

STATEN VAN DE NEDERLANDSE ANTILLEN
ZITTING 2009-2010

LANDSVERORDENING tot wijziging van Boek
1 van het Burgerlijk Wetboek (Landsverordening
gerechtelijke vaststelling van het vaderschap)

MEMORIE VAN TOELICHTING

No. 3

I. Algemeen

1. In 1995 is door de *Fundashon Sentro di Dama (SEDA)* een ontwerp-Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap aan de Staten aangeboden. Over het ontwerp zijn destijds openbare 'hearings' gehouden. Besloten is, in verband met de gevoelige aard van het onderwerp, de behandeling aan te houden totdat het ontwerp voor Boek 1 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek aan de orde zou komen.
2. Bij de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, vijf jaar later, is echter ervoor gekozen de kwestie van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap voorlopig nog terzijde te laten. Door de toenmalige Minister van Justitie werd opgemerkt (Nota van wijziging, *Staten van de Nederlandse Antillen*, zitting 1999/2000-1937, no. 4, Toelichting onder Algemeen, p. 15-16):
'5. In afwijking van Nederland wordt echter niet een regeling van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap voorgesteld. Hiervoor geldt in volle sterkte (...): het gaat om een maatschappelijk zeer gevoelig en controversieel onderwerp, waarbij diepgewortelde morele en godsdienstige overtuigingen betrokken zijn en waarbij de belangen van de personen om wie het gaat, niet zonder meer parallel lopen. Men denke aan de mogelijkheid dat een gehuwde man overlijdt met achterlaten van zijn echtgenote en zijn uit huwelijk geboren kinderen. In de Nederlandse regeling kunnen, zelfs na dit overlijden, de door hem buiten huwelijk verwekte (minderjarige en meerderjarige) kinderen, aangenomen dat deze geen andere juridische vader hebben, het vaderschap door de rechter laten vaststellen en vervolgens als mede-erfgenamen meedelen in de nalatenschap. Het spreekt vanzelf dat dit ten koste gaat van het erfdeel van de weduwe (van wier zijde mogelijk vermogen in de huwelijksgemeenschap is gevloeid) en de uit het huwelijk geboren kinderen (die door hun vader zijn verzorgd en opgevoed en met hem in één huis hebben gewoond). Ik meen dat over deze kwestie de maatschappelijke discussie nog onvoldoende is uitgekristalliseerd. Bovendien is er nog geen rechtspraak waaruit blijkt dat de hiervóór geschetste consequenties uit oogpunt van gelijke behandeling moeten worden aanvaard. In elk geval is het in verband met de tijdsdruk niet verstandig het nieuw BW-project met dit onderwerp te belasten.
6. Wel wordt er in dit verband op gewezen dat (voor de situatie dat de man nog in leven is) de Hoge Raad in een uitspraak van 3 april 1992 (NJ 1993, 286) een "afgedwongen erkenning" niet uitgesloten heeft geacht, waarbij zonedig de rechterlijke uitspraak de plaats kan innemen van een erkenningsakte (artikel 300 van Boek 3 BW). Men denke aan het geval dat de verwekker aan de moeder beloofd heeft het kind te erkennen. Is de man overleden, dan kunnen in

sommige gevallen brieven van vaderschap (de opvolgers van de brieven van wettiging) uitkomst bieden (...).’

3. In het onderhavige ontwerp – zes jaar later – wordt alsnog een regeling voorgesteld. Hierin is rekening gehouden met de destijds door de regering genoemde situatie dat de erfrechtelijke aanspraken die het kind krijgt als gevolg van een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap een bijzondere hardheid zouden betekenen voor de weduwe van de verwekker of diens andere kinderen (met wie hij onder een dak heeft geleefd). De rechter kan ingevolge het voorgestelde artikel 207a, eerste lid, van Boek 1 BW in die situatie de erfrechtelijke aanspraken van het kind beperken. Zie ook het tweede lid van dat artikel en het voorgestelde artikel 207, vijfde lid, van Boek 1 BW.
4. Het is naar de mening van ondergetekende een zaak van rechtvaardigheid dat een vaderloos kind, wiens verwekker niet tot erkenning wenst over te gaan, via de rechter het vaderschap gerechtelijk kan doen vaststellen, met alle juridische gevolgen van dien. De verwekker draagt immers verantwoordelijkheid voor het bestaan van het kind; en het kind zelf heeft in het geheel geen schuld aan zijn vaderloze juridische staat. Weliswaar kan naar huidig Nederlands-Antilliaans recht de verwekker tot *levensonderhoud* van het kind tot 21 jaar worden veroordeeld (artikel 394 van Boek 1 BW; *P.B.* 2000, no. 178; zie ook artikel 406b ten aanzien van een som ineens ter zake van levensonderhoud en artikel 408a ten aanzien van de kosten van bevalling), maar daar blijft het bij. Zijn naam wordt niet toegevoegd aan de geboorteakte van het kind en hij geldt niet als ‘vader’ of ‘ouder’ in de zin van de wet (zie het huidige artikel 199 van Boek 1 BW).
5. Op aandrang vanuit de Staten is uitdrukkelijk in de wet opgenomen dat ieder kind het recht heeft voor zover mogelijk zijn vader te *kennen* (artikel 199b van Boek 1 BW; *P.B.* 2000, no. 178; voor een toepassing, zie het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 27 juni 2003, *Tijdschrift voor Antilliaans recht-Justicia* [TAR] 2003, p. 123 e.v., *Nederlandse Jurisprudentie* [NJ] 2004, 124). De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is de volgende stap.
6. Door het grote aantal vaderloze kinderen in de Nederlandse Antillen is het onderhavige ontwerp van groot maatschappelijk gewicht. Naar schatting is ca. 25% van alle kinderen in juridisch opzicht vaderloos. Zo zijn op Curaçao in de jaren 2000 tot en met 2006 in totaliteit 15.268 kinderen geboren, waarvan 3.898 vaderloos. Doordat niet alle erkenningen in een bepaald jaar betrekking hebben op kinderen in dat jaar geboren, kunnen geen volledig exacte cijfers worden gegeven. In het jaar 2004 werden totaal 2.008 kinderen geboren, waarvan ca. 567 in huwelijk en ca. 912 werden erkend; vaderloos waren 529. In het jaar 2005 werden totaal 2.152 kinderen geboren, waarvan ca. 665 in huwelijk en ca. 889 werden erkend; vaderloos waren 598. In het jaar 2006 werden totaal 2.071 kinderen geboren, waarvan ca. 486 in huwelijk en ca. 972 werden erkend; vaderloos waren 613. Heel grof gezegd kan men concluderen dat van de (ca. 2000) kinderen die jaarlijks op Curaçao worden geboren ongeveer een kwart (ca. 500) in huwelijk is geboren en ongeveer de helft (1.000) wordt erkend, zodat ongeveer een kwart (ca. 500) vaderloos is. Bij de burgerlijke stand van de andere eilandgebieden zijn cijfers opgevraagd die nog niet zijn ontvangen. In de loop van de behandeling van dit ontwerp zullen deze aan de Staten worden verstrekt.
7. Alle Europese landen kennen inmiddels de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en ook in de Anglo-Amerikaanse rechtskring, waaronder in veel landen in het Caraïbisch gebied, kan in het algemeen een vaderloos kind vragen om een ‘declaration of paternity’. Blijkens gegevens verschaft door mr. Bob Wit, rechter van het *Caribbean Court of Justice* (voorheen lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba) heeft, wat betreft de

Commonwealth Caribbean, de *Status of Children Act* van Jamaica (1976) tot voorbeeld gediend; vergelijkbare wetgeving geldt thans in tien van de dertien landen [*The Law Reform (Illegitimacy) Ordinance 1982*, Anguilla; *Status of Children Act 1986*, Antigua; *The Status of Children Act (2002)*, Bahamas; *Status of Children (Reform) Act 1979*, Barbados; *Families and Children Act 1998*, Belize; *Status of Children Act 1991*, Grenada; *Children Born out of wedlock (Removal of Discrimination) Act 1983*, Guyana; *Status of Children Act 1976*, Jamaica; *Status of Children Act 1983*, St. Kitts and Nevis; *Status of Children Act 1980*, St. Vincent and the Grenadines; *Status of Children Act 1981*, Trinidad and Tobago]. In de grote meerderheid van deze wetgevingen wordt voorzien in de mogelijkheid van een ‘declaration of paternity’ (waarom iedereen met een ‘proper interest’ kan vragen) ongeacht overlijden van vader of kind, maar in de Bahamas moeten vader en kind nog in leven zijn; en in Belize kan het verzoek slechts worden gedaan in beginsel vijf jaren na de geboorte. Al met al kan worden geconcludeerd dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap een hoog ‘Caribisch gehalte’ heeft en aansluit bij de omringende sociale en culturele werkelijkheid.

8. Op goede gronden kan worden betoogd dat het ontbreken van de mogelijkheid van een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap strijd oplevert met artikel 8 (‘right to respect for private and family life’) alsmede de artikelen 14 en 1 Protocol nr. 12 (discriminatieverbod) van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) en met de artikelen 17 en 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). In het *Marckx*-arrest van het Europese Hof voor de rechten van de mens van 13 juni 1979 (NJ 1980, 462, § 31 en § 40) heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens uitgesproken dat de onwettige familie op dezelfde voet de bescherming van artikel 8 EVRM verdient als de wettige. Voorts verbiedt artikel 14 EVRM en artikel 1 Protocol nr. 12 EVRM uitdrukkelijk discriminatie naar geboorte (‘birth’).
9. Inmiddels is duidelijk dat de vaststelling van de juridische relatie tussen buiten huwelijk geboren kind en zijn verwekker gerekend moet worden tot het ‘private life’ van het kind als bedoeld in artikel 8 EVRM. Men zie laatstelijk EHRM 7 mei 2009, *Kalacheva v. Russia*, § 28: ‘In a number of cases the Court has also held that a right to respect for private life includes a right of a child born out of wedlock to determine the Legal relationship between him or her and his or her natural father.’
10. Hieruit volgt dat zonder gerechtelijke vaststelling van het vaderschap er sprake is van een *inbreuk op het ‘private life’* van het kind. Daarbij komt dat op goede gronden kan worden volgehouden dat het buitenhuwelijkse niet-erkende kind wordt achtergesteld bij het huwelijkse en het buitenhuwelijkse erkende kind, zonder dat hiervoor voldoende rechtvaardiging is, zodat sprake is van *discriminatie*. In dit verband is de volgende uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens van belang: ‘The question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights is today given importance in the member States of the Council of Europe. (...) Very weighty reasons would accordingly have to be advanced before a difference of treatment on the ground of birth out of wedlock could be regarded as compatible with the Convention’ (EHRM 28 oktober 1987, *Inze v. Austria*, § 41, NJ 1989, 661).
11. Voorop staat, nu de positie van de buitenhuwelijkse *erkende* kinderen inmiddels zoveel mogelijk door de wetgever gelijkgesteld is met die van in huwelijk geboren kinderen, dat morele redenen onvoldoende kracht hebben om de gerechtelijke vaststelling uit de wetgeving te weren. Het huwelijk mag worden hoog gehouden en door het recht gesteund, maar niet ten koste van onschuldige buitenhuwelijkse kinderen (*Marckx*, § 40). Ook het verzekeren van de rust binnen

- wettige gezinnen, is onvoldoende rechtvaardiging (*Marckx*, § 48). Overigens, als men mannen wil afhouden van buitenhuwelijkse verwekking, dan lijkt het vaderloos laten van onschuldige kinderen niet de juiste weg.
12. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba heeft onlangs, op dezelfde dag, in twee gevallen waarin de verwekker nog in leven was een gerechtelijke vaststelling uitgesproken, met rechtstreekse toepassing van artikel 8 EVRM (GHvJNA/A 16 juli 2009, H. 25/09, LJN: BJ6235 (Nederlands-Antilliaanse zaak) en H. 534/08, LJN BJ6210 (Arubaanse zaak). Is de putatieve verwekker reeds overleden, dan weigert het Hof daartoe over te gaan, aangezien in dat geval erfrechtelijke rechtspolitieke keuzen moeten worden gedaan die aan de wetgever zijn (GHvJNA/A 12 mei 2009, HAR 157/07, LJN: BI4776). De drie uitspraken zijn te raadplegen op het internet (www.rechtspraak.nl).
 13. De rechtszekerheid, in het verleden een belangrijk argument om de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet in te voeren, heeft aan betekenis ingeboet. De vooruitgang van de wetenschap (DNA-onderzoek) maakt immers vaststelling van het vaderschap, ook na lange tijd, met nagenoeg volstrekte zekerheid mogelijk. De rechter kan eventueel ambtshalve bewijs verlangen, aangezien het gaat om een rechtsgevolg dat niet ter vrije beschikking van partijen staat (artikel 129, eerste lid, slot, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Voor het bevelen van een deskundigenbericht (DNA-onderzoek) is noodzakelijk en voldoende dat op grond van de ten processe gebleken feiten en omstandigheden aannemelijk is dat de man de verwekker kan zijn. Op grond daarvan kan de rechter, aan wie het in beginsel vrijstaat een deskundigenonderzoek te bevelen (artikel 173 Rv), ook als het gaat om de verkrijging van bewijs tegen de man, oordelen dat de inbreuk van een DNA-onderzoek op diens lichamelijke integriteit gerechtvaardigd is. Aldus HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 647.
 14. Dat de man wellicht niet op een staatactie gerekend heeft, is afgewogen tegen de belangen van het kind van onvoldoende gewicht. Hij draagt nu eenmaal mede verantwoordelijkheid voor het bestaan van het kind. In dit verband verdient vermelding dat de staatactie van een in huwelijk geboren en erkend kind volgens artikel 210 van Boek 1 BW niet aan enige verjaring is onderworpen.
 15. Als rechtvaardiging van de uitsluiting van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt wel aangevoerd dat een gedwongen vader geen goede vader kan zijn en dat na een gerechtelijke vaststelling erkenning door een niet-verwekker die wel als goede vader wil fungeren, onmogelijk wordt gemaakt. Dit soort overwegingen kan echter beter aan moeder en kind worden overgelaten. Bovendien wint de gedachte veld dat een goede sociale vader niet per se verwantschapsrechtelijke betrekkingen met het kind hoeft te hebben. Hem deze toe te kennen is vaak disproportioneel.
 16. Een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zal wellicht zwaar vallen voor de echtgenote of de in huwelijk geboren kinderen van de verwekker – deze zal hen choqueren en wellicht financieel treffen – maar zulks geldt ook ten aanzien van de onderhoudsactie die onder het huidige recht sedert 1916 reeds mogelijk is (artikel 394 van Boek 1 BW). Zoals hierboven onder 3 reeds vermeld, wordt in artikel 207a van het ontwerp een erfrechtelijke verzachting gegeven indien de verwekker reeds is overleden.
 17. De voorgestelde tekst komt overeen met de in Nederland geldende regeling, zoals tot stand gebracht bij wet van 24 december 1997, *Stb.* 772, maar met de volgende afwijkingen. In Nederland kan niet de raad voor de kindbescherming (te vergelijken met de voogdijraad hier te lande) een verzoek doen tot gerechtelijke vaststelling (vergelijk ten aanzien van de voogdijraad de voorgestelde tekst van artikel 207, eerste lid, onderdeel c). In Nederland kan de moeder het verzoek doen totdat het kind 16 jaar is, in het onderhavige ontwerp is de leeftijdsgrens verlaagd

- naar 12 jaren (artikel 207, eerste lid, onderdeel *a* [en *c*]). In Nederland kan in beginsel niet van een verwekker jonger dan 16 het vaderschap worden vastgesteld; deze beperking is niet gevolgd. In Nederland is, als de identiteit van de verwekker bekend is, de moeder gebonden aan een vervaltermijn van vijf jaren na de geboorte; ook deze beperking is onnodig en disproportioneel geoordeeld in het onderhavige ontwerp. Voorts kent Nederland niet de voorgestelde artikelen 207*a* (erfrechtelijke verzachting) en 207*b* (mogelijkheid van latere ontkenning door het kind). In het onderhavige ontwerp is onderdeel *c* van het Nederlandse artikel 207, tweede lid (verwekker jonger dan 16 jaren) niet overgenomen.
18. Overigens is in de huidige situatie reeds denkbaar dat een in de Nederlandse Antillen buiten huwelijk geboren niet-erkend ('Antilliaans') kind dat zich in Nederland gevestigd heeft, met toepassing van het *Nederlandse recht*, aangenomen dat dit naar regels van interregionaal privaatrecht toepasselijk is, een verzoek doet tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een in de Nederlandse Antillen woonachtige of aldaar overleden ('Antilliaanse') man. Men zie HR 11 juni 2004, *NJ* 2005, 116 met in de noot onder 4-7 gegevens over het interregionaal privaatrecht terzake. Gelet op HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 421 ligt analogische toepassing door de Nederlandse rechter van artikel 6 van de Nederlandse *Wet conflictenrecht afstamming* (*Stb.* 2002, 153) voor de hand, hetgeen betekent dat als de verwekker en de moeder niet meer beiden in de Nederlandse Antillen wonen of ten tijde van het overlijden van de verwekker woonden, het recht van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van het verzoek (dus Nederlands recht) beslissend zal zijn. Een gerechtelijke vaststelling door de Nederlandse rechter zal, gelet op artikel 40 Statuut, in de Nederlandse Antillen worden erkend en leiden tot een latere vermelding aan de geboorteakte van het kind (artikel 20*b* van Boek 1 BW).
 19. De moeder en de voogdijraad, totdat het kind 12 jaar is, en het kind zelf kunnen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap verzoeken (artikel 207, eerste lid, van het ontwerp); zolang het kind minderjarig is, wordt het echter vertegenwoordigd door een bijzondere curator (ingevolge het bestaande artikel 212 van Boek 1 BW).
 20. In afwachting van het voorgenomen nieuwe namenrecht (Staten van de Nederlandse Antillen 2008/2009, 3413) wordt voorgesteld om een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in het geheel geen naamsgevolg te geven; men zie de in artikel II, onderdeel B, van het ontwerp voorgestelde wijziging van het bestaande artikel 5, eerste lid, van Boek 1 BW. In artikel III van het ontwerp wordt echter rekening gehouden met de inwerkingtreding van het nieuwe namenrecht.
 21. Het onderhavige ontwerp is opgesteld met bijstand van prof. mr. Jan de Boer, lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba en adviseur van de Gemeenschappelijke Commissie nieuw Burgerlijk Wetboek. Op 9 maart 2006 heeft in de aula van de Universiteit van de Nederlandse Antillen een openbare discussiebijeenkomst over het onderwerp plaatsgevonden, georganiseerd door de *Tienda di Lei*.

II. Financiële gevolgen

De onderhavige ontwerpverordening heeft bij de huidige stand van zaken geen noemenswaardige financiële gevolgen voor de begroting van het Land. Dat meer kinderen ook in juridisch opzicht een vader hebben kan in beginsel in de toekomst ertoe leiden dat met het oog op de verzorging van kinderen in mindere mate beroep gedaan wordt op de openbare middelen. Anderzijds is denkbaar dat de voogdijraden zich actiever gaan inzetten in het bewerkstelligen van juridische banden tussen buiten huwelijk geboren kinderen en hun verwekkers. Het ontwerp

voorziet in de mogelijkheid dat de voogdijraad het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap indient. Of in de toekomst de begrotingen van de voogdijraden daarom meer ruimte moeten hebben valt thans niet te voorspellen, laat staat valt te schatten welke omvang de uitbreiding dan zal zijn. Het een en ander zal afhankelijk zijn van toekomstige (politieke) beleidskeuzes. Het ontwerp op zichzelf dwingt niet tot verruiming van de begrotingen.

III. Advies van de Raad van Advies (RvA no. RA/14-09-LV)

De Raad van Advies geeft in overweging om de term 'levensgezel' te definiëren, een term die, zoals de Raad onderkent, ook elders in het BW wordt gebezigd. Een definitie valt niet te geven, maar de toelichting bij artikel 207, eerste lid, is aangevuld met beschouwingen dienaangaande.

De Raad adviseert om aan de voogdijraad de bevoegdheid te geven een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap te verzoeken ook tegen de wil van de moeder. De Raad wijst daarbij op het belang van het kind alsmede dat van de vader, al staat voor deze laatste de weg van artikel 204, derde lid (vervangende rechterlijke toestemming om te erkennen) open. Dit voorstel van de Raad van Advies is gevolgd en in artikel 207, eerste lid, onderdeel c, van het aan de Raad voorgelegde ontwerp zijn daarom de slotwoorden 'of de moeder blijk geeft van verzet tegen het verzoek' geschrapt.

Op advies van de Raad is een financiële paragraaf toegevoegd.

Op advies van de Raad zijn in deze Memorie van Toelichting onder Algemeen statistische gegevens opgenomen.

De Regering onderschrijft van harte het belang dat de Raad eraan hecht dat naast de invoering in het BW van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap beleid wordt ontwikkeld ter bevordering van verantwoord ouderschap, teneinde mannen en vrouwen bewust te maken van de juridische, sociale en financiële consequenties van de verwekking van kinderen buiten het huwelijk. Hierbij is in het bijzonder de voorlichting aan jongeren van groot belang.

In dit verband zij nog vermeld dat de Regering voornemens is om een commissie in te stellen teneinde te adviseren over de mogelijkheid, zoals die bestaat in Jamaica en Costa Rica, dat de moeder van een buiten huwelijk geboren kind de naam opgeeft van de man die volgens haar de verwekker is, waarna zulks aan de man wordt betekend. Een dergelijke regeling, indien deze te zijner tijd tot stand komt, zal dan een vervolg zijn op de onderhavige wetgeving. Immers, weerspreekt de man de opgave door de moeder, dan zal een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap moeten worden gedaan.

Met genoegen heeft de Regering ervan kennis genomen dat de Raad instemt met de in artikel 207a voorgestelde erfrechtelijke bepalingen in het geval dat de verwekker reeds is overleden. De opmerkingen van de Raad zijn verwerkt in de toelichting.

Ten slotte zij erop geattendeerd dat de door de Raad aangehaalde Landsverordening van de 23ste oktober 2000 regelende het overgangsrecht ter gelegenheid van de invoering van de boeken 1, 3, 5, 6, 7 en 8 van het Burgerlijke Wetboek (P.B. 2000, no. 119) bij de Invoeringslandsverordening Boek 2 BW (P.B. 2004, no. 16), artikel XXIX, onderdeel b, een citeertitel heeft meegekregen, en wel: Landsverordening overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek. De desbetreffende overgangsbepaling, die erfopvolging uitsloot indien de man was overleden vóór het in werking treden van de onderhavige landsverordening, is overigens geschrapt, in navolging van een Arubaans ontwerp-aanvulling nieuw BW. Met het oog op de rechtszekerheid is het voorgestelde artikel 207a, tweede lid, reeds voldoende.

De overige opmerkingen van de Raad met een technische karakter zijn verwerkt.

IV. Artikelsgewijze toelichting

ARTIKEL I

Artikel 207

Eerste lid.

1. Blijkens de aanhef kan ook na overlijden van de man het vaderschap nog worden bewezen en gerechtelijk vastgesteld. Denkbaar is dat pas na het overlijden het kind verneemt wie zijn verwekker is of behoefte voelt dat zijn geboorteakte wordt aangevuld. Verder heeft de vaststelling (mits tijdig verzocht) gevolgen voor de erfopvolging. Door de terugwerkende kracht van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (zie het vierde lid) wordt het kind erfgenaam bij versterf. Wat deze erfopvolging betreft geeft echter het nieuwe artikel 207a – dat in Nederland ontbreekt – in het belang van de weduwe en de andere kinderen de mogelijkheid tot verzachting.
2. Behalve van de verwekker, kan van de levensgezel van de moeder die heeft ingestemd met een daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad, het vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld. Heeft bijvoorbeeld deze levensgezel van de moeder, samen met haar, besloten tot kunstmatige inseminatie met het zaad van een donor (KID), dan zal in het algemeen wel op goede gronden erop mogen worden vertrouwd dat hij het kind zal erkennen (HR 3 april 1992, *NJ* 1993, 286; zie deze Memorie van Toelichting, onder Algemeen, het citaat onder 2 [sub 6]). Gaat hij daartoe niet over, dan is gerechtelijke vaststelling van het vaderschap mogelijk. Artikel 207b van het ontwerp voorziet echter in de mogelijkheid van een latere ontkenning van het vaderschap door het kind.
3. De term ‘levensgezel’ komt thans in het Burgerlijk Wetboek ook voor in de artikelen 379, 383, 385, 394, 432, 435, 451 en 452 van Boek 1, in artikel 46 van Boek 3 en in artikel 465 van Boek 7. Bij de totstandkoming van Boek 1 is in de Memorie van Toelichting bij titel 16 (curatele), onder 4, het volgende opgemerkt: ‘Het moet hier gaan om een persoon die tot de betrokkene in een vergelijkbare betrekking staat als de echtgenoot. De beantwoording van de vraag of een relatie bestaat vergelijkbaar met die tussen echtgenoten, is afhankelijk van door de rechter te beoordelen feitelijke omstandigheden. Van belang kunnen hierbij vooral zijn dat er een gemeenschappelijke huishouding bestaat, de duur daarvan, dat het een relatie van affectieve aard is en dat partijen kennelijk uitgaan van een nauwe lotsverbondenheid.’ Niet kan worden uitgesloten dat de invulling van het begrip mede afhankelijk zal zijn van de context waarin zulks van belang is.
4. Ten aanzien van een donor is gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet mogelijk aangezien een donor geen ‘verwekker’ is. De wet onderscheidt het begrip ‘verwekker’ van het ruimere begrip ‘biologische vader’. ‘Verwekker’ is de man die met de moeder op natuurlijke wijze het kind heeft laten ontstaan. Een donor is ook niet onderhoudsplichtig, aangezien het bestaande artikel 394 van Boek 1 BW eveneens het begrip ‘verwekker’ gebruikt en niet het begrip ‘biologische vader’. Overigens volstaat dat de verzoeker het biologisch vaderschap bewijst, bijvoorbeeld door DNA-onderzoek; de donor zal dan bij wege van tegenbewijs het donorschap aannemelijk moeten maken (zie HR 26 juni 2009, 07/13656, LJN: BH2250).
5. Het gerechtelijk vastgestelde vaderschap heeft alle gevolgen van het vaderschap, behalve wat betreft het namenrecht, zolang dit niet is aangepast; zie hierna bij de artikelen II en III. De

gerechtelijke vaststelling leidt tot toevoeging van een latere vermelding aan de geboorteakte van het kind (artikel 20, eerste lid, van Boek 1 BW, zoals in artikel 11 aangepast). Verder geldt de man als 'vader' en 'ouder' in het huwelijks-, jeugd- en erfrecht (de vader zal bijvoorbeeld een ondertoezichtstelling kunnen verzoeken) en ook in de wetgeving buiten het Burgerlijk Wetboek, zoals de belastingwetgeving (bijvoorbeeld de *Successiebelastingverordening 1908*). Voor het nationaliteitsgevolg van rechtswege, zie men artikel 4 van de *Rijkswet op het Nederlanderschap*.

6. Bevoegd tot een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zijn de moeder (onderdeel a), het kind (onderdeel b) en de voogdijraad (onderdeel c). De bevoegdheid is (mede in verband met de beschikbaarheid heden ten dage van DNA-tests) in beginsel niet beperkt in de tijd (behoudens de leeftijdsgrens van twaalf jaren van het kind in onderdeel a en c). Is het kind twaalf jaren of ouder, dan kan alleen het kind het verzoek doen. Gedurende de minderjarigheid (dus tot achttien jaar) zal het kind echter moeten worden vertegenwoordigd door een bijzondere curator; dit kan de voogdijraad zijn (aldus het bestaande artikel 212 van Boek 1 BW). De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bijzondere curator is in beginsel niet gebonden aan de eis van een zekere rijpheid van het kind (HR 31 oktober 2003, *NJ* 2004, 315). Ook vóór de geboorte van het kind lijkt in beginsel een verzoek mogelijk (artikel 2 van Boek 1 BW: 'nasciturus pro iam nato habetur quotiens de comodo eius agitur').
7. De verwekker zelf komt in het rijtje niet voor, aangezien hij de mogelijkheid van erkenning heeft (artikel 203 van Boek 1 BW). Daarvoor is in beginsel de toestemming van de moeder vereist (artikel 204, eerste lid, onderdeel c van Boek 1 BW), maar deze toestemming kan worden vervangen door die van de rechter (artikel 204, derde lid, van Boek 1 BW).

Tweede lid.

1. In onderdeel a wordt voorop gesteld dat het hier enkel gaat om *vaderloze* kinderen; deze eis geldt ook bij erkenning (artikel 203, eerste lid, aanhef, van Boek 1 BW). Is het kind in huwelijk geboren zonder dat de echtgenoot van zijn moeder zijn biologische vader is, is het kind erkend door een man die niet zijn biologische vader is of is het kind geadopteerd (mede) door een man, dan is een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap uitgesloten. Wel is denkbaar dat het bestaande juridische vaderschap eerst door het kind wordt aangetast – door ontkenning, vernietiging of herroeping – en dat *vervolgens* een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de werkelijke vader wordt verzocht. Voor aantasting van het juridische vaderschap gelden echter termijnen, die mogelijk al verstreken zijn (zie de bestaande artikelen 200, zesde lid, 205, vierde lid, en 231, tweede lid, van Boek 1 BW: veelal vijf jaren na meerderjarigheid), al bevat het bestaande artikel 199a van Boek 1 BW een veiligheidsklep, bedoeld met name voor het geval dat alle belanghebbenden wensen dat het kind 'van vader wisselt'.
2. Ingevolge onderdeel b is een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet mogelijk indien tussen de moeder en de verwekker een huwelijksbeletsel op grond van nauwe verwantschap bestaat (verbod van 'bloedschande'). Hetzelfde geldt met betrekking tot de erkenning (artikel 204, eerste lid, onderdeel a, van Boek 1 BW). Hier is de openbare orde in het spel. Bovendien lijkt het niet in het belang van het kind indien wordt vastgesteld dat bijvoorbeeld zijn grootvader tevens zijn vader is. De 'bloedschande' is overigens geen belemmering voor een onderhoudsactie tegen de verwekker-familieid (zie het bestaande artikel 394 van Boek 1 BW)

of voor de uitoefening van het recht om te weten van wie men afstamt (het bestaande artikel 199b van Boek 1 BW).

Derde lid.

Dit betreft het geval dat het kind is overleden. Vergelijk de bestaande artikelen 201, tweede lid, en 205, vijfde lid, tweede volzin, van Boek 1 BW.

Vierde lid.

1. De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap werkt terug tot de geboorte, maar in verband met de rechtszekerheid zijn beperkingen aan de gevolgen gesteld. Deze beperkingen komen overeen met die van de bestaande artikelen 202 en 206 van Boek 1 BW, behoudens dat hier geen voorziening ter zake van de teruggave van kosten van verzorging en opvoeding of levensonderhoud en studie dan wel van het krachtens vruchtgenot genotene nodig is. Voor de laatste volzin van het onderhavige vijfde lid vergelijk men het bestaande artikel 45, derde en vijfde lid, van Boek 3 BW. Zij verzacht de vermogensrechtelijke gevolgen van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, aangezien in geen geval hoeft te worden teruggegeven wat intussen reeds *verbruikt of verteerd* is
2. Het nationaliteitsgevolg van een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap werkt, in afwijking van het onderhavige vierde lid, niet terug tot de geboorte. Men zie artikel 4, eerste lid, tweede en derde volzin, van de *Rijkswet op het Nederlanderschap*.

Artikel 207a.

1. Vindt de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap plaats na de dood van de man, dan wordt het kind met terugwerkende kracht erfgenaam. Ingevolge het eerste lid kan echter de weduwe of een kind de rechter verzoeken dit erfrechtelijk gevolg te beperken. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan een bezwaar door de toenmalige Minister van Justitie geuit in het kader van de totstandkoming van Boek 1 nieuw BW; zie deze Memorie van Toelichting, Algemeen, onder 2 [sub 5]. Reden voor toepassing kan zijn dat de weduwe in substantiële mate heeft bijgedragen aan de groei van de ontbonden huwelijksgemeenschap, bijvoorbeeld door verrichte arbeid of door een voorhuwelijkse erfenis van haar kant. Indien zij deze bijdrage zou moeten delen met een 'buitenkind', zou zulks een bijzondere hardheid kunnen betekenen. Ook is denkbaar dat de man samen met een huwelijks of door hem erkend kind een bedrijf heeft opgebouwd die echter uitsluitend op naam van de man is blijven staan. Zou het 'buitenkind' daarvan profiteren, dan zou dat een bijzondere hardheid kunnen zijn voor het kind dat het bedrijf met de vader heeft opgebouwd, *a fortiori* indien dit kind meer heeft bijgedragen dan de vader.
2. Ingevolge de tweede volzin houdt de rechter rekening met de reden waarom niet eerder – met name: niet vóór het overlijden van de man – het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is gedaan. In dit verband bedenke men dat als het verzoek gedaan is na het overlijden, de man geen redelijke gelegenheid gehad heeft een testament te maken, rekening houdend met een nieuwe erfgenaam.
3. Overigens bestaat het voornemen in het nieuwe Boek 4 BW (Erfrecht) de positie van de langstlevende echtgenoot of echtgenote te verbeteren. In elk geval zal als dwingendrechtelijke regels worden voorgesteld dat de langstlevende echtgenoot of echtgenote aanspraak heeft op het vruchtgebruik van de echtelijke woning en de inboedel

- alsmede op een vruchtgebruik van andere goederen van de nalatenschap voorzover hij of zij daaraan voor zijn of haar verzorging behoefte heeft.
4. Dat er ingevolge het eerste lid een rechter aan te pas moet komen is niet bezwaarlijk, aangezien voor een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap toch al de rechter geëdieerd moet worden. De belanghebbende weduwe of andere kinderen zijn in de regel, als de man is overleden, al in het proces als rechtsopvolgers (zodat zij dan niet eens toekomen aan de mogelijkheid van artikel 214 Rv inzake voeging en tussenkomst).
 5. Wat betreft het tweede lid van het onderhavige artikel 207a zij het volgende opgemerkt. Indien de nalatenschap reeds verdeeld is, geeft afdeling 3 van titel 7 van Boek 3 BW algemene, beperkingen. Heeft de verdeling plaatsgevonden bij notariële akte, dan is een verdeling waaraan niet alle deelgenoten hebben deelgenomen vernietigbaar (artikel 195, eerste lid, van Boek 3 BW). In de literatuur bestaat er meningsverschil of dan *naast* de verjaringstermijn van artikel 195, eerste lid, slot, van Boek 3 BW (een jaar na het ter kennis komen van de verdeling) ook de vervaltermijn van artikel 200 van Boek 3 BW (drie jaren na de verdeling) toepasselijk is (zie Asser-De Boer 1, *Personen- en familierecht*, 2006, nr. 748 en Asser-Perrick 3-IV, nr. 154).
 6. Wat daarvan zij, in het tweede lid wordt voorgesteld de erfopvolging bij versterf door het kind uit te sluiten als het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap meer dan vijf jaren na het overlijden wordt ingediend, mits de man een weduwe of andere kinderen heeft achtergelaten. Deze termijn geldt ook als de boedel (voorlopig) onverdeeld is gebleven of er slechts één erfgenaam was (de weduwe of één kind) zodat verdeling niet in aanmerking komt. Als een broer, zuster of ander familielid van de verwekker versterferfgenaam is, is er geen beperking van de erfrechtelijke gevolgen van een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Wel geldt dan artikel 207, vierde lid, wat erop neerkomt dat niet hoeft te worden teruggegeven wat ten tijde van het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap verteerd is.
 7. Alleen de erfopvolging bij versterf wordt uitgesloten, andere gevolgen van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap blijven bestaan (zie hierboven bij artikel 207, eerste lid, onder 4), mits nog mogelijk na overlijden, zoals toevoeging van een latere vermelding aan de geboorteakte van het kind, eventueel naamsgevolg (onder het nieuwe namenrecht) en eventueel nationaliteitsgevolg.
 8. De ondergetekende meent, met de Raad van Advies, dat de onderhavige erfrechtelijke beperkingen niet discriminatoir zijn. In dit verband is van belang dat uit artikel 8 EVRM en artikel 1 Protocol nr. 1 EVRM geen recht om te erven voortvloeit (*Marckx* § 50 en § 53). Wat betreft artikel 207a, eerste lid, benadrukt de Raad van Advies terecht dat het hier gaat om concrete situaties van bijzondere hardheid voor de andere betrokkenen, waarbij de uitzondering door de rechter wordt toegepast. Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft tot nog toe schendingen van het EVRM geconstateerd in situaties waarin geen rekening werd gehouden met de omstandigheden van het specifieke geval en waarin buiten huwelijk geboren kinderen bij voorbaat en zonder objectieve rechtvaardiging, op erfrechtelijk gebied ongelijk werden behandeld. De Raad noemt behalve het arrest *Marckx* dat hierna bij artikel IV aan de orde komt, het arrest *Inze* (EHRM 28 oktober 1987, appl. 8695/79), het arrest *Mazurek* (EHRM 1 mei 2000, appl. no. 34406/97) en het arrest *Merger and Cros* (EHRM 22 december 2004, appl. no. 68864/01). De onderhavige ontwerplandsverordening bevat een regeling die uitgaat van gelijke behandeling en een geclausuleerde en op de concrete situatie toegespitste uitzondering toelaat. Die

uitzondering is proportioneel, met name nu daarmee beoogd is de rechten van de weduwe en de andere kinderen, te respecteren. Deze regeling geeft de rechter alle ruimte om in het concrete geval een adequate belangenafweging te maken.

9. Ook artikel 207a, tweede lid, dat erfopvolging bij versterf uitsluit wanneer het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap vijf jaren na het overlijden van de man is gedaan en deze een weduwe of andere kinderen heeft nagelaten, acht de Raad aanvaardbaar. Weliswaar is dit een abstracte regeling, maar de Raad acht deze beperking gerechtvaardigd met het oog op de rechtszekerheid van de weduwe en de andere kinderen.

Artikel 207b.

Deze bepaling kwam hierboven reeds aan de orde bij artikel 207, eerste lid, onder 2. Voor de latere ontkenning van het vaderschap door het kind geldt de vervaltermijn van het bestaande artikel 200, zesde lid, Boek I BW (in het normale geval: vijf jaren na meerderjarigheid van het kind). Boek I BW gaat er vanuit dat alle kinderen wier juridische vader niet hun biologische vader is, de mogelijkheid moeten hebben om binnen een bepaalde termijn het juridisch vaderschap aan te tasten (artikelen 200, eerste lid, onderdeel b, 205, eerste lid, onderdeel a, en 231, eerste lid, van Boek I BW).

Artikel 208.

De rechter die het vaderschap gerechtelijk vaststelt, kan gelijktijdig een onderhoudsbijdrage bepalen. In de regel zal de moeder rechthebbende zijn ten aanzien van de kosten van verzorging en opvoeding (vergelijk het bestaande artikel 406 van Boek I BW).

ARTIKEL II

1. De meeste wijzigingen – die een technisch karakter hebben – spreken voor zich. Belangrijk is dat wordt voorgesteld voor het *bestaande namenrecht* dat een gerechtelijke vaststelling, in tegenstelling tot een erkenning, geen naamsgevolg heeft (wijziging van artikel 5, eerste lid, van Boek I BW in onderdeel B). Voor het *nieuwe namenrecht*; zie echter hierna bij artikel III.
2. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in de aanhef van artikel 20, eerste lid, (welke aanhef was overgenomen uit het Nederlandse artikel 20) de ‘opgave van afwijkende namen (...)’ te schrappen. Die opgave van namen (aan de ambtenaar van de burgerlijke stand) is namelijk geregeld in de Nederlandse *Wet conflictenrecht namen* (Stb. 1989, 288), terwijl hier te lande vergelijkbare internationaal privaatrechtelijke regelgeving ontbreekt.
3. In artikel 203, eerste lid, wordt de mogelijkheid van erkenning bij notariële akte afgeschaft. Hierop is aangedrongen zowel uit kringen van het notariaat als van de burgerlijke stand. Voor de notariële erkenning bestaat onvoldoende noodzaak; als deze plaatsvindt levert zij vaak problemen op; men denke aan legalisatie en verificatie van buitenlandse geboorteakten (door Nederlandse diplomatieke vertegenwoordigers). Veel notarissen verwijzen steevast naar de burgerlijke stand. Door de introductie van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan overigens indien erkenning achterwege is gebleven het kind na overlijden alsnog een vader krijgen. Met de wijziging van artikel 203, eerste lid, hangt samen het vervallen van artikel 20e, derde lid (in onderdeel E).

ARTIKEL III

Aanhangig is een ontwerp-*Landsverordening herziening namenrecht*. Indien die landsverordening en de onderhavige in werking zijn getreden, zal een nieuw artikel 5h van Boek I BW gelden. Een gerechtelijke vaststelling heeft dan, wat betreft de geslachtsnaam van het kind, dezelfde gevolgen als een erkenning (artikel 5g, eerste lid, in het ontwerp *Landsverordening herziening namenrecht*). Zowel bij erkenning als bij een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap houdt het kind dan in beginsel de naam van de moeder, tenzij de ouders gezamenlijk kiezen voor de naam van de vader of een combinatie van hun namen. Is de vader overleden, dan kiest de moeder alleen (artikel 5c). Is het kind zestien jaren of ouder dan kiest het zelf, ongeacht of de vader nog leeft of is overleden (artikel 5d).

ARTIKEL IV

Gezien de nauwe verwevenheid van de materies van het onderhavige ontwerp en het ontwerp *Landsverordening herziening namenrecht* wordt voorgesteld de inwerkingtredebepalingen op elkaar af te stemmen waardoor de inwerkingtreding bij landsbesluit te zijner tijd op dezelfde datum kan geschieden.


De Minister van Justitie,