

De Arubaanse en de Curaçaose verwekker en de nationaliteit van het door hen postnataal erkende kind

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 26 januari 2007, LJN: AZ1624, NJ 2007, 73, Arubaanse zaak, alsmede HR 26 januari 2007, LJN: AZ1634, Curaçaose zaak (mrs. D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, E.J. Numann, J.C. van Oven, W.D.H. Asser; A-G mr. L. Strikwerda)

Vaststelling Nederlanderschap; kind van niet-Nederlandse moeder dat na zijn geboorte door Nederlander wordt erkend; postnatale erkenning in combinatie met gerechtelijk bewijs van het verwekkerschap met het oog op de toepassing van artikel 4 Rijkswet op het Nederlanderschap (hierna: RWN) is gelijk te stellen met gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in de zin van artikel 1:207 BW; artikel 26 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (hierna: IVBPR)

De feiten en het geding in feitelijke instantie¹

De moeder van het in 2003 in Aruba geboren kind heeft de Colombiaanse nationaliteit.² De vader, die het kind op 18 juli 2003 bij de geboorteaangifte heeft erkend, heeft de Nederlandse nationaliteit. Beide ouders wonen in Aruba. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba is bij de beoordeling van het door de ouders namens het kind op grond van artikel 17 RWN ingediende verzoek tot vaststelling van het Nederlanderschap van het kind uitgegaan van de opvatting dat het, mede tegen de achtergrond van artikel 26 IVBPR, past in het stelsel van de RWN om een postnatale erkenning gecombineerd met gerechtelijk bewijs van het verwekkerschap gelijk te stellen met een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap als bedoeld in artikel 4 RWN. Het hof heeft dan ook, nadat de ouders met behulp van rapporten van DNA-onderzoeken hadden bewezen dat de vader de verwekker van het kind is, vastgesteld dat het kind Nederlander wordt met ingang van de in artikel 4 RWN bedoelde datum.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het door de Staat der Nederlanden tegen de beschikking van het hof gerichte cassatiemiddel als volgt.

4.3 Vooropgesteld zij dat het in deze zaak gaat om een kind van een niet-Nederlandse moeder dat na zijn geboorte door een Nederlander is erkend en dat derhalve, anders dan wanneer het reeds voor zijn geboorte zou zijn erkend (zie art. 3 lid 1 van de Rijkswet), als vreemdeling is geboren. De op 1 april 2003 in werking getreden Rijkswet van 21 december 2000, Stb. 618 heeft de tot die datum in art. 4 van de Rijkswet neergelegde bepaling, die onder meer inhield dat een minderjarige vreemdeling die door een Nederlander wordt erkend van rechtswege Nederlander wordt, doen vervallen. Blijkens de Memorie van Toelichting bij het voorstel dat geleid heeft tot de Rijkswet van 21 december 2000 beoogde de Rijkswetgever daarmee een dam op te werpen tegen de gebleken praktijk van oneigenlijke erkenningen, waarbij het instituut van de erkenning uitsluitend werd gebruikt om minderjarige vreemdelingen het Nederlanderschap van rechtswege te doen verkrijgen, zodat zij aan de werking van het vreemdelingenrecht werden onttrokken en een onaantastbaar verblijfsrecht deelachtig werden. In de bedoelde gevallen werd geen feitelijk gezins- of familieverband aangegaan en werd dat ook niet beoogd. Menigmaal kenden erkenner en erkende persoon elkaar zelfs niet (Kamerstukken II 1997-1998, 25 891 (R 1609), nr. 3, blz. 4 en blz. 7).

¹ Ontleend aan punt 4.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad in de Arubaanse zaak. Omdat de beslissing in de Curaçaose zaak gelijk is aan die in de Arubaanse zaak, beperk ik mij in het hierna volgende tot de Arubaanse zaak.

² In de Curaçaose zaak heeft de moeder de Dominicaanse nationaliteit.

4.4 Sedert 1 april 2003 wordt ingevolge het huidige art. 4 lid 1 van de Rijkswet wèl Nederlander – zij het niet met terugwerkende kracht – de minderjarige vreemdeling die het kind is van een Nederlander wiens vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld (zie art. 1:207 van het Nederlandse BW; het Arubaanse burgerlijk recht kent geen vergelijkbare procedure³). Klaarblijkelijk heeft de Rijkswetgever in de door art. 1:207 BW gestelde eis van het verwekkerschap voldoende waarborg gelegen geacht tegen eventueel gebruik van de procedure van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap teneinde op oneigenlijke gronden een minderjarige vreemdeling Nederlander te laten worden.

4.5 Dit een en ander brengt mee dat de wijziging van de Rijkswet waardoor een minderjarige vreemdeling die door een Nederlander wordt erkend niet langer van rechtswege Nederlander wordt, haar doel voorbijschiet in gevallen waarin de erkenner in rechte aantoonde dat hij de verwekker van het kind is, en dat de Rijkswet ten aanzien van de nationaliteitsgevolgen een niet te rechtvaardigen verschil in behandeling maakt tussen een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en een postnatale erkenning met gerechtelijk bewijs van verwekkerschap.

4.6 Terecht heeft het hof dan ook onder verwijzing naar art. 26 IVBPR een postnatale erkenning in combinatie met gerechtelijk bewijs van het verwekkerschap met het oog op de toepassing van art. 4 van de Rijkswet gelijkgesteld met een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en op die basis de ouders toegelaten te bewijzen dat de vader de verwekker van het kind is, en nadat dat bewijs was geleverd, vastgesteld dat het kind Nederlander wordt met ingang van de in art. 4 van de Rijkswet bedoelde datum. De tweede klacht van het middel faalt derhalve, terwijl ook de overige klachten van het middel hierop afstuiten.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de Staat der Nederlanden.

NOOT⁴

1 Inleiding

De beide beschikkingen van de Hoge Raad betreffen een zeer actuele nationaliteitsrechtelijke kwestie. Sinds 1 april 2003, toen de vernieuwde RWN in werking trad,⁵ bestaat er een belangrijk verschil tussen de prenatale erkenning en de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap enerzijds en de postnatale erkenning anderzijds. De prenatale erkenning en de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap vallen onder hoofdstuk 2 RWN betreffende verkrijging van het Nederlanderschap van rechtswege, terwijl de postnatale erkenning valt onder hoofdstuk 3 RWN betreffende verkrijging van het Nederlanderschap door optie. Als een Nederlander een kind prenatiaal erkent, welke erkenning mogelijk is op grond van de ‘nasciturus’-regel van artikel 1:2 BW, is het kind vanaf zijn geboorte Nederlander. Artikel 3 lid 1 RWN bepaalt immers dat Nederlander is het kind waarvan ten tijde van zijn geboorte de vader of de moeder Nederlander is, alsmede het kind van een Nederlander die voordien is overleden.

In geval van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap bij Nederlandse rechterlijke uitspraak verkrijgt het minderjarige kind het Nederlanderschap op de eerste dag na een periode van drie maanden, te rekenen van de dag van de uitspraak in eerste aanleg of, indien binnen deze periode hoger beroep is ingesteld, van drie maanden, te rekenen van de dag van de uitspraak in hoger beroep, dan wel, indien binnen deze laatste periode beroep in cassatie is ingesteld, op de dag van de uitspraak in cassatie. In geval van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap bij buitenlandse rechterlijke uitspraak verkrijgt het minderjarige kind het

³ Het Nederlands-Antilliaans burgerlijk recht evenmin; zie rechtsoverweging 3.4 van de beschikking van de Hoge Raad in de Curaçaose zaak.

⁴ Met dank aan mr. M.L. Tuil, universitair docent privaatrecht aan de EUR, voor zijn nuttige opmerkingen en aanvullingen, die ik in mijn noot heb verwerkt.

⁵ Rijkswet van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 618, in werking getreden op 1 april 2003, tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap met betrekking tot de verkrijging, de verlening en het verlies van het Nederlanderschap.

Nederlandschap op de dag waarop deze uitspraak kracht van gewijsde heeft gekregen. Deze in artikel 4 lid 1 RWN neergelegde regeling derogeeert derhalve aan artikel 1:207 lid 5, eerste zin, BW wegens het ontbreken van terugwerkende kracht tot de geboorte van het kind. Civielrechtelijk is deze terugwerkende kracht er dus wél, hetgeen uiteraard vooral voor het erfrecht van belang is, maar nationaliteitsrechtelijk ontbreekt deze terugwerkende kracht. De Hoge Raad refereert hieraan in het begin van rechtsoverweging 4.4.

Als een Nederlander een kind postnataal erkent, is de situatie geheel anders, omdat dan het bepaalde in artikel 6 lid 1, aanhef en onder c, en lid 2 RWN van toepassing is. Op grond daarvan verkrijgt de minderjarige vreemdeling die door een Nederlander is erkend of zonder erkenning door wettiging het kind van een Nederlander is geworden, na het afleggen van een daartoe strekkende schriftelijke verklaring door een schriftelijke bevestiging het Nederlandschap, indien hij na de erkenning of wettiging zonder erkenning gedurende een onafgebroken periode van ten minste drie jaren verzorging en opvoeding heeft genoten van de Nederlander door wie hij is erkend of wiens kind hij door wettiging is geworden.⁶

2 Is gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na erkenning mogelijk?

Juist vanwege het nationaliteitsrechtelijke verschil tussen gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en postnatale erkenning is gedurende de afgelopen jaren verschillende malen geprobeerd – met wisselend succes – om na (postnatale) erkenning het vaderschap van de desbetreffende Nederlandse man gerechtelijk te doen vaststellen. Aldus ontkomt men immers aan de verzorgings- en opvoedingsperiode van drie jaren en wordt de Nederlandse nationaliteit op een aanzienlijk eerder tijdstip door de minderjarige vreemdeling verkregen. De lagere rechtspraak is sterk verdeeld.⁷

De voorstanders van de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na erkenning redeneren veelal als volgt. Artikel 1:207 lid 2, aanhef en onder a, BW levert geen belemmering op voor deze mogelijkheid, omdat er geen derde juridische ouder bij komt. Het is alleen de bedoeling dat de vader in de zin van artikel 1:203 BW als het ware wordt vervangen door de vader in de zin van artikel 1:207 BW, terwijl het om dezelfde man gaat. Artikel 1:207 lid 2, aanhef en onder a, BW heeft alleen maar als ratio dat het kind maximaal twee juridische ouders mag hebben, dus niet drie of meer juridische ouders. Deze ratio wordt in het onderhavige geval niet geschonden. Bovendien is artikel 6 lid 1, aanhef en onder c, RWN discriminatoir.

De tegenstanders van de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na erkenning wijzen behalve op de tekst van artikel 1:207 lid 2, aanhef en onder a, BW ook op de ratio van de introductie in 1998 van de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zelf: zij is een laatste redmiddel (‘ultimum remedium’) voor moeder en kind om een familierechtelijke betrekking met de desbetreffende man tot stand te brengen, hetzij ingeval deze man weigert te erkennen, hetzij ingeval deze man is overleden.⁸ Het artikel is dus niet in de wet opgenomen om daarmee nationaliteitsrechtelijk voordeel te behalen. Deze laatste benadering spreekt mij zelf het meest aan. Zij is het duidelijkst en overtuigendst verwoord door het Leeuwardense hof.⁹ Dit hof beseft dat als gevolg van de bepalingen van de RWN een kind door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap sneller en op eenvoudiger

⁶ Zie hierover M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 183, punt 7.

⁷ Zie in verschillende zin onder meer Rb. Arnhem 20 februari 2004, LJN: AO7457, Rb. Breda 13 mei 2004, LJN: AP1163, Rb. Arnhem 30 juli 2004, LJN: AR4372, Rb. Groningen 30 november 2004, LJN: AS2353, Rb. Leeuwarden 1 december 2004, LJN: AR6969, Rb. Groningen 22 februari 2005, LJN: AT2851, Hof Amsterdam 14 april 2005, LJN: AT6208, Hof Arnhem 14 juni 2005, LJN: AT7508, Hof Arnhem 13 juni 2006, LJN: AY5575 en Hof Leeuwarden 12 juli 2006, LJN: AY4053.

⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 3, p. 2 en 8.

⁹ Zie de in noot 7 als laatste genoemde beschikking.

wijze de Nederlandse nationaliteit van de vader kan verkrijgen dan door erkenning, maar het hof voegt terecht hieraan toe dat het hiermee gemoeide belang van het kind geen belang is dat wordt beschermd door artikel 1:207 BW, dat slechts ziet op de vaststelling van de juridische vader.

3 Het Arubaanse en het Nederlands-Antilliaanse afstammingsrecht

Het belangrijkste verschil tussen het Nederlandse afstammingsrecht enerzijds en het Arubaanse en het Nederlands-Antilliaanse afstammingsrecht anderzijds is gelegen in het ontbreken van de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in Aruba en de Nederlandse Antillen. In artikel 1:207 Arubaans en Nederlands-Antilliaans BW is een regeling opgenomen met betrekking tot de zogenaamde brieven van vaderschap, die zijn te vergelijken met de Nederlandse brieven van wettiging van vóór 1 april 1998 in de artikelen 1:215, 216, 219 en 220 BW (oud).

De Hoge Raad heeft geen uitspraak gedaan over de vraag of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na erkenning mogelijk is, juist omdat het Arubaanse en het Nederlands-Antilliaanse afstammingsrecht geen met het Nederlandse artikel 1:207 BW vergelijkbare procedure kennen. Hij stelt voor Aruba en de Nederlandse Antillen een postnatale erkenning in combinatie met gerechtelijk bewijs van het verwekkerschap met het oog op de toepassing van artikel 4 RWN gelijk met een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. De vraag is nu wat de Hoge Raad zou hebben beslist als in Nederland gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na erkenning zou zijn verzocht. Ik denk dat ook in dat geval de Hoge Raad een dergelijk verzoek zou hebben toegewezen, vooral gelet op het bepaalde in artikel 26 IVBPR. Het door de Hoge Raad in rechtsoverweging 4.5 genoemde niet te rechtvaardigen verschil in behandeling geldt immers evenzeer voor Europese Nederlanders.

Inderdaad moet de Hoge Raad worden toegegeven dat de RWN ten aanzien van de nationaliteitsgevolgen een niet te rechtvaardigen verschil in behandeling maakt tussen een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en een postnatale erkenning met gerechtelijk bewijs van verwekkerschap en dus in dit opzicht discriminatoir is. Artikel 26 IVBPR bevat een algemeen discriminatieverbod en is te vergelijken met artikel 1 Twaalfde Protocol bij het EVRM.¹⁰ Eerstgenoemd artikel luidt als volgt.¹¹

Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.

4 Hoe te handelen in Nederland na deze beschikkingen van de Hoge Raad en vóór de wetswijziging van 2008?

Zolang artikel 4 RWN nog niet is gewijzigd, waarover meer hierna onder punt 5, verdient het aanbeveling hetzij prenatiaal te erkennen, zodat artikel 3 lid 1 RWN geldt, hetzij postnataal te erkennen en in rechte bewijs te leveren van het verwekkerschap, zodat de rechter vervolgens artikel 4 RWN analoog kan toepassen. Formeel lijkt het mij in laatstgenoemd geval namelijk minder juist om de procedure van artikel 1:207 BW zelf te starten, omdat ik gerechtelijke

¹⁰ Art. 14 EVRM bevat ook een discriminatieverbod. Dit verbod geldt echter alleen voor zover het gaat om het verzekeren van het genot van de rechten en vrijheden die in het EVRM zijn vermeld. Art. 1 Twaalfde Protocol bij het EVRM (Protocol van 4 november 2000, *Trb.* 2001, 18; zie voor een rectificatie *Trb.* 2001, 173) en art. 26 IVBPR gaan dus verder en houden een algemeen discriminatieverbod in. Zo bepaalt art. 1 lid 1 Twaalfde Protocol bij het EVRM dat 'het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd (...)'. Laatstgenoemd artikel is pas op 1 april 2005 in werking getreden en speelt daarom in de beide onderhavige zaken geen rol.

¹¹ Zie over het IVBPR M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 5.

vaststelling van het vaderschap na erkenning niet vind passen in het stelsel van het Nederlandse afstammingsrecht, zoals ik hierboven onder punt 2 al aangaf, toen ik het Leeuwardense hof bijviel. Bovendien kan in mijn opvatting de vader het verzoek tot vaststelling van het Nederlandschap van zijn minderjarig kind als diens wettelijke vertegenwoordiger alleen, dus zonder medewerking van de moeder, indienen onder gelijktijdige overlegging van het bewijs van zijn verwekkerschap (art. 17 RWN jo. art. 1:253i lid 1, slot, BW), terwijl gerechtelijke vaststelling van het vaderschap slechts kan worden verzocht door de moeder of het kind, vertegenwoordigd door een bijzondere curator (art. 1:207 lid 1, aanhef en onder a en b, jo. art. 1:212 BW; het kind is immers minderjarig blijkens art. 4 lid 1 RWN), maar niet door de vader. Het komt er dus naar mijn mening op neer dat, als de man nog geen juridische vader is, de artikelen 1:207 BW en 4 RWN rechtstreeks kunnen worden toegepast en dat, als de man al wél juridische vader door erkenning is, artikel 4 RWN analoog kan worden toegepast, nadat deze man na de postnatale erkenning het bewijs van zijn verwekkerschap in rechte heeft geleverd.

5 Het komende nationaliteitsrecht

Het is goed dat de wetgever inmiddels in actie is gekomen, zodat in de toekomst niet langer oneigenlijk gebruik van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap hoeft te worden gemaakt. Op 6 juni 2006 is wetsvoorstel 30 584 bij de Tweede Kamer ingediend.¹² Dit wetsvoorstel wijzigt de RWN ter invoering van een verklaring van verbondenheid en tot aanpassing van de regeling van de verkrijging van het Nederlandschap na erkenning. Artikel 4 lid 2 RWN wordt vervangen door vijf nieuwe leden, die luiden als volgt.¹³

2. Nederlander wordt de minderjarige vreemdeling die na zijn geboorte en voor de leeftijd van zeven jaar door een Nederlander wordt erkend.
3. Nederlander wordt de minderjarige vreemdeling die zonder erkenning door wettiging het kind wordt van een Nederlander.
4. Door erkenning wordt ook Nederlander de minderjarige vreemdeling die na zijn geboorte wordt erkend door een Nederlander, die zijn verwekkerschap bij of binnen de termijn van één jaar na de erkenning aantoont.
5. Kinderen van de minderjarige vreemdeling die op grond van het eerste, derde of vierde lid het Nederlandschap verkrijgt, delen in die verkrijging.
6. Bij of krachtens algemene maatregel van rijksbestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot het in het vierde lid bedoelde bewijs.

Interessant is vooral het in artikel 4 leden 2 en 4 RWN (nieuw) bepaalde. Als het kind wordt erkend voordat het de leeftijd van zeven jaren heeft bereikt, wordt het op grond van artikel 4 lid 2 RWN (nieuw) Nederlander zonder dat de verzorgings- en opvoedingsperiode van drie jaren geldt. Artikel 4 lid 4 RWN (nieuw) is van belang voor een kind dat pas wordt erkend nadat het de leeftijd van zeven jaren heeft bereikt. De man kan dan kiezen: óf hij bewijst zijn verwekkerschap ter gelegenheid van de postnatale erkenning of binnen één jaar daarna, óf hij ziet om hem moverende redenen af van dit bewijs, in welk geval men terugvalt op artikel 6 lid 1, aanhef en onder c, RWN (nieuw), dat alleen nog maar geldt voor de minderjarige vreemdeling die door een Nederlander is erkend en die niet op grond van artikel 3 of 4 RWN (nieuw) Nederlander is of is geworden. In die situatie blijft de verzorgings- en opvoedingsperiode van drie jaren gelden. Die periode moet onafgebroken zijn en onmiddellijk voorafgaan aan de schriftelijke verklaring als bedoeld in artikel 6 lid 1, aanhef, RWN (nieuw).¹⁴

¹² *Kamerstukken II 2005/06*, 30 584 (R 1811), nr. 1-5, alsmede *Kamerstukken II 2006/07*, 30 584 (R 1811), nr. 6-7.

¹³ Zie voor een uitgebreide toelichting hierop *Kamerstukken II 2005/06*, 30 584 (R 1811), nr. 3, p. 2-5.

¹⁴ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 584 (R 1811), nr. 2, p. 2.

Het is de bedoeling dat deze wijzigingen in werking treden op 1 april 2008,¹⁵ al lijkt mij deze datum enigszins aan de optimistische kant.

¹⁵ *Kamerstukken II 2005/06, 30 584 (R 1811), nr. 3, p. 5 onderaan.*