

Ontkenning vaderschap door bijzondere curator namens minderjarige

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 31 oktober 2003, *RvdW*2003, 167 (mrs. R. Herrmann, J.B. Fleers, D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein; A-G mr. F.F. Langemeijer)

Ontkenning vaderschap door minderjarig kind, vertegenwoordigd door daartoe benoemde bijzondere curator; niet vereist dat kind in staat is tot redelijke waardering belangen; belang van zeer jeugdig kind kan anders meebrengen

De feiten en het geding in feitelijke instanties¹

Op 6 augustus 1998 is uit de moeder een zoon L. geboren. Op de dag van de geboorte was de moeder gehuwd met C., die ingevolge artikel 1:199, aanhef en onder a,² als vader wordt aangemerkt. Het huwelijk tussen de moeder en C. is enkele dagen na de geboorte, op 11 augustus 1998, ontbonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking van 1 juli 1998 in de registers van de burgerlijke stand. De moeder en C. zijn feitelijk uiteengegaan in september 1997. De moeder heeft sinds september 1997 een affectieve relatie met P. en voert met hem een gemeenschappelijke huishouding. Zij en P. stellen dat P. de biologische vader van de zoon is. Op 4 december 1999 is uit de relatie van de moeder en P. nog een dochter geboren. Bij beschikking van 29 december 1999 heeft de rechtbank te Amsterdam op verzoek van de moeder, die stelde dat door omstandigheden noch door haar noch door C. tijdig stappen zijn ondernomen om het vaderschap van C. te ontkennen, mr. A.M. van Leuven tot bijzondere curator over de zoon benoemd.

De bijzondere curator heeft in deze hoedanigheid bij op 2 mei 2001 ter griffie van de rechtbank ingekomen verzoekschrift het vaderschap van C. ontkend en aan de rechtbank verzocht de ontkenning gegrond te verklaren. De moeder heeft onder overlegging van een verklaring van P., waaruit blijkt dat deze zich als biologische vader beschouwt en bereid is de zoon te erkennen, de rechtbank verzocht het verzoek in te willigen. C. heeft niet betwist dat P. de biologische vader is en heeft zich uitdrukkelijk aan het oordeel van de rechtbank gerefereerd. De rechtbank heeft bij

beschikking van 29 mei 2002 de bijzondere curator in haar verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Het hof heeft die beschikking op 23 januari 2003 bekrachtigd.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het cassatiemiddel nogal uitvoerig in de rechtsoverwegingen 3.4 tot en met 3.7 van zijn beschikking, die hier vanwege hun belang integraal worden opgenomen.

‘3.4 Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte middel wordt vooropgesteld dat, naar ook het hof kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen, de tekst van art. 1:200 BW zich niet ertegen verzet dat het kind gedurende zijn minderjarigheid, vertegenwoordigd door een daartoe benoemde bijzondere curator, het vaderschap ontkent en een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning bij de rechtbank indient en dat de wettekst evenmin aanknopingspunten biedt voor het stellen van de eis dat het kind in staat is tot een redelijke waardering van de belangen die bij een dergelijk verzoek van hemzelf een rol spelen. Voor het in cassatie bestreden oordeel dat vertegenwoordiging door een bijzondere curator in dit geval niet mogelijk is wegens het ontbreken van de nodige rijpheid van het kind, heeft het hof steun gezocht in de hiervóór in 3.3 onder a vermelde passage uit de wetsgeschiedenis. Deze passage betreft echter, naar uit de weergave van de parlementaire behandeling in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4 en 2.5 blijkt, de vraag of de in art. 1:200 lid 5 BW gestelde termijn van één jaar na de geboorte voor de indiening van het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning door de moeder niet zou moeten worden aangevuld met een hardheidsclausule en niet de vraag in welke gevallen vertegenwoordiging van een nog zeer jeugdig kind door een bijzondere curator mogelijk is. Dat bedoeld zou zijn de bevoegdheid van de bijzondere curator tot vertegenwoordiging in het kader van een procedure tot ontkenning van vaderschap te binden aan de eis van een zekere rijpheid van het kind, is niet aannemelijk. Daarbij is mede in aanmerking te nemen dat de bijzondere curator bevoegd is het kind te vertegenwoordigen in een door de moeder of door de wettige vader ingeleide procedure tot ontkenning van vaderschap, welke procedure ingevolge art. 1:200 lid 5 BW moet worden ingeleid binnen een jaar na de geboorte van het kind, onderscheidenlijk een jaar nadat de wettige vader bekend is geworden

1 Ontleend aan de punten 3.1, 3.2 en 3.3 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

2 Wetsartikelen behoren tot het BW, tenzij anders is vermeld.

met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind. De wetgever heeft derhalve in het ingrijpende karakter van de hier aan de orde zijnde kwesties op zichzelf geen beletsel gezien voor de vertegenwoordiging te dier zake van een nog zeer jeugdig kind door een bijzondere curator. Weliswaar gaat het bij de zo-even genoemde procedures om gevallen waarin het kind, anders dan in het onderhavige geval, niet zelf het initiatief tot de ontkenning neemt, maar ook in die gevallen zal de bijzondere curator bij de bepaling van het in rechte naar voren te brengen standpunt van het kind moeten betrekken niet alleen of de ontkenning van het vaderschap gegrond moet worden verklaard, maar ook of het belang van het kind niet vergt dat een beslissing over het vaderschap pas wordt genomen wanneer het kind zelf zich daarover een weloverwogen oordeel kan vormen.

3.5 Ook overigens biedt de wetsgeschiedenis onvoldoende steun voor de opvatting dat in afwijking van de wettekst een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning dat door de bijzondere curator namens een nog zeer jeugdig kind is ingediend niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard of in het algemeen niet voor toewijzing in aanmerking zou komen. Daarbij is te bedenken dat de wettelijke regeling erin voorziet dat door de bijzondere curator zelfstandig wordt getoetst of het belang van het kind is gediend met het al dan niet ontkennen van het vaderschap van de wettige vader en met de mogelijkheid dat het vervolgens door de biologische vader kan worden erkend, terwijl voor de gegrondverklaring van de ontkenning een beslissing van de rechter is vereist, die eveneens het belang van het kind centraal dient te stellen.

3.6 Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin het belang van een zeer jeugdig kind meebrengt dat over de ontkenning van het vaderschap niet wordt beslist voordat het kind zelf zich daarover een weloverwogen oordeel kan vormen. Daarvan is evenwel geen sprake in een geval als het onderhavige, waarin het kind wordt opgevoed in het gezin van zijn moeder en zijn biologische vader, die bereid is het kind te erkennen, terwijl de wettige vader heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen inwilliging van het verzoek en waarin naar het oordeel van de bijzondere curator het belang van het kind zich ertegen verzet dat de juridische band met de voormalige echtgenoot van de moeder blijft voortduren totdat het kind zelf zich daarover een weloverwogen oordeel kan vormen, terwijl naar het oordeel van de bijzondere curator het belang van het kind ermee is gediend dat het kan worden erkend door zijn biologische vader, opdat de juridische status van het kind niet langer zal afwijken van zijn fysieke, sociale (emotioneel-psychologische) en maatschappelijke werkelijkheid. In een dergelijk geval moet worden aangenomen dat het belang van het kind bij het behouden van de mogelijkheid zelf op een later tijdstip ervoor te kiezen een met de biologische werkelijkheid strijdige juridische situatie te laten voortbestaan, nog maar zo weinig gewicht in de schaal legt dat het niet opweegt tegen het belang van het kind en de overige betrokkenen dat de juridische status van het kind in overeenstemming wordt gebracht met de biologische werkelijkheid, zoals deze volgens alle betrokkenen is. Zulks is slechts anders indien concrete aanwijzingen bestaan dat

het eerstgenoemde belang nog wel van voldoende gewicht is.

3.7 Op grond van het hiervóór overwogene moet worden geoordeeld dat de door het hof bekrachtigde beschikking van de rechtbank tot niet-ontvankelijkverklaring van de bijzondere curator in haar verzoek blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De op het vorenstaande gerichte klachten van het middel zijn derhalve gegrond. De overige klachten behoeven geen behandeling. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. De stukken van het geding bieden geen aanknopingspunt voor het bestaan van enige concrete aanwijzing als aan het slot van 3.6 bedoeld. Zulks brengt mee dat de grieven 1, 2, 4 en 5 gegrond zijn en dat met vernietiging van de beschikkingen van het hof en de rechtbank het inleidend verzoek alsnog moet worden toegewezen.³

De Hoge Raad vernietigt derhalve zowel de beschikking van de rechtbank als die van het hof en wijst het inleidend verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap toe.

Noot

1 *De ruimere ontkenningmogelijkheden in het nieuwe afstammingsrecht*

Sinds 1 april 1998, toen het nieuwe afstammingsrecht in werking trad³, is het aantal ontkenningmogelijkheden toegenomen, althans als het gaat om ontkenning van het *door huwelijk* ontstane vaderschap (art. 1:200-202). Allereerst is de ongelijke behandeling van man en vrouw verdwenen. In het oude afstammingsrecht had de man meer ontkenningmogelijkheden dan de vrouw. Zo kon hij ook staande huwelijk zijn vaderschap ontkennen, terwijl de moeder dit uitsluitend bij de geboorte van een kind binnen 306 dagen na de ontbinding van het huwelijk kon doen, en dan alleen nog onder de voorwaarde dat een andere man dan haar vroegere echtgenoot het kind erkende bij de akte die van die ontkenningsverklaring werd opgemaakt. Het Kroon-arrest van het Europese Hof⁴ heeft er mede voor gezorgd dat de wet op dit punt is gewijzigd. De casus van dit arrest lijkt sterk op die van de onderhavige beschikking. Mevrouw Kroon was gehuwd met de heer M'Hallem-Driss. Staande huwelijk werd een zoon, Samir, geboren. Samir was echter niet verwekt door de echtgenoot van mevrouw Kroon, maar door de heer Zerrouk. Mevrouw Kroon wilde het vaderschap van haar echtgenoot ontkennen, zodat vervolgens de heer Zerrouk het kind zou kunnen erkennen. Dit lukte echter niet, omdat het kind niet binnen 306 dagen na de ont-

3 Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772, in werking getreden op 1 april 1998, tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie.

4 EHRM 27 oktober 1994, *NJ* 1995, 248, m.nt. JdB (Kroon e.a.-Nederland).

binding van het huwelijk uit haar was geboren, zoals het oude afstammingsrecht verlangde, doch staande huwelijk. Alleen de echtgenoot kon zijn vaderschap overeenkomstig het oude afstammingsrecht ontkennen, maar die was onvindbaar. Een van de belangrijkste overwegingen van het Europese Hof was dat naar zijn mening respect voor 'family life' vereist dat de biologische en de sociale werkelijkheid boven een wettelijke presumpctie gaan die, zoals in het onderhavige geval, zowel tegen de vaststaande feiten als tegen de wensen van de betrokkenen in gaat zonder dat iemand daarvan werkelijk profijt heeft. Het Europese Hof achtte de onmogelijkheid voor de moeder om het vaderschap van haar echtgenoot te ontkennen en de onmogelijkheid voor de biologische vader om zijn kind te erkennen in strijd met artikel 8 EVRM. De voorlaatste volzin van rechtsoverweging 3.6 van de beschikking van de Hoge Raad, in het bijzonder de passage betreffende 'het belang van het kind en de overige betrokkenen dat de juridische status van het kind in overeenstemming wordt gebracht met de biologische werkelijkheid, zoals deze volgens alle betrokkenen is', bevat een duidelijke reminiscentie aan het Kroon-arrest. Dat de biologische werkelijkheid en de juridische situatie zoveel mogelijk op elkaar moeten aansluiten, is een van de belangrijkste pijlers van het nieuwe afstammingsrecht.

Een tweede belangrijk novum in het sinds 1 april 1998 geldende afstammingsrecht is de ontkenningmogelijkheid voor het kind of – na overlijden van het kind – diens afstammeling in de eerste graad (art. 1:200 lid 1, aanhef en onder b, en lid 6, alsmede art. 1:201 lid 2, eerste zin). In het oude afstammingsrecht kon het kind zelf het door huwelijk ontstane vaderschap niet aantasten, behoudens in geval van wettiging (art. 1:225 lid 4 oud). Terecht wordt in de memorie van toelichting⁵ hierover opgemerkt dat het niet goed valt te verdedigen dat het erkende kind, dat in juridisch opzicht in geen andere positie verkeert dan het kind dat tijdens het huwelijk van zijn ouders is geboren, wel het vaderschap van de erkenner kan betwisten, maar het tijdens het huwelijk geboren kind dat niet zou kunnen.

2 Ontkenning door het kind ook in geval van kunstmatige inseminatie e.d.

In geval van kunstmatige inseminatie met sperma van een donor (KID), in-vitrofertilisatie (IVF)

met sperma van een donor of geslachtsgemeenschap met een andere man dan de echtgenoot, kortom: indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind – anders dan met diens sperma – tot gevolg kan hebben gehad, kan de vader of moeder het in artikel 1:199, aanhef en onder a en b, bedoelde vaderschap niet ontkennen (art. 1:200 lid 3). Dit is slechts anders ten aanzien van de vader, indien de moeder hem heeft bedrogen omtrent de verwekker (art. 1:200 lid 4). Het kind zelf is in artikel 1:200 lid 3 bewust niet genoemd. Als zijn vader niet zijn biologische vader is, omdat hij had ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, blijft het kind de mogelijkheid tot ontkenning van het vaderschap houden. Het wordt met andere woorden niet gebonden aan de instemming van zijn vader destijds met een in artikel 1:200 lid 3 bedoelde daad.⁶

Opmerking verdient nog dat de anonimiteit van de donor in geval van kunstmatige donorbevruchting sinds 1 juni 2004 is opgeheven, en wel op grond van artikel 14 van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.⁷ Het gaat vooral om de persoonsidentificerende gegevens van de donor, dus diens geslachtsnaam, voornamen, geboortedatum en woonplaats (art. 2 lid 1, onder c, Wdkb). Deze gegevens worden aan degene die weet of vermoedt dat hij is verwekt door en ten gevolge van kunstmatige donorbevruchting en die de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt, op zijn verzoek verstrekt, nadat de donor daarmee schriftelijk heeft ingestemd. Indien de donor daarmee niet instemt, blijft verstrekking van deze persoonsidentificerende gegevens slechts in zeer bijzondere gevallen achterwege, namelijk uitsluitend indien, in aanmerking genomen de gevolgen die niet-verstrekking voor de verzoeker zou kunnen hebben, zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet behoort plaats te vinden (art. 3 lid 2 Wdkb).

3 Nog niet genoeg ontkenningmogelijkheden voor het kind

Op ten minste één punt is de wetgever inconsequent geweest waar het de aansluiting van de juridische situatie op de biologische werkelijkheid betreft. Ik bedoel de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de zogenaamde instemmende levensgezel, dat is de man die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de

5 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 3, p. 16, laatste alinea.

6 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 3, p. 9.

7 Wet van 25 april 2002, *Stb.* 2002, 240, in werking getreden deels op 1 januari 2004 en deels op 1 juni 2004, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van

gegevens van donoren bij kunstmatige donorbevruchting (Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, hierna aangeduid als Wdkb); zie ook KB van 3 december 2003, *Stb.* 2003, 510 (inwerkingtredingsbesluit).

verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (art. 1:207 lid 1, aanhef). Als deze man niet de biologische vader van het kind is en zijn vaderschap niettemin op verzoek van de moeder gerechtelijk wordt vastgesteld, kan het kind, als het ontdekt dat deze man niet zijn biologische vader is, diens vaderschap niet ontkennen. Artikel 1:200 is immers alleen van toepassing in geval van ontkenning van het *door huwelijk* ontstane vaderschap en ook vernietiging van een erkenning op grond van artikel 1:205 is hier niet aan de orde. Ik zou hier willen pleiten voor wetswijziging in die zin, dat artikel 1:207 wordt aangevuld met een soortgelijke voorziening als thans is opgenomen in artikel 1:200 lid 6, waarbij men dan in plaats van het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning moet lezen: het verzoek tot vernietiging van de beschikking, houdende gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.

4 De bijzondere curator

In het onderhavige geval had ook de vader of de moeder van het kind het vaderschap kunnen ontkennen (art. 1:200 lid 1, aanhef en onder a), maar helaas hadden zij beiden 'door omstandigheden'⁸ niet tijdig stappen ondernomen om het vaderschap te ontkennen. Anders gezegd: zij hadden de termijn van artikel 1:200 lid 5 overschreden. Deze termijn bedraagt voor de moeder één jaar, gerekend vanaf de geboorte van het kind, en voor de vader eveneens één jaar, maar dan gerekend vanaf het tijdstip waarop hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader van het kind is. De biologische vader zelf kan het vaderschap van de juridische vader dus niet ontkennen, nu hij niet is genoemd in artikel 1:200 lid 1, onder a. Opvallend is dat de Hoge Raad tot viermaal toe⁹ spreekt over de 'wettige' vader, terwijl deze terminologie nu juist is afgeschaft sinds 1 april 1998. Het gaat om de afschaffing van termen als 'wettig', 'onwettig', 'natuurlijk' en '(brieven van) wettiging', al geef ik onmiddellijk toe dat deze termen vooral ten aanzien van de kinderen werden gebruikt, terwijl de Hoge Raad hier de vader op het oog heeft. De Hoge Raad bedoelt uiteraard de juridische vader van artikel 1:199, in casu die van onderdeel a: de man die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd met de vrouw uit wie het kind is geboren.

Nu de termijn van artikel 1:200 lid 5 was overschreden, restte er nog maar één mogelijkheid: ontkenning door het kind zelf (art. 1:200 lid 1, aanhef en onder b). Voor het kind bedraagt de ter-

mijn waarbinnen het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning bij de rechtbank moet zijn ingediend, drie jaren, gerekend vanaf het tijdstip waarop het kind bekend is geworden met het feit dat de man vermoedelijk niet zijn biologische vader is. Indien het kind evenwel gedurende zijn minderjarigheid bekend is geworden met dit feit, kan het verzoek tot uiterlijk drie jaren nadat het kind meerderjarig is geworden, worden ingediend (art. 1:200 lid 6).

Omdat het kind in dit geval minderjarig was, moest het verplicht worden vertegenwoordigd in de ontkenningprocedure, en wel door een bijzondere curator. Artikel 1:212 bepaalt immers dat in zaken van afstamming (dus ook in zaken van ontkenning van het vaderschap) het minderjarige kind, optredende als verzoeker of belanghebbende, wordt vertegenwoordigd door een bijzondere curator, daartoe benoemd door de rechtbank die over de zaak beslist. Het gaat hier om de 'afstammingscurator', niet te verwarren met de 'gezagscurator' van artikel 1:250, ook een bijzondere curator, die optreedt in geval van tegenstrijdige belangen tussen de minderjarige en zijn wettelijke vertegenwoordiger in aangelegenheden betreffende verzorging en opvoeding van de minderjarige dan wel diens vermogen.

De door de bijzondere curator verrichte rechtshandelingen – in dit geval de ontkenning van het vaderschap en de daarbij behorende indiening van het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap bij de rechtbank – worden toegerekend aan het kind. Het is dus juridisch het kind zelf dat het vaderschap ontkent. Dit vloeit voort uit de toepasselijkheid van de volmachtbepalingen van titel 3.3. Artikel 3:79 bepaalt immers dat buiten het vermogensrecht – dus ook in het personen- en familierecht – de bepalingen van titel 3.3 (art. 3:60-78) overeenkomstige toepassing vinden, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Hier treedt de bijzondere curator op als vertegenwoordiger uit anderen hoofde dan volmacht, namelijk uit hoofde van de beschikking van de rechtbank waarbij hij als zodanig is benoemd (art. 1:212), hetgeen betekent dat een door hem binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van het kind verrichte rechtshandeling in haar gevolgen het kind treft (art. 3:78 jo. art. 3:66 lid 1).

De cruciale vraag in deze procedure was nu of de

⁸ Zie hierboven onder *De feiten en het geding in feitelijke instanties*.

⁹ Tweemaal in rechtsoverweging 3.4, eenmaal in rechtsoverwe-

ging 3.5 en eenmaal in rechtsoverweging 3.6 van zijn beschikking.

bijzondere curator zonder meer het vaderschap namens de minderjarige, een zeer jeugdig kind, kon ontkennen dan wel of voor het besef van het vermoeden dat de juridische vader niet de biologische vader is, een zekere rijpheid van het kind zelf is vereist. Moet het kind niet – in de woorden van de Hoge Raad (rechtsoverweging 3.6) – de mogelijkheid behouden zelf op een later tijdstip ervoor te kiezen een met de biologische werkelijkheid strijdige juridische situatie te laten voortbestaan? Het hof had hier inderdaad een zekere rijpheid van het kind zelf verlangd met een beroep op een passage uit de parlementaire geschiedenis¹⁰, maar dit argument snijdt volgens de Hoge Raad (rechtsoverweging 3.4) geen hout, omdat deze passage de vraag betreft of de in artikel 1:200 lid 5 gestelde termijn van één jaar na de geboorte voor de indiening van het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning door de moeder niet zou moeten worden aangevuld met een hardheidsclausule, en *niet* de vraag in welke gevallen vertegenwoordiging van een nog zeer jeugdig kind door een bijzondere curator mogelijk is. Terecht concludeert de Hoge Raad dat niet aannemelijk is dat de wetgever zou hebben bedoeld de bevoegdheid van de bijzondere curator tot vertegenwoordiging in het kader van een procedure tot ontkenning van vaderschap te binden aan de eis van een zekere rijpheid van het kind. Ik wijs er nog op dat in titel 1.11 betreffende het afstammingsrecht, waaronder begrepen afdeling 1.11.6 betreffende de bijzondere curator, niet is voorzien in het horen van een minderjarige van twaalf jaren of ouder dan wel van een nog jongere minderjarige, die evenwel in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Deze voorziening komt wél voor in het adoptierecht (art. 1:228 lid 1, aanhef en onder a) en in het omgangsrecht (art. 1:377g). Voor het vaststellen van de nodige rijpheid van het kind had het hof (rechtsoverweging 4.12) aansluiting gezocht bij deze leeftijdsgrens en gewezen op de beide laatstgenoemde bepalingen. Het hof redeneert blijkbaar analogisch, terwijl ik ben geneigd a contrario te redeneren.

In rechtsoverweging 3.6 overweegt de Hoge Raad dat er zich omstandigheden kunnen voordoen

waarin het belang van een zeer jeugdig kind meebrengt dat over de ontkenning van het vaderschap niet wordt beslist voordat het kind zelf zich daarover een weloverwogen oordeel kan vormen, maar dat daarvan geen sprake is in een geval als het onderhavige. Welke omstandigheden dat zouden kunnen zijn, werkt de Hoge Raad niet verder uit, maar wellicht kan men deze omstandigheden a contrario afleiden uit het verzoek van diezelfde rechtsoverweging. Verdedigbaar is dat de bijzondere curator *wél* moet wachten op het weloverwogen oordeel van het kind zelf, als het *niet* wordt opgevoed in het gezin van zijn moeder en zijn biologische vader, als laatstgenoemde *niet* bereid is het kind te erkennen of als de juridische vader heeft verklaard *wél*/bezwaar te hebben tegen inwilliging van het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning. Uiteindelijk gaat het volgens de Hoge Raad in een geval als het onderhavige om een belangenafweging: het belang van het kind bij het behouden van de mogelijkheid zelf op een later tijdstip ervoor te kiezen een met de biologische werkelijkheid strijdige juridische situatie te laten voortbestaan, moet worden afgewogen tegen het belang van het kind en de overige betrokkenen dat de juridische status van het kind in overeenstemming wordt gebracht met de biologische werkelijkheid, zoals deze volgens alle betrokkenen is. Overigens benadrukt de Hoge Raad (rechtsoverweging 3.5) dat het belang van het kind niet alleen door de bijzondere curator zelfstandig moet worden getoetst, maar ook door de rechter in de ontkenningprocedure centraal dient te worden gesteld. In dit specifieke geval bestaan er volgens de Hoge Raad (de voorlaatste volzin van rechtsoverweging 3.7 in verbinding met het slot van rechtsoverweging 3.6) geen concrete aanwijzingen dat het eerstgenoemde belang nog wel van voldoende gewicht is. Het eerstgenoemde belang legt nog maar zo weinig gewicht in de schaal dat het niet opweegt tegen het laatstgenoemde belang. In casu prevaleert derhalve het laatstgenoemde belang, dat ook zo sterk in het Kroon-arrest was benadrukt.¹¹

5 *Het gezag over het minderjarige kind*

Ten slotte nog iets over het gezag over het minderjarige kind. Het hof had in zijn beschikking onder de feiten (punt 2.1) geconstateerd dat de

10 *Kamerstukken I* 1997/98, 24 649, nr. 11f, p. 2.

11 Zie hierboven onder 1.

12 Het systeem van laatstgenoemde bepaling geldt sinds 1 januari 1998, toen de Wet van 30 oktober 1997, *Stb.* 1997, 506, tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij in werking trad. In het onderhavige geval was de minderjarige L. onder vigeur van het sinds 1 januari 1998 geldende gezagsrecht geboren. Vervolgens is artikel 1:251 lid 2 opnieuw gewijzigd inge-

volge de Reparatiwet I Justitie (Wet van 5 februari 2004, *Stb.* 2004, 50, in werking getreden op 1 mei 2004), maar deze wijziging heeft slechts een taalkundige en geen inhoudelijke betekenis. Ook de Hoge Raad heeft in zijn inmiddels constante jurisprudentie doorlopend collectief gezag na echtscheiding vooropgesteld en beslist dat eenhoofdig gezag tot de uitzonderingen behoort; zie HR 10 september 1999, *NJ* 2000, 20, m.nt. SFMW, HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 123, m.nt. SFMW en HR 19 april 2002, *NJ* 2002, 458 (gezamenlijk gezag of eenhoofdig gezag na scheiding I-III).

moeder van rechtswege is belast met het ouderlijk gezag over de minderjarige. Deze constatering lijkt mij onjuist, althans onvolledig. Niet alleen de moeder, maar ook de – juridische – vader is van rechtswege belast met het ouderlijk gezag over de minderjarige. De minderjarige L. is immers staande huwelijk van zijn ouders geboren op 6 augustus 1998, zodat de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen (art. 1:251 lid 1). Als dan vijf dagen later, op 11 augustus 1998, het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden, verandert er in beginsel niets in het gezag: de ouders blijven het gezag gezamenlijk uitoefenen. Dit is slechts anders indien de rechter op verzoek van de ouders of een van hen in het belang van het kind bepaalt dat het gezag over een kind of de kinderen aan een van hen alleen toekomt (art. 1:251 lid 2).¹² De moeder en de juridische vader C. waren reeds in september 1997 feitelijk uiteengegaan, maar dat doet niets af aan het feit dat in beginsel het gezamenlijk gezag na de echtscheiding gewoon blijft doorlopen. Opmerking verdient nog dat, ook als niet om eenhoofdig gezag is verzocht (art. 1:251 lid 2, slot), een ouder alleen, mits niet van bezwaren van de andere ouder is gebleken, ook bevoegd is tot bewindvoering over het vermogen van het kind en tot wettelijke vertegenwoordiging (art. 1:253i lid 1, slot).

Wat betekent de gegrondverklaring van de ontkenning nu voor het gezag? Nadat de desbetreffende beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, wordt het door huwelijk ontstane vaderschap geacht nimmer gevolg te hebben gehad (art. 1:202 lid 1). Er is dus sprake van terugwerkende kracht tot de geboorte van het kind. Het vermoeden dat de echtgenoot ook de biologische vader van het kind is, is ontkracht. Het kind heeft vanaf de geboorte alleen een moeder gehad. Het kan door een andere man, in casu de biologische vader P., worden erkend.¹³ Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden door de ontkenning nochtans niet geschaad (art. 1:202 lid 2). De vermeende juridische vader C. kan de kosten van verzorging en opvoeding en die van levensonderhoud

en studie, die hij mocht hebben voldaan, niet terugvorderen. Omgekeerd behoeft hij het krachtens vruchtgenot genotene niet terug te geven (art. 1:202 lid 3).¹⁴ Omdat het kind vanaf de geboorte alleen een moeder heeft gehad, blijkt nu achteraf dat zij van rechtswege het gezag over het kind alleen heeft uitgeoefend (art. 1:253b). C. heeft nooit het gezag gehad. Zodra P. het kind heeft erkend¹⁵, kunnen hij en de moeder het gezag gezamenlijk uitoefenen na aantekening in het gezagsregister (art. 1:252 jo. art. 1:244). Erkent P. het kind, laten hij en de moeder echter aantekening in het gezagsregister achterwege, maar hertrouwt de moeder vervolgens wel met P., dan oefenen zij evenzeer het gezag gezamenlijk uit, en wel op grond van artikel 1:251 lid 1, omdat deze bepaling niet vereist dat het kind *uit* hun huwelijk is geboren, doch slechts mededeelt dat *gedurende* hun huwelijk de ouders het gezag gezamenlijk uitoefenen. Erkent P. het kind en gaat hij vervolgens een geregistreerd partnerschap met de moeder aan, dan oefenen de ouders het gezag niet gezamenlijk uit op grond van artikel 1:253aa lid 1, omdat deze bepaling vereist dat het kind *staande* een¹⁶ geregistreerd partnerschap is geboren, hetgeen in casu niet het geval is. Hooguit oefenen de ouders het gezag hier gezamenlijk uit op grond van artikel 1:252, dus pas na aantekening in het gezagsregister. Aan artikel 1:253a komt men in dit geval evenmin toe, omdat ook dit artikel vereist dat het kind *staande* huwelijk (van een V/V-paar) of *staande* geregistreerd partnerschap (van een M/V-paar of van een V/V-paar) is geboren, terwijl het bovendien moet gaan om een ouder en zijn echtgenoot of geregistreerde partner die *niet* de ouder is. Erkent P. het kind niet, maar wil hij niettemin het gezag tezamen met de moeder uitoefenen, dan kunnen zij de rechtbank op grond van artikel 1:253t lid 1 verzoeken hen gezamenlijk met het gezag over het kind te belasten. Daartoe is slechts een nauwe persoonlijke betrekking ('family life') tussen P. en het kind vereist. Het in artikel 1:253t leden 2 en 3 bepaalde is hier niet van toepassing, omdat er geen andere ouder in het spel is, nu het vaderschap van C. is ontkend. z

13 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 3, p. 18.

14 Soortgelijke voorzieningen treft men voor de erkenning aan in artikel 1:206 en voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in artikel 1:207 lid 5.

15 Welke erkenning overigens pas gevolg heeft vanaf het tijdstip waarop zij is gedaan, en dus geen terugwerkende kracht tot de geboorte van het kind heeft, in tegenstelling tot de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap; vergelijk artikel 1:203 lid 2 met artikel 1:207 lid 5, eerste zin.

16 Terecht wordt artikel 1:253aa lid 1 – in de wet opgenomen sinds 1 januari 2002, toen de Wet van 4 oktober 2001, *Sbb* 2001, 468, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswe-

ge bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap in werking trad – binnenkort gewijzigd in die zin, dat de passage 'een staande een geregistreerd partnerschap' wordt vervangen door de passage 'het staande hun geregistreerd partnerschap' (cursi-veringen van mij, AJMN), teneinde duidelijk te maken dat er sprake moet zijn van een geregistreerd partnerschap van de ouders en niet van een geregistreerd partnerschap van een van de ouders en een derde; zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 353, nr. 1-4, in het bijzonder nr. 2, p. 2, onderdeel B, alsmede nr. 3, p. 1-2, punt 2, en p. 5, onderdeel B (wetsvoorstel 29 353 tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag).