

Het verbreken van de afstammingsband: (n)immer een weegschaal nodig?

FJR 2017/44

Deze bijdrage gaat in op de vraag of het juridisch kader voor de verbreking van de afstammingsband de rechter ruimte biedt – of zou moeten bieden – om de belangen en rechten van een kind bij de beoordeling te betrekken. De auteur beantwoordt deze vraag aan de hand van een analyse van wetgeving, rechtspraak en de literatuur over dit onderwerp.

1. Inleiding

Wanneer een vader vanwege een burn-out thuis komt te zitten, ontstaat de gedachte dat hij niet de biologische vader van 'zijn' kind is. De weigering van de moeder om medewerking te verlenen aan een DNA-onderzoek, het ontbreken van zowel uiterlijke als innerlijke overeenkomsten met zijn kind alsmede het resultaat van een zaadonderzoek waaruit de zeer slechte kwaliteit van zijn zaad blijkt, hebben zijn vermoeden versterkt. Hij wendt zich daarom tot de rechter teneinde duidelijkheid te krijgen en eventueel de juridische afstammingsband te verbreken. Moeder noch kind twijfelen echter aan zijn biologische vaderschap. De bijzondere curator bepleit dat het kind de man, die veertien jaar een liefdevolle vader is geweest, altijd als zijn vader heeft beschouwd en dat DNA-onderzoek bovendien in strijd is met de zwaarwegende belangen van het kind, 'nu hij recht op en belang heeft bij een behoud van zijn (voor zover hem) bekende afstamming ((..))'. De rechtbank laat de vraag naar het biologisch vaderschap van de man onbeantwoord en beslist dat, gelet op het bij de beoordeling centraal staande belang van het kind ex artikel 3 IVRK en het hierbij geldende uitgangspunt dat het kind ex artikel 8 IVRK het recht heeft zijn identiteit te behouden, zijn verzoek in afwijking van het wettelijk uitgangspunt moet worden afgewezen.²

In zaken als deze waarin wordt verzocht de afstammingsband te verbreken, rijst de vraag of het juridisch kader de rechter ruimte biedt – of zou moeten bieden – om de belangen en rechten van een kind bij de beoordeling te betrekken en om al dan niet op basis van een belangenafweging een beslissing te nemen. Hoewel dit vraagstuk niet nieuw is, is onderzoek hiernaar op zijn plaats. Er is namelijk sprake van onduidelijkheid en de rechtspraak geeft geen eenduidig beeld van de wijze waarop dit soort verzoeken wordt beoordeeld. Aan bod komen achtereenvolgens de vragen 'hoe het moet' (par. 2), 'hoe het gaat' (par. 3) en 'hoe het zou moeten

gaan' (par. 4), die aan de hand van wetgeving, rechtspraak en rechtswetenschap zijn onderzocht.

2. Het beoordelingskader: hoe het moet

2.1 Letter der wet

De wet biedt de mogelijkheid om de rechter te verzoeken de juridische afstammingsband tussen ouder en kind te verbreken: ofwel door een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vader- of moederschap indien de afstammingsband van rechtswege is ontstaan³ ofwel door een verzoek tot vernietiging van de erkenning⁴ (hierna: 'het verzoek').⁵ In beginsel geldt dat alleen de twee juridische ouders alsmede het kind, dat tijdens zijn minderjarigheid vertegenwoordigd wordt door een bijzondere curator⁶, zich met zo'n verzoek tot de rechter kunnen wenden. Aan deze verzoekers heeft de wetgever verschillende termijnen opgelegd waarbinnen het verzoek moet zijn ingediend.⁷ Het verzoek kan bovendien slechts één grondslag hebben: de juridische ouder is niet de biologische ouder van het kind.⁸ Naast het juridisch ouderschap van de biologische ouder kan evenmin het juridisch ouderschap van de intentionele ouder op verzoek van de juridische ouder worden doorbroken.⁹

De door de wet gestelde voorwaarden zijn gericht op de verzoeker en het verzoek, maar geven de rechter geen leidraad hoe het verzoek vervolgens moet worden behandeld. Dat de rechter blijkens de wettekst niet nadrukkelijk de bevoegdheid is gegeven voor het betrekken van de belangen en rechten van een kind noch voor het maken van een belangenafweging, is helder. Indien dit betekent dat de wet geen ingang biedt voor afwijzing van het verzoek wanneer aan de voorwaarden is voldaan, zal de rechter het verzoek moeten toewijzen louter op grond van de biologische feiten. Voor het onderzoeken en vaststellen van de belangen en rechten van het kind is dan geen plaats, noch voor een belangenafweging. Hoewel de wettekst de ruimte niet expliciet biedt, valt te betwijfelen of de wet op deze wijze moet worden begrepen. Dit wordt hierna verder onderzocht aan de hand van de parlementaire geschiedenis.

³ Zie artikel 1:200 BW en artikel 1:202a BW.

⁴ Zie artikel 1:205 BW en artikel 1:205a BW.

⁵ Herroeping van de adoptie blijft in deze bijdrage buiten het onderwerp van onderzoek.

⁶ Artikel 1:212 BW.

⁷ Zie voor de termijnen bij ontkenning van het vader- en moederschap artikel 1:200 lid 5 en lid 6 BW respectievelijk artikel 1:202a lid 3 en lid 4 BW en voor de termijnen bij vernietiging van de erkenning artikel 1:205 lid 3 en lid 4 BW en artikel 1:205a lid 2 BW.

⁸ Het gaat steeds om biologisch ouderschap, waarbij het niet van belang is of de juridische ouder de verwekker van het kind is. Zie artikel 1:200 lid 1 BW, artikel 1:202a lid 1 BW, artikel 1:205 lid 1 BW en artikel 1:205a lid 1 BW.

⁹ Zie voor de in dit verband aanvullende voorwaarden bij ontkenning van het vader- en moederschap artikel 1:200 lid 2 en lid 3 BW jo. artikel 1:200 lid 4 BW respectievelijk artikel 1:202a lid 2 BW en bij vernietiging van de erkenning artikel 1:205 lid 1 BW en 1:205a lid 1 BW.

¹ Mr. S. (Soraya) Bou-Sfia is promovenda bij Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF), Universiteit Utrecht, waar zij onderzoek doet naar de juridische aspecten van de identiteit van een kind. Zij is haar promotoren, prof. W.M. Schrama en dr. S. Burri, zeer erkentelijk voor de begeleiding bij het schrijven van deze bijdrage.

² Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, zaaknummer C/13/577912/FA RK 14-9217 (CK NS).

2.2 Geest der wet

Om de bedoeling van de wetgever te achterhalen, zijn de kamerstukken van de Wet herziening afstammingsrecht¹⁰ en de Wet lesbisch ouderschap¹¹ onder de loep genomen. De parlementaire geschiedenis schept helaas voornamelijk verwarring. Er volgt niet ondubbelzinnig uit of en wanneer de rechter bij de behandeling van het verzoek de belangen van het kind moet betrekken.

2.2.1 Wet herziening afstammingsrecht

Vooropstaat dat met de herziening van het afstammingsrecht in 1998 eerder meer dan minder aansluiting is gezocht bij de biologische afstamming.¹² Biologische afstamming is zo nog steeds het leidende beginsel dat aan ons huidige afstammingsrecht ten grondslag ligt. Dit geldt ook bij het verbreken van afstammingsbanden. De rechter moet bij de behandeling van het verzoek nagaan of voldaan is aan de grondslag.¹³ Of de taak van de rechter beperkt blijft tot het (laten) onderzoeken en controleren van de biologische feiten, blijft echter de vraag.

Bij de herziening van het afstammingsrecht is artikel 8 EVRM duidelijk van invloed geweest.¹⁴ Het door de wetgever in acht nemen van dit artikel zou ertoe hebben geleid dat vaker dan voorheen een rechterlijke afweging dient te worden gemaakt tussen relaties van verschillende betrokken personen en een kind.¹⁵ De wetgever wijst daarbij op de omstandigheid dat de rechterlijke belangenafwegingen die worden geïntroduceerd in de praktijk vaak al plaatsvinden, daar artikel 8 EVRM ook geldt als de wetgeving daarop (nog) niet is afgestemd.¹⁶ Zo werd het verbod voor de gehuwde verwekker om zijn kind van een ander dan zijn echtgenote te erkennen omgezet in een toestemmingsprocedure. De Hoge Raad had al bepaald dat dit verbod strijdig was met artikel 8 EVRM omdat het absolute karakter van het verbod iedere concrete en vereiste belangenafweging onmogelijk maakte.¹⁷

Desondanks brengt artikel 8 EVRM volgens de wetgever kennelijk niet altijd een rechterlijke belangenafweging mee als het gaat om het wijzigen van de afstammingsband. Zo wordt enerzijds een grondige belangenafweging bij de behandeling van het verzoek tot vervangende toestemming

voor erkenning voorgeschreven,¹⁸ maar komt anderzijds naar voren dat bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in principe geen belangenafweging plaatsvindt.¹⁹ In de Tweede Kamer is onderwerp van debat geweest de vraag of het niet beter zou zijn om het maken van een belangenafweging aan de rechter over te laten, in plaats van de uitkomst van de door de wetgever gemaakte afweging te verdisconteren in een wettelijke regel van het afstammingsrecht, aangezien iedere situatie uniek is.²⁰ Hierbij werd de wenselijkheid van een te maken rechterlijke belangenafweging bij zowel het vestigen als het verbreken van afstammingsbanden benadrukt.²¹ Verschillende verdragen zoals het EVRM, het Vrouwenverdrag en het IVRK zouden tot een belangenafweging nopen.²² Hetgeen hier in de parlementaire geschiedenis wordt bepleit, lijkt echter context gebonden te zijn, namelijk met betrekking tot gevallen waarin een botsing plaatsvindt tussen de belangen van de sociale of feitelijke ouder en de genetisch-biologische ouder. Hoe het ook zij, in welke situaties wel of geen ruimte voor een rechterlijke belangenafweging is beoogd, valt moeilijk te achterhalen. Op het vraagstuk dat in deze bijdrage centraal staat, wordt in ieder geval in de onderzochte parlementaire geschiedenis niet ingegaan, maar van het expliciet uitsluiten van een rechterlijke toets aan de belangen en rechten van het kind bij de behandeling van het verzoek is in ieder geval ook geen sprake geweest.

2.2.2 Wet lesbisch ouderschap

Bij de totstandkoming van de meest recente wet waarin fundamentele wijzigingen zijn doorgevoerd in het afstammingsrecht, te weten de Wet lesbisch ouderschap, wordt in de context van het verbreken van afstammingsbanden expliciet aandacht besteed aan het al dan niet maken van een rechterlijke belangenafweging. De parlementaire stukken zorgen desondanks voor (nog) meer verwarring. Vergelijk bijvoorbeeld de volgende drie citaten van de toenmalige staatssecretaris:

1. “((..)). Het moederschap van de echtgenote van de moeder kan worden ontkend op verzoek van het kind, de moeder en de duomoeder. Het verzoek vergt geen belangenafweging door de rechter. Dat is evenmin het geval bij het verzoek tot ontkenning van het vaderschap. Het uitgangspunt is dat de juridische situatie en de biologische werkelijkheid betreffende afstamming met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht. ((..)).”²³
2. “((..)). De bekende zaaddonor kan de rechter verzoeken om de vernietiging, mits hij in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. Neemt de rechter deze betrekking aan, dan weegt hij vervolgens de belangen van alle betrokkenen (kind, moeder, duomoeder en

10 Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772 (Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie).

11 Wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 480 (Juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie).

12 *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 6, p. 6 (NV). Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 35, p. 3.

13 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, 3, p. 17 (MvT); *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 6, p. 37 (NV) en *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 5, p. 24 (Verslag). Ook heeft de Hoge Raad reeds in 1987 overwogen dat op de rechter de verplichting rust om zelfstandig na te gaan of de gestelde feiten het verzoek kunnen dragen. Zie *Asser/De Boer I* 2010/702 met verwijzing naar HR 25 september 1987, nr. 13027, *NJ* 1988/152, r.o. 3.2.

14 *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, 3, p. 4 (MvT).

15 *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 5, p. 1 (Verslag). Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 35, p. 4, waarin naar voren komt dat er in het geheel duidelijk een essentiële rol voor de belangenafweging is.

16 *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 6, p. 3 (NV) naar aanleiding van de gestelde vraag in *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 5, p. 1 (Verslag).

17 *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, 3, p. 2, 5 en 12 (MvT) met verwijzing naar HR 10 november 1989, *NJ* 1990/450.

18 *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 6, p. 2 (NV).

19 *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 28, p. 10. Onderstreept door Wortmann in *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 35, p. 11 en 12.

20 *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 16, p. 8.

21 *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, 16, p. 8.

22 *Handelingen II* 1996/97, 86, p. 5974.

23 *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, 3, p. 16 (MvT).

biologische vader). Het belang van het kind staat hierbij voorop. ((..)).²⁴

3. “((..)). Het verbreken van bestaande familierechtelijke betrekkingen – moeder- of vaderschap – heeft vergaande consequenties. Het hangt in de regel samen met het verbreken van de feitelijke betrekkingen tussen ouder en kind. Deze feitelijke betrekkingen, het ‘familieleven’ van ouder en kind, worden beschermd door artikel 8 EVRM. Juridisch ouderschap en het verbreken daarvan heeft voorts gevolgen voor het gezagsrecht, het naamrecht, het erfrecht en het nationaliteitsrecht. Het aantasten van juridisch ouderschap moet vanwege deze verstrekkende gevolgen altijd gebeuren door tussenkomst van de rechter. Hij beoordeelt de verschillende belangen en stelt het belang van het kind daarbij voorop. ((..)).”²⁵

Zo zijn er aanknopingspunten te vinden die kunnen bijdragen aan de onderbouwing van de stellingname dat de wetgever bij het verbreken van de afstammingsband (in beginsel) géén (citaat 1), in specifieke gevallen (citaat 2) dan wel altijd (citaat 3) ruimte voor een belangenafweging heeft beoogd. De totstandkomingsgeschiedenis van de Wet lesbisch ouderschap draagt zodoende niet bij aan een helder antwoord op het vraagstuk in deze bijdrage. Sterker nog, de waargenomen discrepantie duidt erop dat de wetgever zijn bedoeling niet duidelijk voor ogen heeft gehad.

2.3 De Hoge Raad overweegt

De Hoge Raad heeft zich niet in algemene zin uitgelaten over het maken van een rechterlijke belangenafweging bij de behandeling van verzoeken om de afstammingsband te verbreken. Toch zijn ten minste twee beschikkingen belangrijk: de eerste is van belang voor de interpretatie van de wettekst, de tweede voor de taak van de bijzondere curator en de rechter wanneer het verzoek ertoe strekt de afstammingsband met een zeer jong kind te verbreken.²⁶

2.3.1 “Kan”-bepaling?

De Hoge Raad heeft in zijn beschikking d.d. 25 maart 2005²⁷ overwogen dat uit de wettekst inzake het gerechtelijk vaststellen van het ouderschap blijkt dat niet meer is vereist dan dat de man verwekker van het kind is en dat er geen plaats is voor een afweging van belangen van het kind tegenover die van de verwekker, wat ook de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is geweest.²⁸ A-G De Vries Lentsch-Kostense bracht met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis naar voren dat het in de wettekst opgenomen woord “kan” niet meebrengt dat de rechter discretionaire bevoegdheid

toekomt.²⁹ Niet alleen wordt hierin geëxpliciteerd dat geen rechterlijke belangenafweging wordt gemaakt, maar tevens blijkt dat de wetgever in de wetgeving zelf al een belangenafweging heeft gemaakt waarbij is gekozen om de belangen van het niet-erkende kind te laten prevaleren boven de belangen van anderen.³⁰ Omdat het door de wetgever veronderstelde belang van het kind besloten ligt in de wetsbepaling, behoeft het belang van het kind volgens de A-G “noch gesteld noch (ambtshalve) door de rechter onderzocht te worden”.³¹ Deze uitspraak is om twee redenen van belang voor deze bijdrage. Ten eerste: de opname van het woord ‘kan’ in de wetsbepalingen betreffende het vestigen dan wel het verbreken van afstammingsbanden, geeft geen inzicht in de vraag of sprake is van discretionaire bevoegdheid bij de behandeling van het verzoek. Ten tweede: goed denkbaar is dat de wetgever eenzelfde belangenafweging heeft gemaakt bij het verbreken van de afstammingsband waarvan de uitkomst besloten ligt in de wetsbepalingen. Dit zou een argument kunnen zijn om aan te nemen dat de rechter, gelijk bij gerechtelijke vaststelling, de belangen en rechten van het kind niet bij de behandeling van het verzoek behoeft te betrekken. Een en ander blijkt echter niet expliciet uit de hierboven behandelde wetsgeschiedenis.

2.3.2 Het belang van het zeer jonge kind

In de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 31 oktober 2003³² stond de rechtsvraag centraal of de bijzondere curator namens een zeer jong kind een verzoek tot ontkenning kan indienen. De Hoge Raad beslist dat zo’n verzoek mogelijk is. De wetsgeschiedenis biedt onvoldoende steun voor de opvatting dat in afwijking van de wettekst niet-ontvankelijkheid zou moeten volgen of het verzoek in het algemeen niet voor toewijzing in aanmerking zou komen omdat dit geenszins in het belang van het kind zou kunnen zijn.³³ Het belang van het zeer jonge kind acht de Hoge Raad gewaarborgd in het gegeven dat zowel de bijzondere curator als de rechter beoordelen of het belang van het kind met het verzoek is gediend.³⁴ Beiden dienen het belang van het kind centraal te stellen en na te gaan of zijn belang niet vergt dat gewacht moet worden met het nemen van een beslissing totdat het kind zelf een weloverwogen oordeel kan vormen. Dit geldt

24 Kamerstukken II 2011/12, 33032, 30, p. 19 (MvT).

25 Kamerstukken I 2012/13, 33032, C, p. 3 (MvA).

26 De Hoge Raad heeft enkele belangrijke beschikkingen gewezen betreffende het verzoek van een biologische ouder tot vernietiging van de erkenning gevolgd door vervangende toestemming van de erkenning. Deze uitspraken laat ik hier buiten beschouwing. Zie o.m. HR 3 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3196; HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:291; HR 13 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:851 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1509.

27 HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0412.

28 HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0412, r.o. 3.2.

29 Concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2005:AT0412, nr. 10 bij HR 25 maart 2005, met verwijzing naar *Kamerstukken II 1996/97*, 24649 en 25189, 35, p. 11.

30 Concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2005:AT0412, nr. 10 bij HR 25 maart 2005, met verwijzing naar *Kamerstukken II 1996/97*, 24649, 6, p. 4. Zie ook A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2002, p. 97. Henstra brengt naar voren dat het belang van het kind één van de onuitsgesproken grondslagen van het familie- en jeugdrecht vormt en het belang van het kind de functie heeft van algemeen regulerend beginsel, door te laten zien waarom de overheid zich überhaupt inlaat met de ouder-kind relatie en het tevens als algemene veronderstelling een rol speelt die aan de basis van het afstammingsrecht ligt.

31 Concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2005:AT0412, nr. 10 bij HR 25 maart 2005.

32 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261.

33 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, r.o. 3.5.

34 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, r.o. 3.5. Zie ook Concl. A-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2003:AJ3261, nr. 2.10 bij HR 31 oktober 2003. Hieruit volgt dat de rechter een tweede waarborg is, omdat ontkenning niet vormvrij geschiedt. Dus ook als partijen het met elkaar eens zijn en om misbruik van de regeling te voorkomen, dient de rechter een waarborg te zijn voor belang van het kind.

blijkens de uitspraak overigens ook als het verzoek afkomstig is van de juridische ouder(s).³⁵

De uitspraak maakt duidelijk dat het belang van het zeer jonge kind een grote rol speelt bij de behandeling van het verzoek. Ondanks dat de biologische en juridische werkelijkheid uiteenlopen, kan het belang van het zeer jonge kind meebrengen dat niet wordt beslist op het verzoek.³⁶ Onduidelijk blijft welke kinderen binnen de categorie 'zeer jong' vallen en de vraag rijst of de uitspraak aanknopingspunten biedt om ook de belangen van een kind te betrekken dat wel in staat is een weloverwogen oordeel te vormen.³⁷ Een bevestigend antwoord zou uit de taak van de bijzondere curator kunnen volgen. De Hoge Raad laat zien dat, ongeacht bij wie het initiatief tot ontkenning ligt, de bijzondere curator bij het bepalen van het in rechte naar voren te brengen standpunt van het kind onder meer de vraag moet betrekken of de ontkenning van het vaderschap gegrond moet worden verklaard.³⁸ Het is echter niet duidelijk waarop de bijzondere curator zijn standpunt dient te baseren: louter op de biologische waarheid of ook op de belangen van het kind in kwestie en de omstandigheden van het geval? De uitspraak maakt beantwoording van de vraag niet mogelijk, maar duidelijk moge zijn dat dit antwoord niet afhankelijk is van de leeftijd van het minderjarig kind: de bijzondere curator beoordeelt en behartigt ex artikel 1:212 BW de belangen van elk minderjarig kind. Het maakt dan niet uit wie het verzoek heeft gedaan, hoe oud de minderjarige is en of het gaat om ontkenning van het vader- of moederschap of om het vernietigen van de erkenning.

Wat dit laatste betreft: gelet op het contextgevoelige gehalte van de uitspraak, zijn de overwegingen moeilijk door te trekken naar andere situaties. Toch meen ik dat De Boer in zijn annotatie bij deze uitspraak terecht stelt dat wat de Hoge Raad in deze zaak uitmaakt binnen het kader van de behandeling van het verzoek tot ontkenning, mede geldt voor de vernietiging van de erkenning.³⁹ Het gevolg voor het zeer jonge kind is immers hetzelfde, namelijk het verliezen van een juridische ouder.

35 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, r.o. 3.4. Dit roept de vraag op in hoeverre de uitspraak waarin een beslissing niet is genomen vanwege de leeftijd van het kind, meebrengt dat de juridische ouder met deze beslissing in de hand 'uitstel' verkrijgt van de wettelijke termijn. Gelet op het onderliggende belang van de rechtszekerheid lijkt mij dat een dergelijk uitstel beperkt zal moeten zijn tot een zekere termijn nadat het kind de bedoelde rijpheid wel heeft.

36 Niet duidelijk wordt of het verzoek in zo'n geval niet onvankelijk moet worden verklaard dan wel moet worden afgewezen.

37 De Hoge Raad laat zich hier niet over uit. De rechtbank in eerste aanleg meende dat de bijzondere curator een verzoek kon indienen indien het kind de nodige rijpheid heeft, waarbij aangesloten kon worden bij de in andere bepalingen gebruikte (niet dwingende) leeftijdsgrens van twaalf jaar; maar deze visie volgt de Hoge Raad niet nadrukkelijk. Zie HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, r.o. 3.3.

38 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, r.o. 3.4.

39 J. de Boer, annotatie bij HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, NJ 2004/315, onder 5. Ook komt naar voren dat de beschikking zijns inziens betekenis heeft voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap op verzoek van de bijzondere curator namens het kind – ook dan kan het belang van een vaderloos heel jong kind ermee gediend zijn dat niet met de gerechtelijke vaststelling wordt gewacht totdat het kind zelf daarover een weloverwogen oordeel kan vormen.

3. Het beoordelingskader: hoe het gaat

3.1 Wetenschap

De vraag of ruimte bestaat voor een rechterlijke belangenafweging is in de rechtsliteratuur door enkele onderzoekers eerder opgeworpen. Unaniem wordt aangenomen dat de wettekst duidelijk is en hiervoor geen aanknopingspunt biedt.⁴⁰ Aan de hand van verschillende uitspraken wordt geconstateerd dat het voorkomt dat rechters rekening houden met de belangen van een kind en soms een belangenafweging maken alvorens te beslissen op het verzoek. De Boer merkt op dat denkbaar is dat toewijzing van het verzoek dat aan alle wettelijke vereisten voldoet, onaanvaardbaar kan zijn wegens de redelijkheid en billijkheid of het belang van het kind ex artikel 3 IVRK.⁴¹ Afwijzing van zo'n verzoek zou derhalve tot de mogelijkheden behoren. Een nadere uitleg of motivering voor deze visie wordt niet gegeven. Ook Vonk en Lok plegen bovengenoemde vraag. Hoewel zij enerzijds begrijpen dat artikel 3 IVRK de verplichting voor de rechter meebrengt om te allen tijde en dus ook in afstammingsprocedures rekening te houden met de belangen van het kind, begrijpen zij anderzijds dat de wettelijke regeling betreffende het verbreken van afstammingsbanden op het vaststellen van (biologische) feiten ziet.⁴² De hieruit voortvloeiende vraag of het beoordelen van het verzoek waarbij geen ruimte is voor de belangen van het kind houdbaar is in het licht van artikel 3 IVRK, wordt niet ter discussie gesteld. Met het oog op de besproken beschikking van de Hoge Raad in 2003, menen Vonk en Lok dat de rechter in ieder geval rekening moet houden met het belang van het kind wanneer 'de bijzondere curator het (zeer) jonge kind als verzoeker vertegenwoordigt, maar in uitzonderlijke gevallen ook in zaken waarin hij het kind als belanghebbende vertegenwoordigt'.⁴³ Waaruit dit laatste blijkt en wanneer dit het geval is, blijft achterwege. Schrama brengt naar voren dat het er voorzichtig gesteld op lijkt dat, ondanks dat de wet duidelijk is, een beroep op het belang van het kind in ieder geval inhoudelijk beoordeeld wordt, al leidt dat volgens haar niet zonder meer tot de door verzoekers gewenste uitkomst.⁴⁴

Opvallend is dat – in tegenstelling tot voornoemde bevindingen in de rechtsliteratuur – de Staatscommissie Herijking ouderschap in haar rapport van 7 december 2016,⁴⁵ waarin het Nederlandse afstammingsrecht kritisch is beschouwd,

40 Vgl. Asser/De Boer I 2010/702; A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, in: *T&C BW*, commentaar op art. 1:200 BW; W.M. Schrama, in: *GS Personen- en Familierecht*, art. 1:205, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 27 december 2016); B.L. Lok en M.J. Vonk, 'De bijzondere curator in afstammingszaken en het belang van het kind', *FJR* 2016/10; I.J. Pieters, 'Kroniek Afstammingsrecht', *FJR* 2015/17.

41 Asser/De Boer I 2010/702. Ook aangehaald door A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, in: *T&C BW*, commentaar op art. 1:200 BW en W.M. Schrama, in: *GS Personen- en Familierecht*, art. 1:200 BW, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt op 5 juli 2015).

42 B.L. Lok en M.J. Vonk, 'De bijzondere curator in afstammingszaken en het belang van het kind', *FJR* 2016/10, p. 8.

43 B.L. Lok en M.J. Vonk, 'De bijzondere curator in afstammingszaken en het belang van het kind', *FJR* 2016/10, p. 8.

44 W.M. Schrama in: *GS Personen- en Familierecht*, art. 1:205 BW, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 27 december 2016).

45 Staatscommissie Herijking ouderschap, *Kind en Ouders in de 21ste Eeuw*, Den Haag 2016.

juist naar voren brengt dat het in de rechtspraak is bevestigd dat het verzoek strekkende tot het verbreken van de afstammingsbanden wordt toegewezen wanneer het verzoek afkomstig is van een van de juridische ouders en aan de gronden is voldaan.⁴⁶ Er zou zodoende geen ruimte bestaan voor het maken van een weging van het belang van het kind, niet in procedures over ontkenning van het vader- of moederschap noch in procedures over het vernietigen van de erkenning. De staatscommissie geeft te kennen dit opmerkelijk te vinden, maar motiveert niet waarom. Het geeft te denken dat de staatscommissie voorgaande baseert op slechts één uitspraak. Beter zou zijn geweest om aan te haken bij de constatering in de rechtsliteratuur en een weging van het belang van het kind te bepleiten in het licht van artikel 3 IVRK. Overeenkomstig de uitspraak van de Hoge Raad in 2003 constateert ook de staatscommissie dat in de rechtspraak wel aan het belang van het kind wordt getoetst wanneer het een (overgenomen) verzoek betreft van de bijzondere curator namens een zeer jong kind.⁴⁷ Onterecht lijkt echter aangenomen te worden dat dit niet het geval zou zijn wanneer het verzoek in deze context afkomstig is van de juridische ouder. Daarnaast lijkt de staatscommissie de uitkomst van de uitspraak van de Hoge Raad alleen van belang te achten voor ontkenningprocedures, aangezien de ‘uitzondering’ om rekening te houden met het belang van het kind alleen wordt behandeld in de context van ontkenningzaken en niet bij verzoeken tot vernietiging van de erkenning aan bod komt; maar wellicht is dit onbedoeld. Ondanks dat de staatscommissie belangrijke aanbevelingen doet (zie par. 4), is de schets van de huidige stand van zaken niet geheel bevredigend. Hoewel in de rechtswetenschap meerdere uitspraken worden aangehaald om te duiden ‘hoe het gaat’, blijkt aldus dat de bevindingen een verschillende richting op kunnen wijzen of anders kunnen worden begrepen.

3.2 Jurisprudentieonderzoek

Om een beter beeld te krijgen van de plaats die het belang van het kind toekomt bij het beoordelen van verzoeken waarbij (vermoedelijk) aan de grondslag is voldaan, is een jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. De in de wetenschap aangehaalde uitspraken van lagere rechters (elf verschillende zaken) samen met uitspraken van lagere rechters in 2016 gewezen (vijftien verschillende zaken)⁴⁸ – resulterend

in totaal 26 zaken⁴⁹ – zijn geanalyseerd. Hoewel op basis van dit onderzoek de bevindingen niet als vaste jurisprudentie kunnen worden beschouwd, is het desondanks belangrijk deze te presenteren als indicatie van ‘hoe het gaat’.

Uit de analyse volgt dat het belang van het kind in de meeste zaken bij de beoordeling is betrokken. Hierbij wordt zo nu en dan de wet aangehaald. Soms wordt het wettelijk uitgangspunt benoemd: de juridische status van het kind in overeenstemming brengen met de biologische werkelijkheid.⁵⁰ Soms ook de bedoeling van de wettelijke regeling: het openen van de mogelijkheid om de afstammingsrelatie tussen de biologische vader en zijn kind juridisch gestalte te geven.⁵¹ Slechts in zeven van de 26 zaken is de rechter louter door toepassing van de wet (al dan niet mede op grond van vaste jurisprudentie) tot een beslissing gekomen waarbij – althans op papier – géén aandacht is besteed aan de belangen en rechten van het kind. Opvallend is dat in zes van deze zaken toepassing van de wet juist heeft geleid tot het behouden van de afstammingsband, daar op grond van de wet een verzoek niet mogelijk was dan wel niet kon worden toegewezen.⁵² Enkel in één van deze zeven zaken wordt de afstammingsband verbroken. Het hof maakt in dit geval expliciet dat, in tegenstelling tot het oordeel in eerste aanleg, het belang van het (ongeveer tweejarige) kind niet bij de beoordeling hoeft te worden betrokken.⁵³ De afstammingsband was door erkenning van het kind door de juridische vader tot stand gekomen en daar sprake was van dwaling zijnerzijds was hij op goede gronden op de erkenning teruggekomen.⁵⁴

In vier zaken stond bij de beoordeling centraal of het verzoek kon worden behandeld en kon worden toegewezen, nu sprake was van een termijnoverschrijding. Hierbij werden de omstandigheden van het geval bekeken en getoetst aan de redelijkheid en billijkheid en/of aan het recht op family life ex artikel 8 EVRM. Hoewel het belang van het kind in deze zaken niet zichtbaar bij de inhoudelijke beoordeling is betrokken, lijkt het hierbij impliciet een rol te hebben ge-

46 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 180 en 181.

47 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 200.

48 Binnen de database van rechtspraak.nl met filter personen- en familierecht is gezocht naar rechtspraak gewezen door lagere rechters in 2016 waarbij de Nederlandse wet is toegepast. Het onderzoek heeft tien uitspraken opgeleverd waarin de rechter de behandeling van het verzoek tot gegronde verklaring van de ontkenning voorstond. In twee zaken volgde geen eindbeslissing en is het verzoek aangehouden, één keer vanwege een ambtshalve DNA-onderzoek (Rb. Limburg 13 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3430) en één keer vanwege de benoeming van een bijzondere curator (Rb. Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16188). Ook blijkt het verzoek één keer te zijn afgewezen omdat naar het oordeel van de rechter niet voldaan is aan de grondslag (Rb. Overijssel 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:649). Derhalve zijn zeven uitspraken nader geanalyseerd waarin (wellicht) voldaan is aan de grondslag. Met betrekking tot het verzoek tot vernietiging van de erkenning zijn tien uitspraken gevonden. Tweemaal is gebleken dat twee uitspraken dezelfde zaak betroffen waardoor sprake is van acht verschillende zaken. In totaal zijn derhalve vijftien uitspraken uit 2016 meegenomen in het onderzoek.

49 Van de 26 zaken zijn zestien in eerste aanleg gewezen en tien in hoger beroep; twaalf uitspraken betreffen ontkenning van het vaderschap en veertien vernietiging van de erkenning.

50 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 19 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1521, r.o. 4.6, waarbij naar voren kwam dat dit uitgangspunt in het licht van de identiteitsontwikkeling als zwaarwegend moet worden beschouwd.

51 Rb. Alkmaar 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK8473 en Rb. Utrecht 8 september 2009, ECLI:NL:RBUTR:1999:AC0512. Ook in de zaak Rb. Gelderland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1014 wordt het openen van de mogelijkheid tot erkenning bestempeld als een ‘belangrijke bedoeling van deze regeling’.

52 Zo had de juridische vader ingestemd met de daad die tot verwekking heeft geleid (één zaak: Rb. Gelderland 20 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3647), was er geen sprake van misbruik van bevoegdheid aan moederszijde bij het verlenen van toestemming tot erkenning aan een ander dan de biologische vader (toepassing van de strikte maatstaf voor misbruik van bevoegdheid in drie zaken: Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10210; Hof Den Haag 13 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2088; Rb. Den Haag 26 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9983), was er geen sprake van dwaling aan moederszijde zodat zij niet kon terugkomen op de erkenning van het kind door een ander dan de biologische vader (één zaak: Hof Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5810), of had de juridische vader niet voldaan aan zijn stelplicht dat aan de grondslag was voldaan (één zaak: Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2368).

53 Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2015:620.

54 Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2015:620, r.o. 3.8.3.

speeld: ontvankelijk verklaring van het verzoek indien het in het belang van het kind zou zijn dat het verzoek wordt toegewezen.⁵⁵

In de overige vijftien uitspraken speelde het belang van het kind duidelijk een rol. De afstammingsband werd in drie van deze zaken verbroken nu dit (mede) in het belang van het kind werd geacht.⁵⁶ Onduidelijk blijft op grond waarvan het belang van het kind werd aangehaald. In de resterende twaalf zaken werd het belang van het kind betrokken, hetgeen in tien zaken gebaseerd bleek te zijn op de besproken uitspraak van de Hoge Raad d.d. 31 oktober 2003. In de meeste van deze gevallen stond steeds primair het (uiteindelijke) belang van het kind bij indiening en/of toewijzing van het verzoek centraal; slechts in twee gevallen werd naast het centraal stellen van het belang van het kind een nadere afweging tussen de belangen van *alle* betrokkenen – en dus niet enkel tussen de belangen van het kind – noodzakelijk bevonden.⁵⁷ Uit een van deze twee zaken komt naar voren dat het belang van het kind om te weten van wie het afstamt als zwaarwegend wordt gezien alsmede het belang bij een evenwichtige, sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind. Wanneer risico's bestaan dat het kind door toewijzing van dit verzoek in deze ontwikkeling wordt belemmerd, weegt dit belang zwaarder dan alle andere belangen.⁵⁸ Ook hier geldt dat onduidelijk blijft op welke grond een dergelijke belangenafweging geschiedde. Tweemaal werd expliciet een afweging gemaakt tussen de belangen van alle betrokkenen gegrond op artikel 3 IVRK, welk artikel 'de mogelijkheid biedt om bij conflicterende belangen tot een afweging tussen die belangen over te gaan'.⁵⁹ Het IVRK bleek daarnaast ook op een andere wijze voor het beoordelen van het belang van het kind belangrijk. In een van de geanalyseerde uitspraken waarbij het belang van het kind overeenkomstig de Hoge Raad uitspraak centraal stond, kwam naar voren dat – gelijk de genoemde uitspraak in de inleiding van deze bijdrage – het recht op identiteit ex artikel 8 IVRK als uitgangspunt heeft te gelden.⁶⁰

Het jurisprudentieonderzoek laat zien dat rechters zich niet opstelden enkel en alleen als controleur van de biologische

feiten. Het belang van het kind was bij het beoordelen van de verzoeken belangrijk, ongeacht wie het verzoek had ingediend. Vaak stond dit belang centraal, waarbij een afweging werd gemaakt tussen de verschillende belangen van het kind in kwestie.

4. Het beoordelingskader: hoe het zou moeten zijn

4.1 Staatscommissie Herijking ouderschap

De Staatscommissie Herijking ouderschap geeft met het genoemde rapport aanleiding na te denken over de wenselijkheid van een rechterlijke belangenafweging bij de behandeling van verzoeken tot het verbreken van de afstammingsband. Hoewel de huidige regeling met betrekking tot het verbreken van de juridische afstammingsband naar het oordeel van de staatscommissie in beginsel voldoet – te laagdrempelige mogelijkheden om het juridische ouderschap ongedaan te maken moeten in het licht van continuïteit van de opvoeding en opvoedingsrelatie worden voorkomen⁶¹ – worden in dit kader belangrijke aanbevelingen voorgesteld. Verrassend is dat een wijziging van de wettelijke grondslag gepresenteerd wordt, waardoor onder omstandigheden ook het juridisch ouderschap van de biologische ouder kan worden verbroken.⁶² Ook brengt de staatscommissie naar voren dat het wenselijk is om voor elk verzoek tot tenietgaan van juridisch ouderschap een door de rechter te verrichten belangenafweging in te voeren.⁶³ Waarom zij dit wenselijk acht, blijft onbesproken. Gebleken is bovendien dat de commissie hierop twee uitzonderingen maakt. De belangenafweging bij het 'tenietdoen van het ouderschap' komt alleen aan de orde indien het gaat om een nog minderjarig kind. Wanneer het een meerderjarig kind betreft, wordt alleen een belangenafweging voorgesteld indien het kind verzoekt de banden met zijn genetische ouder te verbreken. Niet duidelijk wordt gemaakt waarom geen belangenafweging wenselijk zou zijn, als sprake is van een verbreking van de banden tussen de juridische niet-genetische ouder en het meerderjarige kind. Voorts wordt een uitzondering gemaakt op de situatie waarin een verzoek tot vernietiging van de aanvaarding van het ouderschap door de juridische ouder wordt ingediend, en de aanvaarding tot stand is gekomen door bedreiging.⁶⁴ Het lijkt de commissie onredelijk om in een dergelijk geval een afweging in het belang van het kind te eisen.⁶⁵

De commissie bepleit eenzelfde rechterlijke belangenafweging te maken, als thans geldt bij de herroeping van de

55 In twee zaken is de ontvankelijk verklaring duidelijk in het belang van het kind, daar het meerderjarige kind verzoeker is (Rb. Amsterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7579 en Rb. Amsterdam 20 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4998). In twee zaken was het verzoek door moeder buiten de termijn ingediend. In de ene zaak waarin de juridische vader niet in beeld was, de biologische ouder het kind wilde erkennen en overeenkomstig het advies van de bijzondere curator, was moeder wél ontvankelijk (Rb. Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2748). In de andere zaak waarin sprake was van een geschil tussen de juridische ouders en overeenkomstig het standpunt van de bijzondere curator en de Raad, konden de feiten en omstandigheden moeder geen aanknopingspunten bieden om ontvankelijk te worden verklaard (Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4246).

56 Rb. Amsterdam 23 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2021, r.o. 5.4; Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1098, r.o. 7.2; Rb. Noord-Holland 17 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11811, r.o. 5.9.

57 Rb. Overijssel 14 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3226 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR1672.

58 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR1672, r.o. 12 en 13.

59 Rb. Alkmaar 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK8473 en Rb. Utrecht 8 september 2009, ECLI:NL:RBUTR:1999:AC0512.

60 Rb. Assen 23 maart 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BQ6510.

61 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 424.

62 Geadviseerd wordt de grondslag te hanteren dat op het tijdstip van het verzoek vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien dat het kind en de ouder(s) niets meer van elkaar in die hoedanigheid hebben te verwachten. Volgens de staatscommissie valt immers niet in te zien waarom een persoon in juridische zin verwant moet blijven met een ouder met wie hij totaal geen band heeft. Gesproken wordt dan van beëindiging van het ouderschap. Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 425.

63 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 13 (aanbeveling nr. 33) en 426.

64 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 524.

65 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 525.

adoptie.⁶⁶ Deze belangenafweging houdt in dat de rechter het verzoek van het geadopteerde kind tot herroeping alleen toewijst indien hij dit in het kennelijk belang van het kind acht en in gemoede overtuigd is van de redelijkheid van de herroeping. Het 'kenlijk belang' betekent dat het belang van het kind overduidelijk met toewijzing van het verzoek wordt gediend.⁶⁷ Met de belangenafweging wordt daarom vermoed bedoeld te zijn een weging van de belangen van een kind, waarbij de belangen van anderen kunnen worden betrokken (ten minste het belang van diegene die het verzoek indient, dient beoordeeld te worden⁶⁸), ten einde een beslissing in het doorslaggevend belang van het kind te kunnen nemen. Ook blijkt uit het door de commissie opgestelde wetsvoorstel dat toewijzing van het verzoek kan plaatsvinden indien dit in het belang van het kind is, waarbij een weging plaatsvindt in het belang van het kind. Er lijkt dus geen sprake te zijn van een belangenafweging tussen de belangen van alle betrokkenen, die wel nadrukkelijk wordt voorgesteld bij de mogelijkheid tot beëindiging van het ouderschap (neerkomend op het verbreken van de juridische band met genetische ouders of adoptiefouders⁶⁹).⁷⁰ Maar niet geheel duidelijk is of de staatscommissie dit werkelijk heeft bedoeld.

4.2 Eigen mening

In de rechtsliteratuur lijkt alleen Pieters zich uit te laten over 'hoe het zou moeten zijn'. Zo is hij zelf geen voorstander van een belangenafweging althans meent hij dat daar geen ruimte voor is, om de reden dat als de wet het biologisch moederschap als zekerheid neemt bij de vaststelling van het juridisch moederschap (art. 1:198 lid 1 onder a BW) dit volgens hem ook bij juridisch vaderschap zo zou moeten zijn.⁷¹ Het is de vraag of deze redenering opgaat en de

stelling kan dragen dat de rechter zich daarom zou moeten onthouden van een belangenafweging.

Dat biologische afstamming nog altijd van groot belang is binnen ons afstammingsrecht, behoeft naar mijn idee niet per definitie te betekenen dat voor het verbreken van afstammingsbanden nimmer rekening met de belangen en rechten van het kind en de feitelijke en sociale werkelijkheid gehouden zou moeten worden. Met name de artikelen 3 en 8 IVRK en 8 EVRM lijken dit juist te verlangen. Omdat het kind belang kan hebben bij instandhouding van de status quo, en gelet op zijn recht op behoud van identiteit waarvoor de juridische afstammingsband noodzakelijk *kan* zijn⁷², is het in mijn visie niet alleen wenselijk maar ook rechtens juist een belangenafweging, zijnde een afweging tussen de belangen van een kind, te bepleiten. Hiermee bedoel ik niet dat geen oog zou moeten zijn voor de belangen van de juridische en genetische ouders. Door het betrekken van deze belangen kan juist een beter beeld worden verkregen van hoe de situatie is en hoe deze zou kunnen zijn. Hierdoor kan een betere beslissing worden genomen in het belang van het kind. We doen er daarom verstandig aan stil te staan bij de vraag waarom het al dan niet mogelijk is en zou moeten zijn de afstammingsband te verbreken, en waarom het al dan niet mogelijk is en zou moeten zijn deze band te behouden – zowel in de situatie waarin de juridische en de biologische band overeenstemmen als uiteenlopen.

5. Slot

Het rechterlijk beoordelingskader bij het verbreken van de juridische afstammingsband tussen ouder en kind stond in deze bijdrage centraal, en in het bijzonder de vraag of rechters door middel van een belangenafweging de belangen en rechten van een kind bij de beoordeling (moeten) betrekken of zouden moeten betrekken. Uit het onderzoek volgt de conclusie dat de antwoorden niet eenduidig zijn. De wet lijkt helder, maar dit geldt niet voor de bedoeling van de wetgever. Ook de implicaties van de belangrijke uitspraak van de Hoge Raad uit 2003 zijn lastig te doorgronden en roepen verschillende vragen op. Een opinio juris valt niet te ontwarren in de rechtspraak, noch in de rechtswetenschap. Hoewel rechters het belang van het kind duidelijk betrekken in de beoordeling van het verzoek, verschilt het per zaak hoeveel woorden hieraan worden gewijd én is vaak niet duidelijk op welke grond het belang van het kind wordt aangehaald dan wel wordt onderzocht en beoordeeld. Wel is duidelijk dat het belang van het kind op verschillende gronden bij de beoordeling van het verzoek *kan* worden betrokken: overeenkomstig de wetsgeschiedenis, overeenkomstig de heersende leer van de Hoge Raad of overeenkomstig het internationale recht, in het bijzonder de artikelen 3 en 8 IVRK en artikel 8 EVRM, dat soms nadrukkelijk wordt aangehaald. Toch is het niet merkwaardig dat in de rechtspraak unani-

66 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 13 en 426.

67 S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 172.

68 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 425. De reden hiervoor is om misbruik te voorkomen. Niet duidelijk is wat de commissie bij dit misbruik voor ogen heeft. Aannemelijk lijkt dat bedoeld is het misbruik dat betrekking heeft op het verzoek van de bijzondere curator namens het minderjarige kind, wanneer dat verzoek lijkt te zijn ingegeven door de wens van een van de niet-ontvankelijke ouders.

69 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 520-521. Blijkens de toelichting op voorgesteld artikel 1:219 BW kan het geadopteerde kind de band met zijn ouders niet ontkennen, maar zal gebruik moeten worden gemaakt van de weg van de beëindiging, geregeld in voorgesteld artikel 1:220 BW. In de toelichting op dit artikel blijkt dat een belangenafweging wordt voorgesteld waarbij de belangen van alle betrokkenen worden gewogen. De behandeling van het verzoek tot beëindiging door een geadopteerd kind zal hierdoor afwijken van huidige mogelijkheid van het kind de band te verbreken door herroeping van de adoptie. Dat is opvallend, nu de staatscommissie – althans in de overige gevallen – juist bij deze regeling wenst aan te sluiten. Waar het verbreken van de afstammingsband thans in het kennelijk belang van de geadopteerde moet zijn, wordt in de toekomstige regeling voor het geadopteerde kind een belangenafweging gemaakt tussen alle betrokkenen. Het belang van het geadopteerde kind lijkt met de voorgestelde regeling daardoor minder gewicht toe te komen dan thans het geval is. Dit is waarschijnlijk onbedoeld.

70 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 425. Bij de beëindiging van het genetisch ouderschap zal de rechter het verzoek aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten beoordelen. Zie de toelichting op voorgesteld artikel 1:220 BW. Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 521.

71 I.J. Pieters, 'Kroniek Afstammingsrecht', *FJR* 2015/17.

72 Het recht van het kind op behoud van identiteit ex artikel 8 IVRK, waaronder familiebetrekkingen worden geschaard, zou aldus twee kanten op kunnen werken daar voor de identiteit van het kind niet alleen de biologische afstammingsband maar evenzeer de juridische afstammingsband van belang kan zijn.

miteit ontbreekt, nu een duidelijke richting niet gegeven is. Hoewel 'een weegschaal' wenselijk lijkt met betrekking tot de belangen en rechten van een kind, kan op basis van deze bronnen niet gezegd worden of deze thans (n)immer benodigd is of zou moeten zijn. Verduidelijking is dan ook nodig. De staatscommissie geeft met haar rapport en de (welkome) aanbeveling een belangenafweging in te voeren, aanleiding om na te denken over de te volgen uitgangspunten. Hierbij moet nog wel aandacht worden besteed aan de ratio en de vraag wat onder een belangenafweging te verstaan. Dit komt het belang van het kind en zijn recht op behoud van identiteit in deze kwesties hopelijk ten goede.