



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

HR (nr R05/041HR, LJN: AY5698: ['Toeboet Zaoujia'-huwelijk])

de Boer, T.M.

**Publication date**

2008

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

de Boer, T. M. (2008). HR (nr R05/041HR, LJN: AY5698: ['Toeboet Zaoujia'-huwelijk]). 537. Case note on: HR, 10/11/06 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2008(44), 5513-5528.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# NJ 2008, 537

## Hoge Raad, Civiele kamer

10 november 2006, nr. R05/041HR

Mrs. J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, E.J. Numann, J.C. van Oven, W.D.H. Asser; A-G Strikwerda

m.nt. Prof. mr. Th.M. de Boer

JOL 2006, 686

LJN, AY5698

RvdW 2006, 1054

## Trefwoord

afstamming, kindserkenning, moeder, toestemming

## Regeling

EVRM [art. 8](#); Wet conclictenrecht afstamming [art. 4art. 4 lid 4](#); Wet conflictenrecht huwelijk [art. 5](#); RO [art. 79](#); BW [art. 1:204](#)

## Essentie

Internationaal privaatrecht. Erkenning rechtsgeldigheid van in Marokko gesloten 'Toeboet Zaouija'-huwelijk; kwalificatie. Erkenning kind; (vervangende) toestemming moeder; [art. 4](#) Wet conflictenrecht afstamming; strekking. Vereiste van verwekkerschap. EVRM; family life. De door het middel aangevoerde stellingen dat het tussen de man en de moeder van het kind in Marokko gesloten 'Toeboet Zaouija'-huwelijk slechts ten doel heeft familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind te doen ontstaan en daarom niet een huwelijk in de zin van [art. 5](#) Wet conflictenrecht huwelijk is, kunnen niet worden onderzocht zonder daarbij de inhoud van het Marokkaanse recht inzake die huwelijksvorm te betrekken. Aan dit laatste staat [art. 79 lid 1](#) sub a RO in de weg.

Nu de moeder de Marokkaanse nationaliteit heeft, het Marokkaanse recht de erkenning van een kind niet kent, en de gewone verblijfplaats van de moeder onbekend is, biedt de verwijzingsregeling van [art. 4 lid 4](#) Wet conflictenrecht afstamming (Wca) geen uitkomst m.b. t. de vraag welk recht van toepassing is op de (vervangende) toestemming van de moeder tot de erkenning. Het met [art. 4 lid 4](#) Wca beoogde doel wordt dan het meest gediend door aan

te nemen dat het recht dat ingevolge [art. 4 lid 1](#) Wca van toepassing is op de erkenning, in dit geval het Nederlandse recht, tevens van toepassing is op de toestemming van de moeder tot de erkenning.

De door het middel verdedigde opvatting dat het hof in het onderhavige geval ook zonder dat het gestelde verwekkerschap van de man vaststond vervangende toestemming tot erkenning had behoren te verlenen, miskent de in [art. 1:204 lid 1](#) sub c BW verwoorde nietigheidsgrond en is in strijd met het bepaalde in [art. 1:204 lid 3](#) BW.

Aan [art. 8](#) EVRM kan niet op grond van het enkele bestaan van family life tussen de vader en het kind een aanspraak op het vestigen van een familierechtelijke betrekking tussen hen beiden worden ontleend.

## Samenvatting

Het gaat in deze zaak om de vraag of een gehuwde Nederlands/Marokkaanse man geacht kan worden een Marokkaans kind van een Marokkaanse moeder te hebben erkend doordat hij in Marokko een zgn. 'Toeboet Zaouija'-huwelijk heeft gesloten en, zo deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, of hij bevoegd is het kind in Nederland te erkennen. Daarbij rijst de vraag of de man daartoe de toestemming van de moeder althans vervangende toestemming van de rechtbank behoeft en welk recht daarop van toepassing is. Het hof heeft geoordeeld dat erkenning van het 'Toeboet Zaouija'-huwelijk als polygaam huwelijk afstuit op de openbare orde alsmede dat op het vereiste van (vervangende) toestemming het Nederlandse recht van toepassing is, zodat de man moet aantonen dat hij de verwekker van het kind is; waar de man heeft geweigerd mee te werken aan een DNA-onderzoek en dus niet is komen vast te staan dat hij de verwekker van het kind is, heeft het hof het verzoek om vervangende toestemming niet toewijsbaar geoordeeld. Tegen deze oordelen keert zich het middel.

De klachten tegen het oordeel van het hof dat het tussen de man en de moeder gesloten 'Toeboet Zaouija'-huwelijk in Nederland niet voor erkenning in aanmerking komt en die erop neerkomen dat een 'Toeboet Zaouija'-huwelijk slechts ten doel heeft familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind te doen ontstaan en daarom niet een huwelijk in de zin van [art. 5](#) Wet conflictenrecht huwelijk is, kunnen niet worden onderzocht zonder daarbij de inhoud van het Marokkaanse recht inzake die huwelijksvorm te betrekken. Aan dit laatste staat het bepaalde in [art. 79 lid 1](#), aanhef en onder a, RO in de weg, zodat de klachten falen.

Zoals nader uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal, heeft de wetgever, bij wijze van tegenwicht van de op begunstiging van de erkenning gerichte regeling in [art. 4 lid 1](#) Wet conflictenrecht afstamming (Wca), door middel van de verwijzingsregeling van het vierde lid van dit artikel zoveel mogelijk willen waarborgen dat de erkenning onderworpen is aan toestemming van de moeder. Die hier in beginsel toepasselijke verwijzingsregeling biedt echter, in aanmerking genomen dat de moeder de Marokkaanse nationaliteit heeft, het Marokkaanse recht de erkenning niet kent en dat de gewone verblijfplaats van de moeder onbekend is, geen uitkomst met betrekking tot de vraag welk recht van toepassing is op de toestemming van de moeder tot de erkenning, en dus ook niet inzake de vraag of die

toestemming volgens dat recht kan worden vervangen door een rechterlijke beslissing. Het met [art. 4 lid 4](#) Wca beoogde doel wordt dan het meest gediend door aan te nemen dat het recht dat ingevolge [art. 4 lid 1](#) Wca van toepassing is op de erkenning tevens van toepassing is op de toestemming van de moeder tot de erkenning. Dat recht is in dit geval het Nederlandse recht. Tot deze slotsom kwam, zij het langs een andere weg, ook het hof, zodat de hier behandelde klacht faalt.

De door het middel verdedigde opvatting dat, nu de moeder geen enkel belang heeft bij het weigeren van toestemming aan de man om het kind te erkennen en dat bovendien aannemelijk is dat de moeder, indien zij zou zijn verschenen, in redelijkheid haar toestemming niet had kunnen weigeren, het ontbreken van toestemming van de moeder niet aan erkenning in de weg staat en voor die erkenning dan ook geen vervangende toestemming van de rechter nodig is, miskent de in [art. 1:204 lid 1](#), onder c, BW verwoorde nietigheidsgrond.

Anders dan het middel verdedigt, kan aan [art. 8](#) EVRM niet op grond van het enkele bestaan van family life tussen de man en het kind een aanspraak kan worden ontleend op het vestigen van een familierechtelijke betrekking tussen hen beiden.

## Partijen

A., te B., verzoeker tot cassatie, adv. mr. D. Rijpma,  
tegen

1. Mr. K.A.M. Van Os-Ten Have, in haar hoedanigheid van bijzonder curator, te Zutphen,
2. De Raad voor de Kinderbescherming, te Arnhem,
3. X., te B., te B., belanghebbenden in cassatie, niet verschenen.

## Tekst

## Hof:

### 3 De vaststaande feiten

#### 3.1

De man is sedert 15 mei 1992 gehuwd met B., wonende te B.

#### 3.2

Bij beslissing van de rechtbank te Meknes, Marokko, van 10 september 2001 is vastgesteld dat

aldaar op 16 januari 2001 is geboren Y. (verder: Y.), als zoon van de man en Z. (verder: de moeder).

### 3.3

Bij voormelde rechtbank te Meknes, Marokko, is op 6 juni 2002 een akte opgemaakt houdende erkenning van de voogdij over Y. door B. In die akte wordt vastgesteld dat de verblijfplaats van de moeder onbekend is en dat geen enkel nieuws van haar is ontvangen.

### 3.4

De man en B. hebben beiden de Nederlandse en de Marokkaanse nationaliteit. De moeder en Y. hebben alleen de Marokkaanse nationaliteit.

### 3.5

Y. verblijft sedert 30 april 2002 in het gezin van de man en B. in Nederland.

### 3.6

Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie van de rechtbank te Zutphen op 23 december 2002 heeft de man de rechtbank verzocht vervangende toestemming te verlenen voor de erkenning van Y. conform [artikel 1:204 lid 1](#), sub c juncto [artikel 1:204 lid 3](#) BW. Voorts heeft de man verzocht vast te stellen dat er tussen hem en Y. een nauwe persoonlijke betrekking bestaat in de zin van [artikel 8](#) EVRM (conform artikel 1:204 lid 1, sub e BW).

### 3.7

Bij beschikking van de rechtbank te Zutphen van 14 januari 2003 is mr K.A.M. van Os-Ten Have benoemd tot bijzonder curator over Y. en is iedere verdere beslissing aangehouden.

### 3.8

Bij beschikking van de rechtbank te Zutphen van 3 april 2003 is aan de Stichting T.M.C. Asser Instituut te 's•Gravenhage verzocht om een advies uit te brengen en is iedere verdere beslissing aangehouden.

## 3.9

Bij brief van 11 juni 2003 heeft voornoemde stichting van advies gediend.

## 3.10

Bij de bestreden beschikking van 16 september 2003 heeft de rechtbank de man toegelaten middels DNA-onderzoek te bewijzen dat hij de verwekker is.

## 3.11

Bij de bestreden beschikking van 29 april 2004 heeft de rechtbank het verzoek van de man afgewezen, omdat — kort gezegd — de man niet heeft aangetoond dat hij de verwekker is van Y.

## 3.12

De moeder, van Marokkaanse nationaliteit en wonende in Marokko, zonder bekende woon- of verblijfplaats, is in eerste aanleg niet verschenen.

# 4 De motivering van de beslissing

## 4.1

Op grond van [artikel 5](#) Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv.) komt aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toe ten aanzien van het onderhavige verzoek, nu de minderjarige Y. in B., Nederland, zijn gewone verblijf heeft.

## 4.2

Ingevolge [artikel 262](#) juncto [263](#) Rv was in eerste aanleg de rechtbank Zutphen en is in hoger beroep dit hof bevoegd om van het verzoek van de man kennis te nemen, nu de minderjarige in B., gelegen in dit arrondissement/ressort, zijn gewone verblijfplaats heeft.

## 4.3

Het hof dient vervolgens vast te stellen welk recht van toepassing is op het afstammingsverzoek van de man. De man verzoekt — kort gezegd — primair erkenning en vaststelling van de in Marokko vastgestelde afstamming en subsidiair vervangende toestemming voor erkenning van Y. in Nederland.

## 4.4

Op 1 mei 2003 is de Wet Conflictenrecht Afstamming (verder: WCA) (staatsblad 2002,153) van kracht geworden. In [artikel 11](#) van de WCA is bepaald dat de WCA van toepassing is op rechtsbetrekkingen die na haar inwerkingtreding worden vastgesteld of gewijzigd. Nu het primaire verzoek van de man uitgaat van een reeds in Marokko vastgestelde afstamming is er geen sprake van een vaststellen of wijzigen van een rechtsbetrekking en zal het hof het primaire verzoek van de man dienen te beoordelen aan de hand van het recht dat gold voor de inwerkingtreding van de WCA.

Volgens ongeschreven regels van internationaal privaatrecht, afgeleid uit [artikel 6](#) Wet Algemene Bepalingen, wordt een verzoek op het terrein van de afstamming beoordeeld volgens het nationale recht van de man. De man heeft twee nationaliteiten te weten de Nederlandse en de Marokkaanse. Voor het vinden van een op nationaliteit gebaseerd aanknopingspunt dient dan acht geslagen te worden op de effectieve nationaliteit. Nu de man geruime tijd in Nederland woont en werkt, ook zijn huidige echtgenote meerdere jaren in Nederland woont en Y. reeds ruim 2 jaar in Nederland verblijft, is het hof van oordeel dat het economisch en maatschappelijk leven van de man zich in Nederland afspeelt zodat de Nederlandse nationaliteit als effectieve nationaliteit van de man heeft te gelden en dus het Nederlands recht van toepassing is op het primaire verzoek van de man.

## 4.5

Het subsidiaire verzoek van de man betreft de vervangende toestemming voor erkenning waardoor, indien die toestemming wordt gegeven, een rechtsbetrekking wordt vastgesteld. Nu met betrekking tot dit onderdeel van het verzoek nog een rechtsbetrekking moet worden vastgesteld, is op grond van [artikel 11](#) WCA de WCA van toepassing.

Blijkens de [artikelen 4](#) en [5](#) WCA is het recht van de staat waarvan de man de nationaliteit bezit van toepassing op een erkenning. Zoals hiervoor is overwogen heeft de Nederlandse nationaliteit van de man als effectieve nationaliteit te gelden, waardoor ook op het erkenningsverzoek Nederlands recht van toepassing is.

Voor wat betreft de (vervangende) toestemming van de moeder stelt [artikel 4 lid 4](#) WCA dat het recht van de staat waarvan de moeder onderscheidenlijk het kind de nationaliteit bezit van toepassing is. Nu de moeder en Y. beiden de Marokkaanse nationaliteit bezitten is dat het Marokkaanse recht. In genoemd artikellid wordt tevens bepaald dat indien het toepasselijk recht de erkenning niet kent het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van de



moeder onderscheidenlijk het kind van toepassing is. Omdat het Marokkaanse recht de erkenning niet kent is het recht van de gewone verblijfplaats van de moeder dan wel van Y. van toepassing. Nu de verblijfplaats van de moeder onbekend is en Aberrahim sinds twee jaar in Nederland verblijft is ook wat betreft de (vervangende) toestemming van de moeder het Nederlands recht van toepassing. De door de man aangevoerde argumenten dat de moeder niet aan Nederland gebonden is, het Marokkaanse recht voor andere wegen dan erkenning heeft gekozen om toch tot wettige familierechtelijke betrekkingen te komen en dat niet blijkt van een ten aanzien van de moeder te respecteren belang bij het geven van toestemming doen daar niet aan af.

## 4.6

Het hof is dan ook met de rechtbank van oordeel dat ook op het subsidiaire verzoek van de man Nederlands recht moet worden toegepast.

## 4.7

Vervolgens dient het hof te onderzoeken of de man in zijn primaire verzoek ontvankelijk is. Op grond van [artikel 130 lid 3](#) Rv is een verandering of vermeerdering van eis tegen een niet verschenen partij uitgesloten, tenzij die verandering of vermeerdering tijdig kenbaar is gemaakt.

De moeder is in eerste aanleg, hoewel behoorlijk opgeroepen, niet verschenen en is in hoger beroep, als in eerste aanleg niet verschenen belanghebbende, niet voor de mondelinge behandeling opgeroepen. Zij heeft in Marokko geen vaste woon- of verblijfplaats. Gesteld noch gebleken is dat de aanvulling van het verzoek aan de moeder kenbaar is gemaakt als bedoeld in [artikel 130](#) Rv. Voor zover de man met zijn primaire verzoek een vermeerdering of verandering heeft beoogd is hij daarin niet ontvankelijk. Het hof is echter van oordeel dat het primaire verzoek geen verandering of vermeerdering van het verzoek inhoudt nu het primaire verzoek dezelfde strekking als het verzoek in eerste aanleg heeft namelijk de afstamming tussen Y. en de man vast te stellen. De man is dus ontvankelijk in zijn primaire verzoek.

## 4.8

Voor zover in het primaire verzoek van de man in hoger beroep moet worden gelezen dat de man gerechtelijke vaststelling van het vaderschap verzoekt, overweegt het hof dat het Nederlandse recht sinds 1 april 1998 op grond van [artikel 1:207](#) BW dit recht weliswaar kent maar alleen toekent aan de moeder en het kind en niet aan de verwekker, Uit de parlementaire geschiedenis (Kamerstukken II 24 649, nr. 6, p. 42) blijkt dat in gevallen waarin erkenning door de verwekker niet mogelijk is, omdat de moeder toestemming weigert, de verwekker uitsluitend vervangende toestemming kan vragen.



## 4.9

Voor zover de man met zijn primaire verzoek een verklaring voor recht verzoekt dat zijn vaderschap vaststaat op grond van in Marokko tot stand gekomen rechtsfeiten en rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld, overweegt het hof het volgende.

De man baseert het (juridisch) vaderschap op de akte van het zgn. 'Toeboet Zaoujia' huwelijk gesloten tussen de man en de moeder. De overige overgelegde akten zijn van latere datum en nemen deze huwelijksakte als uitgangspunt. Tijdens de mondelinge behandeling is vast komen te staan dat het huwelijk tussen de man en de moeder is gesloten gedurende het huwelijk van de man en zijn toenmalige (en nog steeds huidige) echtgenote. Ingevolge [artikel 3 lid 1](#) aanhef en onder d van de Wet Conflictenrecht Huwelijk (WCH) is dit tweede huwelijk in strijd met het voorschrift dat een persoon tegelijkertijd slechts met één ander persoon door het huwelijk verbonden kan zijn en wordt op grond van [artikel 6](#) WCH dit huwelijk niet erkend indien de erkenning onverenigbaar is met de openbare orde, hetgeen hier het geval is. Het juridisch vaderschap is daarmee niet aangetoond. Het hof is voorts met de rechtbank van oordeel dat uit de overgelegde akten evenmin blijkt dat de man de biologisch vader (verwekker) is. Daarom zal het hof de gevraagde verklaring voor recht dat het vaderschap van de man op grond van Marokkaans recht vaststaat, afwijzen.

## 4.10

Het subsidiaire verzoek van de man waarin hij toepassing van het Marokkaanse recht verzoekt zal gelet op hetgeen hiervoor onder 4.5 is overwogen eveneens worden afgewezen. Daarbij overweegt het hof dat van strijd met [artikel 8](#) EVRM en [artikel 3](#) IVRK bij toepassing van Nederlands recht geen sprake is, nu het Nederlands recht de man een mogelijkheid biedt om op grond van [artikel 1:204](#) BW zijn familierechtelijke betrekking tussen hem en Y. te laten ontstaan.

## 4.11

Met het meer subsidiaire verzoek verzoekt de man de vervangende toestemming op grond van [artikel 1:204 lid 3](#) BW toe te wijzen. Ingevolge artikel 1:204 lid 3 BW kan de toestemming van de moeder wier kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, op verzoek van de man die het kind wil erkennen worden vervangen door de toestemming van de rechtbank, indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden, en de man de verwekker is van het kind.

## 4.12

De bijzonder curator heeft zich in eerste aanleg gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank. Daarbij heeft zij (onder meer) aangevoerd dat — hoewel het niet uit te sluiten is dat er een andere verwekker is en er mogelijk toch nog een ouder in Marokko is van wie volstrekt niet duidelijk is hoe hij over deze zaak denkt — het in het belang van de minderjarige moet worden geacht dat er op korte termijn duidelijkheid komt in deze zaak omdat de minderjarige nog steeds geen familierechtelijke status in Nederland heeft, terwijl hij nagenoeg vanaf zijn geboorte alhier wordt opgevoed en verzorgd in het gezin van de man, in het bijzonder door de huidige echtgenote van de man.

## 4.13

De raad heeft zich tijdens de mondelinge behandeling gerefereerd aan het oordeel van het hof wat betreft de juridische complicaties en daarbij overwogen dat het het meest in het belang van Y. geacht wordt als hij in het gezin van de vader kan blijven, waar hij al ruim twee jaar verblijft.

## 4.14

Het hof is, zoals hiervoor al overwogen, met de rechtbank van oordeel dat de man door middel van de door hem overgelegde bescheiden niet heeft aangetoond de verwekker van Y. te zijn. Voor de vaststelling daarvan is het in Nederland gebruikelijk een DNA onderzoek in te stellen teneinde een zo groot mogelijke zekerheid te krijgen over de feitelijke afstamming. De man wil echter ook in hoger beroep niet meewerken aan een DNA onderzoek en voert daartoe argumenten van ethische en religieuze aard aan. Hij stelt tevens dat het sociaal zeer onwenselijk en niet in het belang van Y. is, indien vast zou komen te staan dat hij niet de verwekker is. Omdat de man niet aan dat onderzoek wenst deel te nemen kan niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat hij de verwekker is. Om die reden moet de verzochte vervangende toestemming tot erkenning worden afgewezen.

Daarbij overweegt het hof dat een juiste vaststelling van het vaderschap het meest in het belang van Y. is. Het bepaalde in [artikel 8](#) EVRM (family life) en [artikel 3](#) IRVK leidt niet tot een ander oordeel.

## 5 Slotsom

Op grond van hetgeen hierboven is overwogen dienen, met verbetering van gronden, de bestreden beschikkingen van 18 september 2003 en 29 april 2004 te worden bekrachtigd. (enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht, en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt, omdat het gerechtshof te Arnhem heeft overwogen en beslist als vermeld in de beschikking waarvan beroep, ten onrechte, om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang te beschouwen redenen.

## Inleiding

Het gaat in deze zaak kort gezegd om een vader (A.), die feitelijk een zeer nauwe familieband heeft met zijn naar Marokkaans recht wettige kind, maar die er vooralsnog niet in geslaagd is in deze procedure ook familierechtelijke betrekkingen naar Nederlands recht met zijn kind tot stand te brengen.

A., die de Nederlandse en Marokkaanse nationaliteit heeft, is sinds 15 mei 1992 getrouwd met X., belanghebbende 3 (hierna: de echtgenote), A. en zijn echtgenote wonen in Nederland. Tijdens een vakantie in Marokko heeft hij een buitenechtelijke relatie met een Marokkaanse vrouw gehad. Die vrouw (hierna: de moeder) heeft op 16 januari 2001 Y. (hierna: het kind) gebaard, maar is kort nadien verdwenen. Haar huidige woon- en verblijfplaats zijn onbekend. A. heeft vanaf het moment van verdwijnen van de moeder zorg gedragen voor het kind. Het kind verblijft sedert 30 april 2002 in het gezin van A. en zijn echtgenote in Nederland. A. heeft zowel naar Marokkaans- als naar Nederlands recht familierechtelijke betrekkingen tussen hem en het kind willen doen ontstaan, mede met het oog op het feit dat het kind — dat uitsluitend de Marokkaanse nationaliteit heeft — naar alle waarschijnlijkheid geen verblijfsvergunning zal krijgen als niet (mede) naar Nederlands recht familierechtelijke betrekkingen tussen A. en het kind bestaan.

Erkenning van een buitenechtelijk kind naar is Marokkaans recht niet mogelijk, zodat A. in Marokko de enige andere procedure benut heeft die het naar Marokkaans recht mogelijk maakt familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en hem te laten ontstaan: het zogenaamde 'Toeboet Zaouija'-huwelijk. Dit 'huwelijk' — dat in de praktijk uitsluitend gesloten wordt om familierechtelijke betrekkingen met een buitenechtelijk kind te doen ontstaan — komt tot stand doordat de rechtbank een met een notariële verklaring gelijk te stellen verklaring homologeert, waarin twaalf moslims verklaren dat de man die 'erkenning' van het kind wenst reeds voor de geboorte van het kind getrouwd was met de moeder van het kind en dat het kind uit het huwelijk is voortgekomen. Aldus staat 'het huwelijk' tussen A. en de moeder naar Marokkaans recht vast evenals het feit dat A. in een familierechtelijke betrekking tot het kind staat. De toestemming van de moeder van het kind is voor dit 'huwelijk' niet nodig. Normaal gesproken wordt het 'huwelijk' indien enkele formaliteiten in acht genomen worden na enkele maanden van rechtswege ontbonden. In het geval van A. heeft de rechtbank te Meknes — zonder instemming van de moeder — het 'Toeboet Zaouija'-huwelijk tussen A. en de moeder gehomologeerd, zodat A. naar Marokkaans recht de vader van het kind is. Doordat niet alle formaliteiten voor de ontbinding van het 'Toeboet Zaouija'-huwelijk in acht zijn genomen, is A. nog steeds met de moeder 'gehuwd'.

A. heeft eerst bij de rechtbank Zutphen, en na afwijzing van het verzoek bij het hof Arnhem,

een verzoekschriftprocedure gevoerd met de bedoeling het bestaan van familierechtelijke betrekkingen tussen hem en het kind te doen vaststellen. Daartoe heeft hij — deels na eiswijziging in hoger beroep — het volgende verzocht:

— primair: te bepalen dat zijn vaderschap reeds vaststaat en in Nederland erkend wordt op grond van [art. 10](#) danwel [9](#)Wet Conflictenrecht Afstamming (WCA);

— subsidiair: te bepalen dat op het toestemmingsvereiste het Marokkaanse recht van toepassing is en dat dientengevolge toestemming voor de erkenning niet noodzakelijk is;

— meer subsidiair: op grond van [art. 1:204](#) BW vervangende toestemming voor de erkenning van het kind te verlenen.

De rechtbank heeft bij tussenbeschikking van 18 september 2003 in het kader van het verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming op p. 3 onder meer overwogen:

Omdat de vrouw [bedoeld is de moeder] geen verweer heeft gevoerd tegen het onderhavige verzoek en de bijzonder curator zich aan de beslissing van de rechtbank heeft gerefereerd, is komen vast te staan dat de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zal schaden.

Tegen dit oordeel zijn in hoger beroep geen grieven gericht, zodat hiervan in cassatie moet worden uitgegaan.

Belanghebbenden 1 en 2 hebben zich gerefereerd aan het oordeel van het hof.

Belanghebbende 2 heeft daarbij aangetekend dat het het meest in het belang van het kind wordt geacht als hij in het gezin van de vader kan blijven, waar hij — ten tijde van de uitspraak van het hof — al ruim twee jaar verbleef.

Het hof heeft de verzoeken van A. integraal afgewezen.

## Klacht 1

### 1.1

Het — impliciete — oordeel van het hof in rov. 4.9 dat op het 'Toeboet Zaouija'-huwelijk tussen A. en de moeder de Wet Conflictenrecht Huwelijk (WCH) van toepassing is, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat een huwelijk dat slechts tot doel heeft familierechtelijke betrekkingen tussen de vader en het kind te doen ontstaan en waarvoor de instemming van de vrouw met wie in het huwelijk wordt getreden niet nodig is, niet gelijk kan worden gesteld met een huwelijk in de zin van de WCH.

## 1.2

Het oordeel van het hof in rov. 4.9 dat de erkenning van het 'Toeboet Zaouija'-huwelijk tussen A. en de moeder onverenigbaar is met de openbare orde geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat een huwelijk dat slechts tot doel heeft familierechtelijke betrekkingen tussen de vader en het kind te doen ontstaan terwijl de man reeds getrouwd is met een ander in werkelijkheid geen situatie oplevert waarin één man tegelijk meerdere vrouwen heeft, althans geen situatie is die dusdanig schokkend is voor de Nederlandse openbare orde, dat dit het onthouden van erkenning aan de familierechtelijke betrekkingen die door dit 'huwelijk' zijn ontstaan rechtvaardigt.

Althans heeft het hof zijn oordeel onvoldoende naar de eis der wet met redenen omkleed en is dit oordeel te meer onbegrijpelijk in het licht van de omstandigheden die genoemd zijn in de in dit onderdeel geformuleerde rechtsklacht.

## Uitbreiding en toelichting

Het oordeel van het hof dat het 'huwelijk' tussen A. en de moeder in strijd is met de openbare orde en om die reden niet erkend kan worden, is slechts gemotiveerd door de vaststelling dat het huwelijk polygaam is. Dit is op zichzelf onvoldoende reden om aan te nemen dat het huwelijk tussen A. en de moeder in strijd is met de openbare orde. Strijd met de openbare orde zal immers niet snel mogen worden aangenomen en de vraag of een polygaam huwelijk in strijd is met de Nederlandse openbare orde zal dan ook moeten worden beantwoord aan de hand van de vraag hoe schokkend dit huwelijk daadwerkelijk voor de Nederlandse openbare orde is. Van een schokkend huwelijk zal over het algemeen wel sprake zijn als een in Nederland wonende man als eerste in Nederland met een Nederlandse vrouw getrouwd is en vervolgens in het buitenland een tweede polygaam huwelijk sluit. In dat geval wordt de Nederlandse vrouw die dacht een monogaam huwelijk gesloten te hebben, immers geconfronteerd met het feit dat haar man een polygaam huwelijk heeft, zodat een dergelijk huwelijk niet erkend wordt. Anderzijds wordt aangenomen dat wanneer een man in het buitenland rechtsgeldig twee — daardoor polygame — huwelijken is aangegaan en vervolgens met beide vrouwen naar Nederland komt, beide huwelijken naar Nederlands IPR wél erkend moeten worden. De Nederlandse rechtsorde wordt dan immers voor een voldongen feit gesteld.

Het hof heeft in rov. 4.9 echter in dit geval niet getoetst of het 'Toeboet Zaouija'-huwelijk tussen A. en de moeder daadwerkelijk zo schokkend is voor de Nederlandse openbare orde dat het hier ten lande niet erkend kan worden. Een polygaam 'Toeboet Zaouija'-huwelijk schokt de openbare orde echter niet zodanig dat erkenning daaraan moet worden onthouden. In werkelijkheid levert dit huwelijk immers niet een situatie op waarin een man tegelijk meerdere vrouwen heeft. Althans doet die situatie zich in dit geval niet voor. De erkenning van een 'Toeboet Zaouija'-huwelijk strookt bovendien met de praktijk van de burgerlijke stand de uit een dergelijk huwelijk voortvloeiende familierechtelijke betrekking in te schrijven, waarbij

de openbare orde daarvoor niet als een beletsel wordt gezien.\* [\[1\]](#)

## Klacht 2

### 2.1

In dit geval voedt de man die familierechtelijke betrekkingen tussen hem en het kind wil doen ontstaan het kind op, heeft de moeder geen enkele feitelijke bemoeienis met het kind en heeft de moeder geen enkel belang bij het weigeren van toestemming aan de vader om het kind te erkennen, althans is van een dergelijk belang niet gebleken en bovendien is aannemelijk dat de moeder, indien zij zou zijn verschenen, — in aanmerking genomen de onevenredigheid van de belangen van de vader bij erkenning en de daartegenover staande belangen van de moeder, telkens in verband met de belangen van het kind — in redelijkheid niet tot weigering van de toestemming had kunnen komen. Door in rov. 4.11 te oordelen dat voor het verlenen van vervangende toestemming voor erkenning in een dergelijk geval vereist is dat de man aantoont dat hij de verwekker is van het kind en vervolgens in rov. 4.14 te concluderen dat de man niet in dit bewijs is geslaagd, heeft het hof miskend dat het ontbreken van toestemming van de moeder niet aan de erkenning van het kind in de weg staat. Het hof had — zo nodig onder aanvulling van rechtsgronden — moeten oordelen dat in een geval als het onderhavige het ontbreken van de toestemming van de moeder niet aan A. kan worden tegengeworpen en dus aan de erkenning van het kind in de weg staat, zodat voor erkenning van het kind geen vervangende toestemming van de rechter vereist is.

### 2.2

Indien moet worden aangenomen dat de toestemming van de moeder wel vereist is voor de erkenning van het kind heeft het hof miskend dat de moeder geen enkel belang heeft bij het weigeren van de bedoelde toestemming, althans van een dergelijk belang niet is gebleken en bovendien aannemelijk is dat de moeder, indien zij zou zijn verschenen, — in aanmerking genomen de onevenredigheid van de belangen van de vader bij erkenning en de daartegenover staande belangen van de moeder, telkens in verband met de belangen van het kind — in redelijkheid niet tot weigering van de toestemming had kunnen komen, zodat weigering van de toestemming door de moeder misbruik van bevoegdheid zou hebben opgeleverd. Het hof had in die situatie na een afweging van de betrokken belangen ook zonder dat vaststond dat A. de verwekker van het kind is vervangende toestemming moeten verlenen, zodat het hof ten onrechte van doorslaggevend belang heeft geoordeeld of A. heeft aangetoond dat hij de verwekker van het kind is.

Althans is het oordeel van het hof in rov. 4.14 dat, nu A. niet heeft aangetoond dat hij de verwekker is, de meer subsidiaire vordering zal worden afgewezen zonder nadere motivering — die ontbreekt — in het licht van de omstandigheden die in dit onderdeel zijn aangevoerd

onbegrijpelijk.

## Uitbreiding en toelichting

In het bepaalde in [art. 1:204 lid 3](#) BW komt de afweging van de belangen van moeder, kind en verwekker of een andere man die 'family life' met het te erkennen kind heeft\* [\[2\]](#) tot uitdrukking. Uit de wetsgeschiedenis en jurisprudentie blijkt dat daarbij is gedacht aan de situatie waarin de moeder er belang bij heeft om verschoond te blijven van inmenging door de man in haar gezinsleven, terwijl daartegenover het belang van de man staat om familierechtelijke betrekkingen met het kind te kunnen aanknopen. Daarbij is afhankelijk van de omstandigheden van het geval of het kind al dan niet belang zal hebben bij erkenning door de man. Het artikel is echter niet geschreven voor het geval waarin de toestemming van de moeder noodzakelijk is, maar de moeder geen enkele feitelijke bemoeienis met het kind heeft en wellicht ook geen 'family life' met het kind heeft. In een dergelijk geval moet worden aangenomen dat geen toestemming van de moeder vereist is en dat derhalve ook geen vervangende toestemming van de rechter behoeft te worden verzocht.

Daar komt nog eens bij dat het belang van het toestemmingsvereiste naar Nederlands recht in sommige gevallen moet worden gerelativeerd. Veel rechtsstelsels — waaronder het merendeel van de Europese stelsels — kennen het vereiste van toestemming immers niet.\* [\[3\]](#) In dat licht kan men ook niet volhouden dat het vereiste van toestemming door de moeder in het belang van het kind is en daarom, ook als de moeder op grond van haar relatie tot het kind op zichzelf geen recht zou toekomen op het verlenen van toestemming, niettemin de toestemming van de rechtbank zou moeten worden verkregen.

Indien moet worden aangenomen dat ook in een geval als het onderhavige, waarin iedere feitelijke bemoeienis van de moeder met het kind ontbreekt, toestemming van de moeder voorwaarde is voor erkenning, brengt een afweging van de belangen van enerzijds de man, de moeder en het kind mee dat het hof vervangende toestemming had moeten verlenen, mede omdat de moeder geen enkel belang heeft bij het weigeren van de bedoelde toestemming, althans van een dergelijk belang niet is gebleken en bovendien aannemelijk is dat de moeder, indien zij zou zijn verschenen, — in aanmerking genomen de onevenredigheid van de belangen van de vader bij erkenning en de daartegenover staande belangen van de moeder, telkens in verband met de belangen van het kind — in redelijkheid niet tot weigering van de toestemming had kunnen komen, zodat weigering van de toestemming door de moeder misbruik van bevoegdheid zou hebben opgeleverd.\* [\[4\]](#) Daarbij komt in het onderhavige geval dat de moeder, ondanks behoorlijk te zijn opgeroepen, niet is verschenen en derhalve haar toestemming niet heeft geweigerd, maar deze slechts wegens afwezigheid niet heeft kunnen verlenen. Tenslotte is in casu van belang dat naar het onbestreden oordeel van de rechtbank\* [\[5\]](#) door het niet-verschijnen van de moeder is komen vast te staan dat erkenning van het kind door A. haar belangen niet zal schaden.

## Klacht 3



## 3.1

In rov. 4.5 oordeelt het hof dat bij het bepalen van het toepasselijke recht op de door de moeder te verlenen toestemming voor erkenning van het kind (ook) aansluiting kan worden gezocht bij de gewone verblijfplaats van het kind. Met dit oordeel heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over de uitleg van [artikel 4 lid 4](#) Wet Conflictenrecht Afstamming (WCA). Althans is zonder nadere motivering — die ontbreekt — onbegrijpelijk hoe het hof tot het oordeel is gekomen dat voor het bepalen van het toepasselijke recht aansluiting kan worden gezocht bij de gewone verblijfplaats van het kind, terwijl het gaat om toestemming van de moeder (en niet van het kind) en de moeder geen enkele band heeft met Nederland.

## 3.2

In rov. 4.10 overweegt het hof dat de beslissing dat Nederlands recht van toepassing is op het toestemmingsvereiste niet in strijd komt met [artikel 8](#) EVRM. Met dit oordeel heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in een geval waarin een man die 'family life' met een kind heeft te oordelen en de moeder van dat kind onvindbaar is, zodat van haar geen toestemming voor de erkenning van dat kind kan worden verkregen, te oordelen dat art. 8 EVRM niet in de weg staat aan het stellen van de eis dat de man niettemin moet aantonen dat hij de verwekker van het kind is voor het verkrijgen van vervangende toestemming erkenning daarvan. Althans heeft het hof niet, of niet voldoende duidelijk, in zijn oordeel betrokken of er sprake is van 'family life' tussen de man en het kind en of, indien dat aanwezig is, een inbreuk daarop gerechtvaardigd is. Voorzover die toets aan art. 8 EVRM wel in het oordeel van het hof besloten ligt, is in elk geval, in het licht van de in dit onderdeel geschetste feiten en omstandigheden, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk hoe het hof tot het oordeel heeft kunnen komen dat art. 8 EVRM niet in de weg staat aan de toepassing van Nederlands recht op het toestemmingsvereiste.

## Uitbreiding en toelichting

Welk recht van toepassing is op de vervangende toestemming van de moeder wordt geregeld in [art. 4 lid 4](#) WCA. De vervangende toestemming kan worden gezien als een tegenwicht tegen de regeling in lid 1 inzake de bevoegdheid tot en voorwaarden voor erkenning, waarbij de wet uitgaat van het begunstigingsprincipe. Zal op grond van dit begunstigingsprincipe vrijwel altijd aansluiting kunnen worden gezocht bij een rechtsstelsel dat een vorm van erkenning kent, dan moet daar in de visie van de wetgever tegenover staan dat op de vereiste toestemming door de moeder, onderscheidelijk het kind het recht van toepassing is waarmee die moeder, respectievelijk het kind een band heeft. Bij de totstandkoming van de bepaling in lid 4 heeft de

wetgever geworsteld met de vraag of de toestemming van moeder en/of kind als een voorrangregel moet worden aangemerkt. Die vraag is ontkennend beantwoord, mede omdat het belang van het toestemmingsvereiste naar Nederlands recht — zoals eerder in dit verzoekschrift reeds vermeld — in sommige gevallen moet worden gerelativeerd. Veel rechtsstelsels — waaronder het merendeel van de Europese stelsels — kennen het vereiste van toestemming immers niet. Niettemin hecht de wetgever toch zoveel belang aan dit vereiste dat de rechter dit vereiste ten aanzien van een vrouw of kind die mede de Nederlandse nationaliteit heeft altijd in acht moet nemen.\* [6]

Mede tegen die achtergrond kan slechts bij de nationaliteit c.q. gewone verblijfplaats van diegene wiens toestemming voor erkenning vereist is, worden aangeknoopt.\* [7] De derde volzin van [artikel 4 lid 4](#) WCA brengt niet mee dat hoe dan ook moet worden gezocht naar een toe te passen rechtstelsel dat het toestemmingsvereiste kent. Er is daarom geen reden om van de uitgangspunten van het IPR af te wijken; bij de uitleg van art. 4 lid 4 WCA is doorslaggevend de algemene regel van IPR dat slechts kan worden aangeknoopt bij een rechtstelsel van een land waarmee de betrokkene wiens rechten moeten worden vastgesteld verbonden is. De wijze waarop naar Marokkaanse recht in een geval als het onderhavige familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind kunnen ontstaan, stelt niet het vereiste van toestemming van de moeder, maar dit vervangt door de getuigenverklaring van twaalf moslims. Nu aldus de Marokkaanse wetgever het toestemmingsvereiste bewust heeft weggelaten en bovendien niet blijkt dat in deze zaak de belangen van de moeder geschaad zouden worden door het onthouden van de bevoegdheid om toestemming te verlenen, moet het belang van het toestemmingsvereiste naar Nederlands recht in dit geval verder gerelativeerd worden.

Dit alles brengt mee dat op de door de moeder te verlenen toestemming voor erkenning het recht waarmee zij het nauwst verbonden is moet worden toegepast. In dit geval zou dat ertoe leiden dat dat vereiste ofwel helemaal niet gesteld kan worden, ofwel dat aan het daarvoor naar Marokkaans recht in de plaats gestelde vereiste is voldaan, zodat niets aan de erkenning van het kind door A. in de weg staat.

Ook [artikel 8](#) EVRM brengt mee dat in een geval als het onderhavige geen toestemming van de moeder voor de erkenning door A. vereist is, danwel dat de rechter vervangende toestemming had moeten verlenen. Artikel 8 EVRM beschermt het recht op familie- en gezinsleven. In een situatie waarin artikel 8 EVRM mogelijk van toepassing is, is de rechter verplicht na te gaan of er inderdaad sprake is van 'family life' in de zin van art. 8 EVRM\* [8], in welk geval dat artikel van toepassing is. Tussen A. en het kind bestaat 'family life' in de zin van art. 8 EVRM; tussen A. en het kind bestaan naar Marokkaans recht familierechtelijke betrekkingen en het kind is sedert 30 april 2002 opgenomen in het gezin van A. als gevolg waarvan een zeer nauwe persoonlijke betrekking tussen A. en het kind is opgebouwd.\* [9] Dit brengt mee dat A. en het kind er over en weer recht op hebben dat hun relatie wordt erkend als een familierechtelijke rechtsbetrekking.\* [10]

Beperkingen die aan het doen ontstaan van die familierechtelijke betrekkingen worden gesteld, leveren een inmenging op in hun recht op 'family life'. Op grond van [art. 8 lid 2](#) EVRM is een dergelijke inmenging slechts gerechtvaardigd als zij bij wet is voorzien, een legitiem

doel dient en noodzakelijk is in een democratische samenleving. De rechter heeft dan ook te beoordelen of de inmenging in het concrete geval op basis van de in dat lid 2 genoemde criteria gerechtvaardigd is. Het antwoord op die vraag kan worden gevonden door een afweging te maken tussen de belangen van alle betrokken partijen, waarbij onder andere gewicht toekomt aan de aan het wetsartikel dat de basis vormt voor de inmenging ten grondslag liggende belangenafweging.\* [\[11\]](#) Daarbij dient hij in aanmerking te nemen dat de Staat een zekere beoordelingsmarge heeft bij de beoordeling van de vraag hoe het zijn familierecht inricht. Respect voor 'family life' vereist echter wel dat de biologische en sociale werkelijkheid prevaleren boven de letter van de wet. In een geval waarin toepassing van het in de wet geschetste systeem leidt tot een uitspraak die volkomen haaks staat op de werkelijkheid en de wensen van alle betrokkenen, is er ondanks de beoordelingsmarge die een staat onder het EVRM heeft sprake van een schending van art. 8 EVRM.\* [\[12\]](#)

In het onderhavige geval wordt de erkenning van het kind door A. belemmerd doordat daarvoor bij afwezigheid van de moeder krachtens [art. 1:204 lid 3](#) BW vereist is dat hij aantoont dat hij de verwekker van het kind is. Met deze bepaling is beoogd de belangen van moeder en kind, voorzover die door de erkenning zouden kunnen worden geschaad, te beschermen, maar tevens de verwekker in zoverre een bijzondere positie te geven dat hij de rechtbank kan verzoeken haar toestemming in de plaats van die van de moeder te stellen, indien zij van oordeel is dat dit verenigbaar is met de belangen van moeder en kind. A. heeft een aantal bezwaren geuit tegen het feit dat hij een DNA-test zou moeten ondergaan om aan te tonen dat hij de verwekker van het kind is\* [\[13\]](#). Naar de kern genomen komen deze bezwaren er op neer dat het stellen van een dergelijke eis een grote inbreuk vormt op het 'family life' dat tussen A. en het kind bestaat, terwijl deze inbreuk niet gerechtvaardigd is omdat daardoor zowel de belangen van vader als kind worden geschaad. Het kind is immers volledig opgenomen in het gezin van A. en beschouwt A. en zijn echtgenote als zijn ouders, terwijl zij omgekeerd het kind als het hunne beschouwen. Een DNA-onderzoek met mogelijk als uitkomst dat deze feitelijke situatie niet met de biologische overeenstemt, zou in het belang van geen van de betrokkenen zijn.

Het vereiste het verwekkerschap aan te tonen maakt een forse inbreuk op het familie- en gezinsleven. In een geval waarin de verwekker van het kind binnen een jaar met de moeder moest trouwen om het kind wettelijk te kunnen erkennen, oordeelde het EHRM\* [\[14\]](#) dat een wettelijk regeling die de vader alleen in staat stelt familierechtelijke betrekkingen aan te knopen met een kind met wie hij 'family life' heeft als hij de moeder van het kind trouwt niet kan worden gezien als verenigbaar met de notie van respect voor familie- en gezinsleven. In de onderhavige zaak moet een vergelijkbare redenering worden gevolgd. Daarnaast moet in aanmerking worden genomen dat bij juridische beslissingen waar de rechten onder [art. 8](#) EVRM van ouders en van een kind in het geding zijn, de rechten van het kind doorslaggevend zijn\* [\[15\]](#) en dat als toepassing van het in de wet geschetste systeem leidt tot een uitspraak die volkomen haaks staat op de werkelijkheid en de wensen van alle betrokkenen, dit een schending van art. 8 EVRM oplevert.\* [\[16\]](#) De belangen van A. en het kind in het licht van deze jurisprudentie in aanmerking genomen levert de eis dat A. zijn verwekkerschap aantoont in dit concrete geval een schending van art. 8 EVRM op. Daaraan doet niet af dat in [art. 1:204](#)

[lid 3](#) BW door de wetgever alle betrokken belangen in abstracto al zijn afgewogen, hetgeen tot de regeling zoals die luidt, heeft geleid.

## Conclusie A-G mr. Strikwerda:

### 1.

Het gaat in deze zaak om de vraag of een gehuwde Nederlands/Marokkaanse man geacht kan worden een Marokkaans kind van een Marokkaanse moeder te hebben erkend doordat hij met die moeder in Marokko een zgn. 'Toeboet Zaouija'-huwelijk heeft gesloten en, zo deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, of hij bevoegd is het kind in Nederland te erkennen. Daarbij rijst dan de vraag of de man daartoe de toestemming van de moeder althans vervangende toestemming van de rechtbank behoeft en welk recht daarop van toepassing is, alsmede de vraag of de man moet aantonen dat hij de verwekker van het kind is.

### 2.

De feiten liggen als volgt (zie r.o. 3.1 t/m 3.5 van de beschikking van het hof).

(i)

Thans verzoeker tot cassatie, hierna: de man, is sedert 15 mei 1992 gehuwd met verweerster in cassatie sub 3, hierna: de echtgenote van de man.

(ii)

Bij beslissing van de rechtbank te Meknes, Marokko, van 10 september 2001 is vastgesteld dat aldaar in 2001 is geboren Y., hierna: het kind, als zoon van de man en Z., hierna: de moeder.

(iii)

Bij voormelde rechtbank te Meknes, Marokko, is op 6 juni 2002 een akte opgemaakt houdende erkenning van de voogdij over het kind door de echtgenote van de man. In die akte wordt vastgesteld dat de verblijfplaats van de moeder onbekend is en dat geen enkel nieuws van haar is ontvangen.

(iv)

De man en zijn echtgenote hebben beiden zowel de Nederlandse als de Marokkaanse nationaliteit. De moeder en het kind hebben alleen de Marokkaanse nationaliteit.

(v)

Het kind verblijft sedert 30 april 2002 in het gezin van de man en zijn echtgenote in Nederland.

### 3.

Op 23 december 2003 heeft de man een verzoekschrift ingediend bij de rechtbank te Zutphen en daarbij verzocht

- (a) hem vervangende toestemming te verlenen voor de erkenning van het kind overeenkomstig [art. 1:204 lid 1](#) sub c jo. [art. 1:204 lid 3](#) BW, en
- (b) vast te stellen dat er tussen hem en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat in de zin van [art. 8](#) EVRM conform [art. 1:204 lid 1](#) sub e BW.

Hij heeft daartoe gesteld dat de moeder geen bemoeienis met het kind wenst te hebben omdat het niet uit een huwelijksrelatie is geboren en dat het kind thans door hem en zijn echtgenote wordt verzorgd en opgevoed.

## 4.

Bij beschikking van 3 april 2003 heeft de rechtbank thans verweerster in cassatie sub 1 benoemd tot bijzonder curator over het kind.

## 5.

Bij tussenbeschikking van dezelfde datum heeft de rechtbank, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, het T.M.C. Asser Instituut te 's-Gravenhage verzocht haar te informeren over vragen van internationaal privaatrecht en over vragen van Marokkaans recht.

## 6.

Genoemd instituut heeft bij brief van 11 juni 2003 de rechtbank van advies gediend.

## 7.

Bij tussenbeschikking van 18 september 2003 heeft de rechtbank geoordeeld dat de Nederlandse rechter op grond van [art. 5](#) Rv rechtsmacht toekomt om van het verzoekschrift kennis te nemen en dat op grond van [art. 4](#) Wet conflictenrecht afstamming (Wca) zowel op de erkenning als op toestemmingsvereiste Nederlands recht van toepassing is. Ten aanzien van de toewijsbaarheid van het verzoek overwoog de rechtbank dat, nu de moeder geen verweer heeft gevoerd en de bijzonder curator zich aan de beslissing van de rechtbank heeft

gerefereerd, is komen vast te staan dat de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zal schaden. Dit zo zijnde dient, aldus de rechtbank, nog onderzocht te worden of de man daadwerkelijk de verwekker van het kind is, tot het bewijs waarvan de rechtbank, alvorens verder te beslissen, de man heeft toegelaten door middel van een DNA-onderzoek.

## 8.

Nadat de man de rechtbank had laten weten dat hij om principiële/religieuze redenen geen DNA-onderzoek wenst te laten verrichten, heeft de rechtbank bij eindbeschikking van 29 april 2004 het verzoek van de man afgewezen. Daartoe overwoog de rechtbank dat de man zijn bezwaren om aan een DNA-onderzoek mee te werken niet heeft onderbouwd en met de inhoud van de door hem overgelegde stukken, waaronder de akte betreffende een tussen de man en de moeder in Marokko gesloten zgn. 'Toeboet Zaoujia'-huwelijk, niet heeft aangetoond dat hij daadwerkelijk de verwekker van het kind is.

## 9.

De man is van de beschikkingen van de rechtbank van 18 september 2003 en 29 april 2004 in hoger beroep gegaan bij het gerechtshof te Arnhem. Hij heeft het hof verzocht die beschikkingen te vernietigen en, opnieuw beschikkende, primair te bepalen dat zijn vaderschap van het kind reeds vaststaat op grond het 'Toeboet Zaoujia'-huwelijk dat tussen hem en de moeder in Marokko is gesloten en dat in Nederland erkend wordt op grond van [art. 10](#) dan wel [art. 9](#) Wca, subsidiair te bepalen dat op het toestemmingsvereiste het Marokkaanse recht van toepassing is en dat diensgevolge toestemming voor de erkenning niet noodzakelijk is, en meer subsidiair het verzoek tot verlening van vervangende toestemming op grond van [art. 1:204 lid 3](#) BW alsnog toe te wijzen.

## 10.

Het primaire verzoek heeft het hof niet toewijsbaar geoordeeld. Daartoe overwoog het hof onder meer (r.o. 4.9):

Voor zover de man met zijn primaire verzoek een verklaring voor recht verzoekt dat zijn vaderschap vaststaat op grond van in Marokko tot stand gekomen rechtsfeiten en rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld, overweegt het hof het volgende.

De man baseert het (juridisch) vaderschap op de akte van het zgn. 'Toeboet Zaoujia' huwelijk gesloten tussen de man en de moeder. De overige overgelegde akten zijn van latere datum en nemen deze huwelijksakte als uitgangspunt. Tijdens de mondelinge behandeling is vast komen te staan dat het huwelijk tussen de man en de moeder is gesloten gedurende het huwelijk van



de man en zijn toenmalige (en nog steeds huidige) echtgenote. Ingevolge [artikel 3](#) aanhef en onder d van de Wet Conflictenrecht Huwelijk (WHC) is dit tweede huwelijk in strijd met het voorschrift dat een persoon tegelijkertijd slechts met één ander persoon door het huwelijk verbonden kan zijn en wordt op grond van [artikel 6](#) WCH dit huwelijk niet erkend indien de erkenning onverenigbaar is met de openbare orde, hetgeen hier het geval is. Het juridisch vaderschap is daarmee niet aangetoond. Het hof is voorts met de rechtbank van oordeel dat uit de overgelegde akten evenmin blijkt dat de man de biologische vader (verwekker) is. Daarom zal het hof de gevraagde verklaring voor recht dat het vaderschap van de man op grond van Marokkaans recht vaststaat, afwijzen.

## 11.

Ook het subsidiaire verzoek kan volgens het hof niet worden toegewezen. Het hof oordeelde dat het Nederlandse recht zowel op de erkenning (ingevolge [art. 4](#) en [5](#) Wca als het recht van de — effectieve — nationaliteit van de man) als op het toestemmingsvereiste van toepassing is. Wat dit laatste betreft, overwoog het hof onder meer (r.o. 4.5):

Voor wat betreft de (vervangende) toestemming van de moeder stelt [artikel 4 lid 4](#) WCA dat het recht van de staat waarvan de moeder onderscheidenlijk het kind de nationaliteit bezit van toepassing is. Nu de moeder en Y. (het kind, A-G) beiden de Marokkaanse nationaliteit bezitten is dat het Marokkaanse recht. In genoemd artikellid wordt tevens bepaald dat indien het toepasselijke recht de erkenning niet kent het recht van de gewone verblijfplaats van de moeder onderscheidenlijk het kind van toepassing is. Omdat het Marokkaanse recht de erkenning niet kent is het recht van de gewone verblijfplaats van de moeder dan wel van Y. van toepassing. Nu de verblijfplaats van de moeder onbekend is en Y. sinds twee jaar in Nederland verblijft is ook wat betreft de (vervangende) toestemming van de moeder het Nederlandse recht van toepassing.

## 12.

Het meer subsidiaire verzoek achtte het hof evenmin toewijsbaar. Het hof overwoog onder meer (r.o. 4.14):

Het hof is, zoals hiervoor al is overwogen, met de rechtbank van oordeel dat de man door middel van de door hem overgelegde bescheiden niet heeft aangetoond de verwekker van Y. te zijn. Voor de vaststelling daarvan is het in Nederland gebruikelijk een DNA onderzoek in te stellen teneinde een zo groot mogelijke zekerheid te krijgen over de feitelijke afstamming. De man wil echter ook in hoger beroep niet meewerken aan een DNA onderzoek en voert daartoe argumenten van ethische en religieuze aard aan. Hij stelt tevens dat het sociaal zeer onwenselijk en niet in het belang van Y. is, indien vast zou komen te staan dat hij niet de verwekker is. Omdat de man niet aan dat onderzoek wenst deel te nemen kan niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat hij de verwekker is. Om die reden moet de verzochte vervangende toestemming tot erkenning worden afgewezen.



Daarbij overweegt het hof dat een juiste vaststelling van het vaderschap het meest in het belang van Y. is. Het bepaalde in [artikel 8](#) EVRM (family life) en [artikel 3](#) IRVK leidt niet tot een ander oordeel.

## 13.

Bij gevolg heeft het hof de beroepen beschikkingen van de rechtbank bekrachtigd.

## 14.

De man is tegen de beschikking van het hof (tijdig) in cassatie gekomen met een middel dat drie klachten bevat. Geen van de in het cassatierekest als belanghebbende aangewezenen heeft een verweerschrift in cassatie ingediend.

## 15.

Klacht 1 is opgebouwd uit twee onderdelen en keert zich tegen de afwijzing door het hof van het primaire verzoek van de man. Volgens het eerste onderdeel van de klacht geeft het — impliciete — oordeel van het hof (in r.o. 4.9) dat op (de erkenning van) het tussen de man en de moeder gesloten 'Toeboet Zaouija'-huwelijk de Wet conflictenrecht huwelijk (Wch) van toepassing is, blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat een zodanig huwelijk, dat slechts tot doel heeft familierechtelijke betrekkingen tussen de vader en het kind te doen ontstaan en waarvoor de instemming van de vrouw met wie in het huwelijk wordt getreden niet nodig is, niet gelijk gesteld kan worden met een huwelijk in de zin van de Wet conflictenrecht huwelijk. Een huwelijk van een zodanige strekking levert dan ook niet een situatie op waarin de man tegelijk met twee vrouwen gehuwd is, zodat het oordeel van het hof dat het huwelijk tussen de man en de moeder onverenigbaar is met de openbare orde blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende gemotiveerd en onbegrijpelijk is in het licht van de in het kader van de rechtsklacht geformuleerde omstandigheden, aldus het tweede onderdeel van de klacht.

## 16.

Het oordeel van het hof dat het tussen de man en de moeder in Marokko volgens Marokkaans recht gesloten zgn. 'Toeboet Zaouija'-huwelijk in internationaal privaatrechtelijke zin gekwalificeerd dient te worden als een huwelijk in de zin van [art. 5](#) Wch, kan in cassatie niet worden getoetst zonder daarbij de inhoud van het Marokkaanse recht inzake het 'Toeboet Zaouija'-huwelijk te betrekken. Daarvoor is ingevolge het bepaalde in [art. 79 lid 1](#), aanhef en onder a, RO in cassatie geen plaats. Het eerste onderdeel van de klacht, dat naar de kern

genomen het hof een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot doel en strekking van het 'Toeboet Zaouija'-huwelijk verwijt en dus klaagt over een onjuiste uitleg door het hof van het Marokkaanse recht, stuit hierop af.

## 17.

De in het tweede onderdeel geformuleerde rechtsklacht, die voortbouwt op de in het eerste onderdeel aan het hof gemaakte verwijt van onjuiste uitleg van het Marokkaanse recht, moet het lot van het eerste onderdeel delen.

## 18.

De in het tweede onderdeel subsidiair verwoorde motiveringsklacht kan evenmin tot cassatie leiden. In het licht van 's hofs oordeel dat op grond van zijn uitleg van het Marokkaanse recht het 'Toeboet Zaouija'-huwelijk gekwalificeerd moet worden als een huwelijk in de zin van [art. 5 Wch](#), is ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk dat het hof het tussen de man en de moeder gesloten huwelijk als polygaam heeft aangemerkt en dat het hof de erkenning van dat huwelijk — mede in aanmerking genomen dat het hof onbestreden in cassatie heeft geoordeeld dat de Nederlandse nationaliteit als effectieve nationaliteit van de man heeft te gelden (r.o. 4.4) en dus sprake is van een geval waarin het zgn. binnengrenscriterium van de openbare orde-exceptie van toepassing is (zie daarover L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, 8e dr. 2005, nr. 64) — onverenigbaar met de openbare orde heeft geoordeeld.

## 19.

Aangezien klacht 2, die zich in twee onderdelen keert tegen het oordeel van het hof dat naar Nederlands recht niet is voldaan aan de voorwaarden voor het verlenen van vervangende toestemming door de rechter voor de erkenning van het kind, en het tweede onderdeel van klacht 3, dat betoogt dat de door het Nederlandse recht voor vervangende toestemming gestelde eis dat de vader aantoont dat hij de verwekker is van het kind, in dit geval een schending van [art. 8 EVRM](#) oplevert, kennelijk een subsidiair karakter hebben ten opzichte van het eerste onderdeel van klacht 3, dat stelling neemt tegen het oordeel van het hof dat op het toestemmingsvereiste het Nederlandse recht van toepassing is, behandel ik eerst het eerste onderdeel van klacht 3.

## 20.

Het eerste onderdeel van klacht 3 verwijt het hof, door in r.o. 4.5 op grond van de gewone

verblijfplaats van het kind in Nederland te oordelen dat op de (vervangende) toestemming van de moeder het Nederlandse recht van toepassing is, blijkt te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over de uitleg van [art. 4 lid 4 Wca](#).

## 21.

Voor zover hier van belang luidt het [vierde lid van art. 4 Wca](#):

Ongeacht het ingevolge het eerste lid toepasselijke recht (op de bevoegdheid van de man tot erkenning en de voorwaarden voor erkenning, A-G), is op de toestemming van de moeder (...) tot erkenning toepasselijk het recht van de staat waarvan de moeder de nationaliteit bezit. Indien dit recht de erkenning niet kent, is toepasselijk het recht van de gewone verblijfplaats van de moeder (...). Het op de toestemming toepasselijke recht bepaalt tevens of bij gebreke van toestemming deze kan worden vervangen door een rechterlijke beslissing. Het hof heeft, onbestreden in cassatie, vastgesteld dat de moeder de Marokkaanse nationaliteit bezit en in Marokko woont, zonder bekende woon- of verblijfplaats (r.o. 3.12). Tevens heeft het hof, eveneens onbestreden in cassatie, vastgesteld dat het Marokkaanse recht de erkenning niet kent (r.o. 4.5).

## 22.

Onder deze omstandigheden is onduidelijk welk recht ingevolge [art. 4 lid 4 Wca](#) van toepassing is op de toestemming van de moeder. De nationale wet van de moeder kent de erkenning immers niet, terwijl de gewone verblijfplaats van de moeder onbekend is. Twee oplossingen zijn denkbaar. De eerste oplossing zou zijn dat, in aanmerking genomen dat het Marokkaanse recht de erkenning niet kent en dus ook geen voorziening kent met betrekking tot het toestemmingsvereiste, terwijl de gewone verblijfplaats van de moeder onbekend is, toestemming van de moeder tot de erkenning niet is vereist. De tweede oplossing zou zijn dat, nu de verwijzingsregeling van art. 4 lid 4 Wca uitkomt bij een rechtstelsel dat de erkenning niet kent en dat dus ook geen regeling kent inzake de (vervangende) toestemming van de moeder tot erkenning, terwijl op de vraag of de vader tot erkenning bevoegd is ingevolge de verwijzingsregeling van [art. 4 lid 1 Wca](#) een rechtstelsel van toepassing is dat de erkenning wél kent, terwille van de bescherming van de belangen van de moeder het vereiste van (vervangende) toestemming wordt onderworpen aan hetzelfde rechtstelsel dat op de bevoegdheid van de vader tot erkenning van toepassing is.

## 23.

Mijn voorkeur gaat uit naar de tweede oplossing. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de Wet conflictenrecht afstamming heeft de wetgever, mede in

verband met het de erkenning favoriserende karakter van de conflictregel van [art. 4 lid 1 Wca](#), van belang geoordeeld veilig te stellen dat erkenning gebonden is aan instemming van de moeder. Er is zelfs met de gedachte gespeeld het in de Nederlandse wet neergelegde vereiste van toestemming van de moeder in Nederland als een voorrangsregel te laten gelden, hetgeen zou betekenen dat aan dat vereiste moet zijn voldaan ongeacht of het nationale recht van de moeder een dergelijk voorschrift bevat (zie Kamerstukken II 1998–1999, 26 675, nr. 3, blz. 14). Met name in verband met rechtspraak van de Hoge Raad (gedoeld wordt op o.m. HR 8 april 1988, [NJ 1989, 170](#) nt. EAAL; zie het advies van de Staatscommissie IPR inzake afstamming en de betrekking tussen ouders en kinderen d.d. 30 september 1990, nr. 3.2.5, opgenomen in: E.N. Frohn en E. Hennis, Staatscommissie IPR, Geselecteerde adviezen, 1995, blz. 134 e.v.), waaruit blijkt dat er in bepaalde omstandigheden sprake kan zijn van een relativering van het vereiste van toestemming naar Nederlands recht, is hiervan afgezien en is, mede gelet op het beschermende karakter van de Nederlandse voorschriften ter zake van toestemming, gekozen voor een aparte verwijzingsregel voor de toestemming van de moeder, zoals thans is neergelegd in [art. 4 lid 4 Wca](#). Tegen deze achtergrond zou ik menen dat wegens het door de wetgever onderkende belang dat juist bij de sterk op begunstiging van de erkenning gerichte conflictenrechtelijke regeling van art. 4 lid 1 Wca aan het toestemmingsvereiste toekomt, een redelijke wetstoepassing meebrengt dat in gevallen waarin de man op grond van het door art. 4 lid 1 Wca aangewezen recht tot erkenning bevoegd is, terwijl het door art. 4 lid 4 Wca aangewezen recht de erkenning als rechtsfiguur niet kent en derhalve ook geen bepaling omtrent (vervangende) toestemming kent, het toestemmingsvereiste van het door art. 4 lid 1 Wca aangewezen recht heeft te gelden. Als het door art. 4 lid 4 Wca aangewezen recht geen bepaling omtrent vervangende toestemming kent omdat het de erkenning als rechtsfiguur niet kent, faalt immers de verwijzing van art. 4 lid 4 Wca, en ligt het voor de hand, de aldus ontstane lacune op te vullen aan de hand van het krachtens art. 4 lid 1 Wca op de erkenning toepasselijke recht.

## 24.

Het oordeel van het hof dat in het onderhavige geval ook wat de (vervangende) toestemming van de moeder betreft, het Nederlandse recht van toepassing is, is derhalve, ongeacht de gronden waarop het hof tot dit oordeel is gekomen, juist. Het eerste onderdeel van klacht 3 kan derhalve niet tot cassatie leiden.

## 25.

Ik kom thans tot de bespreking van klacht 2. De klacht keert zich in twee onderdelen tegen het oordeel van het hof dat naar Nederlands recht niet is voldaan aan de voorwaarden voor het verlenen van vervangende toestemming door de rechter voor de erkenning van het kind. Het eerste onderdeel betoogt dat het hof heeft miskend dat, nu de man het kind opvoedt, de moeder geen enkele feitelijke bemoeienis met het kind heeft, en de moeder geen enkel belang

heeft bij het weigeren van toestemming, het ontbreken van toestemming van de moeder niet aan de erkenning van het kind in de weg staat en dus niet vereist is dat de man aantoonbaar dat hij de verwekker is van het kind. Het tweede onderdeel klaagt subsidiair, voor het geval moet worden aangenomen dat de toestemming van de moeder wel vereist is, dat het hof heeft miskend dat de moeder geen enkel belang heeft bij het weigeren van toestemming, zodat vervangende toestemming verleend had moeten worden, ook zonder dat vaststond dat de man de verwekker van het kind is.

## 26.

Ingevolge [art. 1:204 lid 1](#) BW is de man slechts tot erkenning van het kind bevoegd indien de moeder daartoe schriftelijk toestemming heeft verleend (sub c) en indien, nu de man met een andere vrouw dan de moeder gehuwd is, de rechtbank heeft vastgesteld dat aannemelijk is dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat (sub e). Nu van schriftelijke toestemming van de moeder niet is gebleken (en aangenomen dat vastgesteld kan worden dat sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking tussen de man en het kind), geeft [art. 1:204 lid 3](#) BW de man de mogelijkheid vervangende toestemming aan de rechtbank te vragen. Vereist daartoe is evenwel dat de man de verwekker van het kind is of, indien hij niet de verwekker is, de biologische vader van het kind is. In het laatstbedoelde geval is dan tevens vereist dat de man 'family life' in de zin van [art. 8](#) EVRM met het kind heeft en de moeder geen enkel te respecteren belang heeft om toestemming tot erkenning te weigeren (vgl. HR 24 januari 2003, [NJ 2003, 386](#) nt. JdB).

## 27.

Hieruit volgt dat klacht 2 in haar beide onderdelen faalt. De klacht ziet eraan voorbij dat, nu niet is komen vast te staan dat de man de verwekker van het kind is en niet is gesteld dat hij, zonder de verwekker te zijn, de biologische vader van het kind is, de weg naar vervangende toestemming ex [art. 1:204 lid 3](#) BW voor hem niet openstaat. De omstandigheid dat de moeder misbruik zou maken van haar bevoegdheid indien zij toestemming tot erkenning zou weigeren, kan hieraan niet afdoen. Die omstandigheid is slechts van belang, indien de man die het kind wil erkennen niet de verwekker, doch wel de biologische vader van het kind is.

## 28.

Ook het tweede onderdeel van klacht 3 dat betoogt dat de door het Nederlandse recht voor vervangende toestemming gestelde eis dat de vader aantoonbaar dat hij de verwekker is van het kind, in dit geval een schending van [art. 8](#) EVRM oplevert, is tevergeefs voorgesteld.

## 29.

Voor zover het onderdeel wil betogen dat de omstandigheid dat sprake is van 'family life' tussen de man en het kind reeds voldoende is om de mogelijkheid van vervangende toestemming ex [art. 1:204 lid 3](#) BW te openen, berust het op een onjuiste rechtsopvatting. Ingevolge HR 24 januari 2003, [NJ 2003, 386](#) nt. JdB is die omstandigheid alleen van belang indien de man die het kind wil erkennen niet de verwekker, doch wel de biologische vader van het kind is. Is de man niet de verwekker en ook niet de biologische vader van het kind, dan is, ongeacht of hij 'family life' heeft met het kind, de mogelijkheid van vervangende toestemming afgesneden.

## 30.

Voor zover het onderdeel wil betogen dat de door het Nederlandse recht gestelde eis van (vervangende) toestemming in strijd is met [art. 8](#) EVRM, omdat de man, ook al is hij niet de verwekker van het kind, 'family life' heeft met het kind, kan het evenmin doel treffen. De regel dat het bestaan van 'family life' tussen de man en het kind aanspraak geeft op het vestigen van een familierechtelijke betrekking tussen de man en het kind, geldt alleen indien de man de verwekker of biologische vader van het kind is. Vgl. EHRM 27 oktober 1994, CEDH, Serie A vol. 297-C, [NJ 1995, 248](#) nt. JdB. Zie ook de conclusie van A-G i.b.d. Moltmaker onder 2.2 e.v. voor HR 24 januari 2003, [NJ 2003, 386](#) nt. JdB. De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

## Tekst

### Hoge Raad:

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

Met een op 23 december 2002 ter griffie van de rechtbank te Zutphen ingediend verzoekschrift heeft verzoeker tot cassatie — verder te noemen: A.— zich gewend tot die rechtbank en verzocht vervangende toestemming voor de erkenning van zijn zoon Y., geboren op in 2001 te M., Marokko, te verlenen overeenkomstig [art. 1:204 lid 1](#), onder c, in verbinding met [art. 1:204 lid 3](#) BW en vast te stellen dat er tussen hem en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat in de zin van [artikel 8](#) EVRM overeenkomstig [art. 1:204 lid 1](#), onder e, BW.

De rechtbank heeft, na een drietal tussenbeschikkingen, bij eindbeschikking van 29 april 2004

het verzoek van de man afgewezen.

Tegen de tussenbeschikking van 18 september 2003 en de eindbeschikking heeft de man hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Bij beschikking van 21 december 2004 heeft het hof de beschikkingen bekrachtigd.

(...)

## 2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Strikwerda strekt tot verwerping van het beroep.

## 3. Beoordeling van het middel

### 3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i)

A. is sinds 15 mei 1992 gehuwd met X.

(ii)

De rechtbank te Meknes, Marokko, heeft op 10 september 2001 vastgesteld dat aldaar in 2001 is geboren Y., als zoon van A. en Z.

(iii)

Bij deze rechtbank is op 6 juni 2002 een akte opgemaakt, houdende erkenning van de voogdij over Y. door X. In deze akte wordt vastgesteld dat de verblijfplaats van de moeder van Y. onbekend is en dat geen enkel nieuws van haar is ontvangen.

(iv)

A. en X. hebben beiden zowel de Nederlandse als de Marokkaanse nationaliteit. Z. en Y. hebben alleen de Marokkaanse nationaliteit.

(v)

Y. verblijft sedert 30 april 2002 in het gezin van A. en X. in Nederland.

(vi)

Z. woont in Marokko. Haar woon- of verblijfplaats is onbekend.

(vii)

A. heeft, terwijl hij gehuwd was met X., in Marokko een zogeheten 'Toeboet Zaouija'-huwelijk gesloten met Z.

### 3.2



A. heeft de rechtbank verzocht vervangende toestemming voor de erkenning van Y. te verlenen overeenkomstig [art. 1:204 lid 1](#), onder c, BW in verbinding met [lid 3](#) van dit artikel en vast te stellen dat tussen hem en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat in de zin van [art. 8](#) EVRM, overeenkomstig [art. 1:204 lid 2](#), onder e, BW. De rechtbank heeft deze verzoeken afgewezen.

In hoger beroep heeft A. het hof verzocht:

primair te bepalen dat zijn vaderschap van Y. reeds vaststaat en in Nederland erkend wordt op grond van [art. 10](#) dan wel [art. 9](#) Wet conflictenrecht afstamming (Wca);

subsidiar te bepalen dat op het toestemmingsvereiste het Marokkaanse recht van toepassing is en dat dientengevolge toestemming voor erkenning niet noodzakelijk is, en meer subsidiar het verzoek strekkende tot verlening van vervangende toestemming op grond van [art. 1:204 lid 3](#) BW alsnog toe te wijzen.

Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Hetgeen het hof daartoe heeft overwogen kan als volgt worden samengevat. Ingevolge [art. 3](#), aanhef en onder d, Wet conflictenrecht huwelijk (Wch) is het door A. met Z. gesloten 'Toeboet Zaouija'-huwelijk in strijd met het voorschrift dat een persoon tegelijkertijd slechts met één andere persoon gehuwd kan zijn. Op grond van [art. 6](#) Wch wordt dit huwelijk in Nederland niet erkend omdat erkenning onverenigbaar zou zijn met de openbare orde. Het juridisch vaderschap van A. is dus niet aangetoond (rov. 4.9). Omdat het Marokkaanse recht de erkenning niet kent, is ingevolge [art. 4 lid 4](#) Wca het recht van de gewone verblijfplaats van Z. dan wel van Y. van toepassing op de (vervangende) toestemming van de moeder. Nu de verblijfplaats van Z. onbekend is en Y. sinds twee jaar in Nederland verblijft, is op die (vervangende) toestemming het Nederlands recht van toepassing (rov. 4.5). Dit leidt niet tot strijd met [art. 8](#) EVRM, nu [art. 1:204](#) BW A. de mogelijkheid biedt een familierechtelijke betrekking tussen hem en Y. te laten ontstaan (rov. 4.10). Voor het verkrijgen van vervangende toestemming is in dit geval ingevolge [art. 1:204 lid 3](#) BW wel vereist dat de man de verwekker is van het kind (rov. 4.11). Nu A. niet heeft willen meewerken aan een DNA-onderzoek, kan niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat hij de verwekker is van Y. Op deze grond moet de verzochte vervangende toestemming tot erkenning worden afgewezen (rov. 4.14).

### 3.3

Onderdeel 1 richt een tweetal klachten tegen het oordeel van het hof dat het tussen A. en Z. gesloten 'Toeboet Zaouija'-huwelijk in Nederland niet voor erkenning in aanmerking komt. Deze klachten, die erop neerkomen dat een 'Toeboet Zaouija'-huwelijk slechts ten doel heeft familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind te doen ontstaan en daarom niet een huwelijk in de zin van [art. 5](#) Wch is, kunnen niet worden onderzocht zonder daarbij de inhoud van het Marokkaanse recht inzake die huwelijksvorm te betrekken. Aan dit laatste staat het bepaalde in [art. 79 lid 1](#), aanhef en onder a, RO in de weg, zodat het onderdeel faalt.

### 3.4.1

De vervolgens te behandelen eerste klacht van onderdeel 3 komt erop neer dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent [art. 4 lid 4 Wca](#) door op grond van het feit dat Nederland de staat is van de gewone verblijfplaats van Y. te oordelen dat Nederlands recht van toepassing is op de subsidiair verzochte vervangende toestemming. Naar het onderdeel betoogt, brengt de derde volzin van art. 4 lid 4 Wca niet mee dat hoe dan ook moet worden gezocht naar een toe te passen rechtsstelsel dat het toestemmingsvereiste kent. Toegepast moet worden het Marokkaanse recht, nu Z. daarmee het nauwst verbonden is. Dat zou dan, aldus het onderdeel, leiden tot het oordeel dat ofwel, nu het Marokkaanse recht het toestemmingvereiste niet kent, toestemming geen voorwaarde voor erkenning is, ofwel voldaan is aan de naar Marokkaans recht wel geldende voorwaarde voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen tussen een man en een kind, nu immers twaalf moslims hebben verklaard dat A. reeds voor de geboorte van Y. gehuwd was met Z. en dat Y. uit dat huwelijk is voortgekomen.

### 3.4.2

Zoals nader uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 23, heeft de wetgever, bij wijze van tegenwicht van de op begunstiging van de erkenning gerichte regeling in [art. 4 lid 1 Wca](#), door middel van de verwijzingsregeling van het vierde lid van dit artikel zoveel mogelijk willen waarborgen dat de erkenning onderworpen is aan toestemming van de moeder. Die hier in beginsel toepasselijke verwijzingsregeling biedt echter, in aanmerking genomen

— dat Z. de Marokkaanse nationaliteit heeft,

— dat, zoals — in cassatie onbestreden — door het hof is vastgesteld, het Marokkaanse recht de erkenning niet kent,

— en dat de gewone verblijfplaats van Z. onbekend is,

geen uitkomst met betrekking tot de vraag welk recht van toepassing is op de toestemming van Z. tot de erkenning, en dus ook niet inzake de vraag of die toestemming volgens dat recht kan worden vervangen door een rechterlijke beslissing. Het met [art. 4 lid 4 Wca](#) beoogde doel wordt dan het meest gediend door aan te nemen dat het recht dat ingevolge [art. 4 lid 1 Wca](#) van toepassing is op de erkenning tevens van toepassing is op de toestemming van de moeder tot de erkenning. Dat recht is in dit geval het Nederlandse recht. Tot deze slotsom kwam, zij het langs een andere weg, ook het hof, zodat de hier behandelde klacht faalt.

## 3.5

Onderdeel 2 keert zich met twee klachten tegen het oordeel van het hof dat niet voldaan is aan de voor het verkrijgen van vervangende toestemming in [art. 1:204 lid 3](#) BW gestelde voorwaarde dat de man de verwekker van het kind is. De eerste klacht (onderdeel 2.1) neemt tot uitgangspunt dat Z. geen enkel belang heeft bij het weigeren van toestemming aan A. om Y. te erkennen, althans dat van een dergelijk belang niet is gebleken, en dat bovendien aannemelijk is dat Z., indien zij zou zijn verschenen, in redelijkheid haar toestemming niet had kunnen weigeren. Onder die omstandigheden staat volgens de klacht het ontbreken van toestemming van de moeder niet aan erkenning in de weg en is voor die erkenning dan ook geen vervangende toestemming van de rechter nodig. Deze klacht faalt reeds omdat zij berust op een rechtsopvatting die de in [art. 1:204 lid 1](#), onder c, BW verwoorde nietigheidsgrond miskent.

## 3.6

Onderdeel 2.2 neemt dezelfde omstandigheden tot uitgangspunt en betoogt dat, indien al moet worden aangenomen dat de toestemming van Z. wel nodig is, een weigering misbruik van bevoegdheid zou hebben opgeleverd, en dat het hof in die situatie (na afweging van de betrokken belangen) ook zonder dat het gestelde verwekkerschap van A. vaststond vervangende toestemming had behoren te verlenen. Ook deze klacht faalt, nu een situatie als daarin bedoeld niet meebrengt dat de rechter, in strijd met het bepaalde in [art. 1:204 lid 3](#) BW, vervangende toestemming kan verlenen aan een man die niet de verwekker van het kind is.

## 3.7

De tweede klacht van onderdeel 3 ten slotte faalt omdat, anders dan dit onderdeel verdedigt, aan art.8 EVRM niet op grond van het enkele bestaan van family life tussen A. en Y. een aanspraak kan worden ontleend op het vestigen van een familierechtelijke betrekking tussen hen beiden.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

## Noot

# 1

Ik moet toegeven dat het me nogal wat moeite kostte te doorgronden waar het in deze zaak nu eigenlijk om ging. Dat kwam vooral doordat niet duidelijk was wat verzoeker nu precies had verzocht: vervangende toestemming voor de erkenning van zijn buitenechtelijk kind, gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap of erkenning van zijn polygame huwelijk met de moeder van het kind. Duidelijk was wel dat de verzoeker erop uit was het kind van een Marokkaanse moeder een verblijfstitel in Nederland te bezorgen. Verder stond vast dat verzoeker zowel de Nederlandse als de Marokkaanse nationaliteit bezat, dat hij sinds 1992 getrouwd was met een Nederlands/Marokkaanse vrouw, en dat hij met zijn echtgenote in Nederland woonachtig was. Naar zijn zeggen had hij tijdens een vakantie in Marokko in 2000 een buitenechtelijke relatie gehad met een Marokkaanse vrouw, uit welke relatie begin 2001 een kind geboren was. Sinds 2002 verblijft het kind in het gezin van verzoeker in Nederland en dat kan alleen zo blijven als het vaderschap van verzoeker komt vast te staan.

Naar het destijds geldende Marokkaanse recht kon een buitenechtelijk kind niet worden erkend of gewettigd. Wat wel kon, was een soort legalisatie van de buitenechtelijke relatie. Daartoe moesten twaalf getuigen verklaren dat de partners al vanaf een bepaalde datum omgang met elkaar hadden als waren zij gehuwd. Door zo'n attestatie de mariage of acte de reconnaissance de la vie conjugale kreeg hun relatie alsnog de status van een huwelijk — in Marokko bekend als een toubout zaoujia- of toubout zawjiya-huwelijk — en de binnen die relatie geboren kinderen moeten daarom als wettige kinderen worden beschouwd. Er zijn nogal wat Nederlandse uitspraken waarin de vraag aan de orde kwam of een acte de reconnaissance tot bewijs van een huwelijk kon dienen, en dus of een toubout zaoujia-relatie vatbaar is voor een ontbinding door echtscheiding, en of de daarin geboren kinderen als wettige kinderen kunnen worden beschouwd. In het algemeen is de Nederlandse rechter wel bereid een dergelijke relatie gelijk te stellen aan een huwelijk, al zijn er ook uitspraken (met name van de bestuursrechter) waarin de betrouwbaarheid van een acte de reconnaissance in twijfel wordt getrokken. Voor een overzicht van rechtspraak en literatuur, zie: Personen en familierecht (losbl. uitg.), titel 5 (IPR), aant. 9.8 (Vonken).

# 2

Hoewel verzoeker in het onderhavige geval aanvankelijk een andere strategie gekozen had om familierechtelijke betrekkingen met het kind te doen ontstaan — in eerste aanleg verzocht hij de rechtbank op de voet van [art. 1:204 lid 3](#) BW vervangende toestemming voor een erkenning te verlenen — beriep hij zich in hoger beroep primair op zijn toubout zaoujia-relatie. Kennelijk had het hof er geen moeite mee deze rechtsfiguur gelijk te stellen aan een huwelijk in de zin van [art. 5](#) Wet conflictenrecht huwelijk. In ieder geval werd de juistheid van de in de acte de reconnaissance neergelegde verklaringen niet in twijfel getrokken en ook het aan zo'n akte toe te kennen rechtsgevolg (wettigheid van het kind) werd op zichzelf niet ontkend. Als verzoeker niet al gehuwd was geweest toen zijn toubout zaoujia-relatie volgens de twaalf

getuigen een aanvang nam, had het hof zijn primaire verzoek zonder meer kunnen toewijzen. Maar naar Nederlandse opvatting kan zo'n relatie niet worden aangegaan door een man die al met een ander getrouwd is, aldus het hof: onze openbare orde verzet zich tegen de erkenning van polygame huwelijken. Dientengevolge kan er ook geen sprake zijn van een wettige band tussen de man en het kind.

In cassatie betoogt de man dat de toubout zaoujia-relatie niet beschouwd mag worden als een huwelijk — zodat de openbare orde buiten beschouwing kan blijven — maar als een middel om familierechtelijke betrekkingen tussen de vader en zijn buitenechtelijke kind te doen ontstaan. De Hoge Raad is niet bereid zich over deze kwestie uit te spreken, zich beroepend op [art. 79 lid 1](#) RO: over de uitleg van doel en strekking van buitenlands recht kan in cassatie niet worden geklaagd. Over de toetsing aan de openbare orde hoeft de Hoge Raad zich dan óók niet uit te laten, want de uitkomst daarvan hangt af van de functie die aan de Marokkaanse rechtsfiguur wordt toegedacht, en die moest in cassatie nu juist buiten beschouwing blijven.

Zelf vind ik de argumentatie in het cassatiemiddel niet erg sterk. Als een toubout zaoujia-relatie niet gelijkgesteld mag worden aan een huwelijk, dan kan er noch van wettige afstamming, noch van wettiging door huwelijk sprake zijn, want voor beide wordt een voor erkenning vatbaar huwelijk verlangd. De attestation de mariage is dan hoogstens een manier om een buitenechtelijk kind te erkennen, en daarmee belanden we bij de vraag of dat een rechtshandeling is die in Nederland erkend kan worden. Blijkens [art. 10 lid 2](#) onder b Wet conflictenrecht afstamming (Wca) is dat niet het geval als niet voldaan is aan de vereisten van het door art. 4 lid 4 aangewezen recht met betrekking tot de toestemming van de moeder. Aldus komen we uit bij dezelfde vraag die nu subsidiair aan de orde kwam: diende de moeder toestemming te geven voor de erkenning en zo ja, onder welke voorwaarden kon haar toestemming door een rechterlijk fiat worden vervangen?

Als verzoeker tot cassatie de attestation de mariage wél had aanvaard als bewijs van zijn huwelijk met de moeder van het kind, had hij de Hoge Raad wellicht een uitspraak kunnen ontlokken over de vraag of de openbare orde zich verzet tegen de erkenning van een polygaam huwelijk met een Marokkaanse vrouw gesloten door een Nederlands/Marokkaanse man die al met een Nederlands/Marokkaanse vrouw was getrouwd. Legt de Nederlandse nationaliteit van verzoeker en zijn eerste echtgenote voldoende gewicht in de schaal van de Inlandsbeziehung om een beroep op de openbare orde te rechtvaardigen? Zou hij inmiddels alweer van zijn tweede vrouw gescheiden zijn, dan had hij art. 11 lid 2 Haags Huwelijksverdrag misschien als tegenargument kunnen gebruiken. Vgl. Hof Amsterdam 9 april 1998, NIPR 1998, 271 en Hof Amsterdam 12 november 1998, NIPR 1999, 137, uitvoerig besproken door Susan Rutten, Enkele beschouwingen over het polygamievraagstuk in een Westerse context, NIPR 2001, p. 44 e.v.

### 3

Behalve door erkenning van een naar Marokkaans recht bestaande rechtsverhouding kon het vaderschap van verzoeker worden vastgesteld langs de weg van [art. 4 lid 1](#) Wca. Of een man



bevoegd is een buitenechtelijk kind als het zijne te erkennen, wordt bepaald door een viertal aanknopingsalternatieven, verwijzend naar het nationale of domiciliaire recht van de man of het kind. In geval van bipatridie noopt deze favoriserende aanpak tot toepassing van het nationale recht dat de erkenning mogelijk maakt, ongeacht of dit het recht is van het nationaliteitsland waarmee de man of het kind het nauwst is verbonden. Anders dan het hof aannam (r.o. 4.5) deed het in casu dus niet ter zake of de man nauwer met Nederland dan met Marokko verbonden was.

Op dit ruimhartige uitgangspunt maakt [art. 4 Wca](#) twee uitzonderingen. In de eerste plaats komen de aanknopingsalternatieven van het eerste lid niet aan bod als het gaat om de erkenning van een buitenechtelijk kind door een gehuwde Nederlander: [art. 4 lid 2 Wca](#). In dat geval komt uitsluitend Nederlands recht voor toepassing in aanmerking. Dat betekent dat onderzocht zal moeten worden of voldaan is aan de voorwaarden van [art. 1:204 BW](#), met name de eis (art. 204 lid 1 sub e) dat de rechtbank heeft vastgesteld dat tussen de gehuwde man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat. Omdat het verbod van erkenning van een kind door een Nederlandse gehuwde man van 'fundamentele betekenis' wordt geacht (HR 27 mei 2005, [NJ 2005, 554](#)) en dus de openbare orde raakt, is art. 4 lid 2 Wca ook van toepassing op bipatride Nederlanders, ongeacht de mate waarin zij met Nederland verbonden zijn. Vgl. de Memorie van Toelichting (TK 1998-1999, 26675, nr. 3, p. 14), die verwijst naar de beschermende strekking van art. 4 lid 2.

Ook de uitzondering van het [vierde lid van art. 4 Wca](#) moet in dit licht worden gezien. De wetgever heeft gekozen voor 'een regeling die de erkenning favoriseert maar tegelijkertijd een groot gewicht toekent aan het vereiste van toestemming van de moeder, onderscheidenlijk het kind' (MvT, *ibid.*, p. 5). Het toestemmingsvereiste wordt in beginsel beheerst door het nationale recht van degene die toestemming moet geven. Voor bipatride Nederlanders is dat hoe dan ook het Nederlandse recht. Hieruit laat zich afleiden dat het recht dat het toestemmingsvereiste wél kent een streepje voor heeft op het recht dat zo'n eis niet stelt. Dat wordt bevestigd door de regel die verwijst naar het recht van de gewone verblijfplaats van de moeder of het kind 'indien het toepasselijke recht de erkenning niet kent'. Door dit verwijzingsalternatief krijgt de moeder of het kind misschien toch een stem in het kapittel. In zoverre heeft ook art. 4 lid 4 Wca een favoriserende werking, zij het dat hier niet de erkenning door de man wordt begunstigd, maar de door de moeder of het kind daarvoor te verlenen toestemming.

## 4

In casu acht het hof het toestemmingsvereiste onderworpen aan Nederlands recht, omdat het kind zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Het hof ziet daarbij over het hoofd dat [art. 4 lid 4 Wca](#) (tot viermaal toe!) verwijst naar 'de moeder, onderscheidenlijk het kind' en dus een onderscheid maakt tussen de toestemming van de moeder en die van het kind. De subsidiaire verwijzing naar de gewone verblijfplaats van het kind is dan ook alleen relevant voor de vraag of het kind met zijn erkenning moest instemmen (vgl. [art. 1:204 lid 1](#) onder d

BW), en niet voor de vraag of de moeder daarvoor toestemming moest verlenen en zo ja, of vervangende toestemming mogelijk is.

Het cassatiemiddel gaat ervan uit dat de vraag of de moeder toestemming voor de erkenning moest geven, hoe dan ook door Marokkaans recht wordt beheerst, hetzij op grond van haar Marokkaanse nationaliteit, hetzij op grond van haar (verder onbekende) verblijfplaats in Marokko. Aangezien de erkenning van buitenechtelijke kinderen in Marokko een onbekend fenomeen is, zou de moeder daarvoor dus ook geen toestemming hoeven te geven.

De Hoge Raad gaat hier niet in mee. In een geval als het onderhavige, waarin het nationale recht van de moeder de erkenning niet kent en haar gewone verblijfplaats onbekend is, biedt de verwijzingsregel van [art. 4 lid 4](#) Wca geen oplossing. Die leemte kan het beste gevuld worden door toepassing van het recht waaraan de man zijn bevoegdheid tot erkenning ontleent, derhalve het door [art. 4 lid 1](#) Wca aangewezen recht.

Hoewel ik mij zeker kan vinden in deze redenering, vroeg ik mij af wat nu eigenlijk doorslaggevend is: het feit dat de moeder geen bekende gewone verblijfplaats heeft, of het feit dat zij haar gewone verblijfplaats heeft in een land dat geen erkenning en dus geen regels met betrekking tot de (vervangende) toestemming kent. Anders gezegd: zou de Hoge Raad in casu tot dezelfde conclusie gekomen zijn als was komen vast te staan dat de moeder haar gewone verblijfplaats in Marokko had, of in een ander land waar erkenning van buitenechtelijke kinderen niet mogelijk is? Gelet op de favoroties die aan [art. 4 lid 4](#) Wca ten grondslag liggen, moet het antwoord op die vraag wel bevestigend luiden. Achtereenvolgens — afhankelijk van de vraag of het aangewezen recht de erkenning al dan niet kent — komen dan met betrekking tot het toestemmingsvereiste voor toepassing in aanmerking: (1) het nationale recht, (2) het domiciliaire recht, of (3) het recht dat de voorwaarden voor de erkenning bepaalt.

## 5

Nog een klein puntje op de i. Rechtbank en hof hadden zich in deze zaak bevoegd verklaard op grond van het bepaalde in art. 5 (oud) Rv, aangezien het kind zijn gewone verblijfplaats in Nederland had. [Art. 5](#) Rv. heeft echter betrekking op 'zaken betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid' (waaronder in de nieuwe versie tevens maatregelen ter bescherming van kinderen begrepen zijn). Afstammingskwesties vallen daar niet onder; vgl. in dit verband de corresponderende begripsomschrijvingen in artt. 1 en 2 [Verordening Brussel II-bis](#). In casu kon de Nederlandse rechter rechtsmacht ontleen aan het bepaalde in art. 3 sub a Rv: voldoende is dat de verzoeker zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland had.

Th.M. de Boer

---

[\\*\[1\]](#) A.P.M.J. Vonken, Personen en Familierecht, aant. 9.8 bij IPR Huwelijksrecht.



- \*[2] HR 18 mei 1990, [NJ 1991, 374](#). Of deze maatstaf ook in gevallen moet worden toegepast waarin de man niet de verwekker is wordt echter in Kamerstukken II 1995–1996, 24 649, nr. 3, p. 12 betwijfeld. HR 24 januari 2003, [NJ 2003, 386](#) past dit criterium in die situatie echter wel toe. AG i.b.d. Moltmaker merkt in § 2.6 van zijn conclusie voor dat arrest dienaangaande op dat deze maatstaf immers juist gebaseerd is op de bescherming die [art. 8](#) EVRM biedt op grond van het bestaande 'family life'.
- \*[3] TK 2001–2002, 26675, nr. 3, p. 14 en A.P.M.J. Vonken, Personen en Familierecht, aant. 17.5 bij ZPR Afstammingsrecht.
- \*[4] Zie over deze maatstaf P. Vlaardingbroek, Personen en Familierecht, art. 204, aant. 7 met verdere verwijzingen.
- \*[5] In zijn tussenbeschikking van 18 september 2003 op p. 3.
- \*[6] TK 2001–2002, 26675, nr. 3, p. 14 en A.P.M.7. Vonken, Personen en Familierecht, aant. 17.5 bij IPR Afstammingsrecht.
- \*[7] Steun hiervoor is onder meer te vinden in de gebruikte terminologie in de Parlementaire Geschiedenis, met name het woord 'onderscheidelijk', zie TK 2001–2002, 26675, nr. 6, p. 9. Ook het advies Asser Instituut (d.d. 11 juni 2003, uitgebracht op verzoek van de rechtbank in eerste aanleg) en het advies van dr. S.W.E. Rutten (d. d. 14 juli 2004, uitgebracht op verzoek van de advocaat van A. in feitelijke aanleg) gaan om vergelijkbare redenen van deze lezing uit.
- \*[8] HR 24 januari 2003, [NJ 2003, 386](#).
- \*[9] Zie o.a. HR 10 november 1989, [NJ 1990, 628](#).
- \*[10] HR 10 november 1989, [NJ 1990, 628](#).
- \*[11] HR 17 september 1993, [NJ 1994, 373](#).
- \*[12] EHRM 27 oktober 1994, [NJ 1995, 248](#) (Kroon/Nederland).
- \*[13] Zie: beroepsschrift, toelichting op grief 2 en de brief van de advocaat van de man in eerste aanleg aan de rechtbank d.d. 22 december 2003
- \*[14] EHRM 27 oktober 1994, [NJ 1995, 248](#) (Kroon/Nederland), in gelijke zin HR 17 september 1993, [NJ 1994, 373](#).
- \*[15] EHRM 5 november 2002, [NJ 2005, 34](#), rov. 73.
- \*[16] EHRM 27 oktober 1994, [NJ 1995, 248](#) (Kroon/Nederland).