderen. In totaal zijn dat over de jaren heen veel kinderen. Of het feit dat het afstammingsrecht niet alle kinderen van rechtswege twee ouders geeft en of het feit dat een deel van de ouders de erkenning niet regelt – een probleem is, laat ik

29 Hof Arnhem-Leeuwarden van 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8225 waar in eerste instantie wel toestemming was gegeven, waartegen de moeder in hoger beroep gaat.

30 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6828, waar de rechtbank wel toestemming had gegeven tot erkenning, waartegen de moeder in hoger beroep komt.

31 Hof Den Haag 11 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2732, waar het om een kind met een Jordaanse vader gaat; de toestemming is in eerste instantie verleend door de rechtbank.

32 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:587, waar de man in hoger beroep komt tegen een afwijzing van zijn verzoek.

33 Hof Amsterdam 29 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:6073 waar de vrouw in hoger beroep komt tegen een toewijzende beslissing van de rechtbank.

34 Hof 's-Hertogenbosch 24 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5409; de moeder heeft na het indienen van het verzoek aan een andere man toestemming tot erkenning verleend. De rechtbank heeft het verzoek van de man afgewezen en tegen die beslissing stelt de man hoger beroep in.

hier in het midden.³⁵ Van belang is wel de regelmatig voorkomende situatie dat ouders die ongehuwd samenwoonden, bij de scheiding een conflict krijgen over de afstamming van een niet-erkend kind. Nu inmiddels de helft van de kinderen buiten huwelijk geboren wordt, is dit een gegeven dat meer gewicht in de schaal legt dan voorheen. Het afstammingsrecht dient ook voor deze vaders en kinderen een goede regeling te geven, die het conflictpotentieel tussen de ouders zo laag mogelijk houdt. Het streven van de wetgever het kind bij voorkeur twee ouders te geven, wordt met de huidige erkenningsregel niet optimaal gerealiseerd. Uit de analyse van de rechtspraak, die slechts het topje van de ijsberg vertegenwoordigt, blijkt dat een deel van de ongehuwde ouders daadwerkelijk conflicten krijgt over het ouderschap van de man. De vervangende toestemming wordt, zo blijkt uit de analyse, in lijn met de maatstaf die de wetgever heeft gegeven en die uit art. 8 EVRM voortvloeit, alleen in bijzondere gevallen geweigerd. Hieruit lijkt te volgen dat in het merendeel van de gevallen de rechterlijke tussenkomst geen enkele toegevoegde waarde heeft, omdat in standaardgevallen toestemming verleend wordt. Dat de rechterlijke tussenkomst geen toegevoegde waarde heeft, is al niet fraai, maar erger is dat het afstammingsrecht hier ruimte voor *onnodig* conflict creëert. Dit werkt ten nadele van alle betrokkenen en met name het kind, dat 'toevallig' geboren wordt in een gezin met ouders in een informele relatie. Waren de ouders gehuwd geweest, dan was er op dit punt geen mogelijkheid om een juridisch conflict te genereren. Van een ongewenste inmenging in het familieleven van de vrouw en het kind is bij samenwonende ouders geen sprake: wie samen met zijn levenspartner een kind krijgt, dient de consequentie te accepteren dat de man, ook als die geen partner meer is, wel ouder van het kind is.

Hier kan tegenin gebracht worden dat er ook rechtszaken zijn waarin de vader geen toestemming krijgt om het kind te erkennen. Op voorhand, zo zou betoogd kunnen worden, is in wetgeving niet goed af te bakenen welke gevallen dat betreft. Op die grond zou beredeneerd kunnen worden dat het een goede zaak is dat ongehuwde mannen nooit van rechtswege vader worden, maar dat er altijd een tussenstap nodig is met een rechterlijke toets. In dit verband rijst de fundamentele vraag of het überhaupt een goed idee is om mannen op voorhand uit te sluiten van vaderschap. Ik laat deze discussie in het midden, maar merk terzijde wel op dat vrouwen en gehuwde mannen die geweld plegen gewoon ouder zijn, net zoals er tussen ex-echtgenoten grote spanningen kunnen bestaan, terwijl zij toch ook echt beiden ouders van het kind zijn en blijven. Waarom verschil tussen groepen kinderen en ouders gerechtvaardigd is, is mij niet op voorhand duidelijk. Afgezien daarvan is dit argument geen reden om niet na te denken over een betere inrichting van het afstammingsrecht voor ongehuwde, samenwonende ouders. Die groep is goed af te bakenen en het krijgen van een kind door ouders die ongehuwd samenwonen

rechtvaardigt de presumptie dat de man de vader van het kind is. Of de moeder dat nu bij scheiding wenselijk vindt of niet, moet niet, zoals nu het geval is, ter zake doen. Op korte termijn hoop ik een voorzet te geven voor een concrete regeling van het afstammingsrecht voor ongehuwd samenwonende vaders.³⁶

35 Er is namelijk te veel onduidelijk, bijvoorbeeld welke groep ouders dit zijn, of de ouders een relatie gehad hebben en of het kind misschien een andere vader krijgt op een later moment.

36 Die hopelijk zal verschijnen in het *Ars Aequi* nummer van februari 2016.