

WETEN, KENNEN EN ERKENNEN: KINDEREN VAN OUDERS DIE NIET SAMEN ZIJN

Machteld Vonk*

Samenvatting | Welke rechten heeft een kind met betrekking tot zijn biologische vader die niet zijn juridische vader is en welke invloed heeft de sociale werkelijkheid op de uitoefening van deze rechten?

Trefwoorden | Biologisch vaderschap, juridisch ouderschap, omgang met biologische vader, afstammingskennis.

[art. 7 IVRK, art. 8 EVRM]

Kluwer Navigator | NTM-NJCM Bull. 2013/40

‘Ervan overtuigd dat aan het gezin, als de kern van de samenleving en de natuurlijke omgeving voor de ontplooiing en het welzijn van al haar leden en van kinderen in het bijzonder, de nodige bescherming en bijstand dient te worden verleend opdat het zijn verantwoordelijkheden binnen de gemeenschap volledig kan dragen, Erkennende dat het kind, voor de volledige en harmonische ontplooiing van zijn (of haar) persoonlijkheid, dient op te groeien in een gezinsomgeving, in een sfeer van geluk, liefde en begrip’.¹

1 Inleiding

Een man verwekt een kind bij een getrouwde vrouw. De man en de vrouw hebben een complexe buitenechtelijke relatie van een aantal maanden met elkaar gehad, waarna het kind binnen het huwelijk van de moeder en haar echtgenoot wordt geboren. De echtgenoot van de moeder is de juridische vader van het kind en wenst dat ook te blijven. De verwekker van het kind verzoekt de ontkenning van het vaderschap van de echtgenoot zodat de weg vrij kan worden gemaakt voor zijn vaderschap, subsidiair verzoekt hij het vaststellen van een omgangsregeling en/of een informatie en consultatieregeling. In zijn verzoeken met betrekking tot het juridisch vaderschap wordt hij niet ontvankelijk verklaard omdat het Nederlandse recht de mogelijkheid van een verzoek tot ontkenning vaderschap door de verwekker, zoals in deze casus verzocht, niet kent. Met betrekking tot zijn verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling is de conclusie dat er tussen de verwekker en het kind geen *family life* bestaat en dat de verwekker niet in zijn verzoek kan worden ontvangen.²

In deze zaak lukt het de biologische vader niet om een band met het door hem verwerkte kind op te bouwen, niet door middel van het vestigen van een afstammingsrelatie en ook niet door middel van een omgangsregeling. De huwelijkspartner van de moeder is volgens het Nederlandse recht de juridische vader van het kind en zal dat blijven als hij en de moeder dat

▪ Mr. dr. Machteld Vonk is werkzaam als universitair docent/onderzoeker familie- en jeugdrecht bij de afdeling Jeugdrecht van de Universiteit Leiden.

1 Preambule IVRK.

2 HR 13 juli 2012, *LJN* BW7010.

willen en het kind zelf nog geen mening hieromtrent heeft.³ De verwekker van dit kind staat met lege handen waar het de juridische erkenning van zijn vaderschap betreft, omdat de rechtsgevolgen van het huwelijk met betrekking tot afstamming prevaleren boven het biologische ouderschap.⁴ Daarnaast strandt ook zijn verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling op een gebrek aan feitelijke binding tussen hem en het kind: geen nauwe persoonlijke betrekking betekent voor een biologische vader in Nederland dat hij niet ontvankelijk is in een verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling met het door hem verwekte kind.⁵ De vraag die bij deze wettelijke regelingen rijst vanuit het perspectief van kinderrechten is hoe deze zich verhouden tot de eisen die verdragen zoals het IVRK en het EVRM stellen aan verdragsstaten met betrekking tot het beschermen van de relatie tussen kinderen en hun ouders. Wordt de relatie tussen een kind en zijn ouders voldoende beschermd in het Nederlandse recht waar, zoals in de beschreven casus, biologisch en juridisch ouderschap niet samenvallen, of is aanpassing van het Nederlandse recht noodzakelijk? Om deze vraag te beantwoorden, wordt zowel naar het IVRK en het EVRM gekeken, waarna het Nederlandse recht op dit gebied kritisch tegen het licht wordt gehouden.

2 Biologisch, sociaal en juridisch ouderschap

Wanneer een situatie als hierboven onderwerp is van onderzoek, is het van belang om onderscheid te maken tussen drie verschillende elementen die een rol spelen in de relatie tussen een kind en zijn biologische ouder(s): de mogelijkheid om te *weten* wie de biologische ouder is, ten tweede het daadwerkelijk *kennen* van deze ouder, bijvoorbeeld doordat er omgang plaatsvindt, en ten derde het juridisch *erkennen* van biologisch ouderschap doordat deze ouder de juridische ouder wordt.⁶ Het Nederlandse recht kent in beginsel mogelijkheden om zowel het *weten*, het *kennen* als het *erkennen* te verwezenlijken, het hangt echter van de omstandigheden van het geval af en van de vraag wie wil weten, kennen of erkennen, of dit ook daadwerkelijk zal gebeuren. Als het de biologische vader is die zijn vaderschap juridisch erkend wil hebben, kan een dergelijke procedure een andere uitkomst hebben, dan wanneer het kind zelf het vaderschap van de biologische vader juridisch erkend wil hebben.

Bij deze drie aspecten van de relatie tussen biologische vader en kind, spelen een aantal kinderrechten een rol. Allereerst moeten de belangen van de betrokken kinderen bij alle beslissingen die hen aangaan een eerste overweging vormen (artikel 3 IVRK). Bovendien hebben kinderen,

3 De moeder kan het huwelijksvaderschap van haar echtgenoot die niet de biologische vader is van het kind ontkennen binnen 1 jaar na de geboorte van het kind: art. 1:200 lid 1 onder a juncto lid 5 BW. De huwelijksvader kan zijn vaderschap ontkennen binnen een jaar nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind: art. 1:200 lid 1 onder a jo lid 5 BW. Zie voor uitzonderingen op deze regel art. 1:201 lid 1-3 BW.

4 *Kamerstukken I* 2012/13, 33 032, nr. C, p. 5: 'de fictie van het huwelijk gaat voor op de biologische werkelijkheid'.

5 Art. 1:377a lid 1 BW.

6 De term biologische ouder omvat in dit stuk meestal ook de genetische ouder. Dit hoeven wanneer het over moeders gaat echter niet dezelfde personen te zijn. Wanneer er bijvoorbeeld gebruik wordt gemaakt van IVF met een eikel van een andere vrouw, is de eiceldonatrice de genetische moeder en de vrouw die het kind baart de biologische moeder. Bij biologische vaders wordt een dergelijk onderscheid meestal niet gemaakt, al wordt er wel onderscheid gemaakt tussen de man die het kind bij een vrouw verwekt (verwekker/biologische vader) en de man die zijn zaad levert ten behoeve van de conceptie van een kind (donor/genetische vader).

voor zover mogelijk, het recht om hun ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (artikel 7 IVRK), het recht op bescherming van hun identiteit (artikel 8 IVRK), en daarnaast hebben kinderen recht op een ongestoord gezins- of familieleven met ouders en derden met wie ze in een nauwe persoonlijke betrekking staan en op erkenning en bescherming van hun privéleven (artikel 8 EVRM).

Bij de toepassing van deze rechten en de mogelijkheden om te weten, kennen en erkennen, is het van belang onderscheid te maken tussen de biologische werkelijkheid (wie is/zijn biologisch/genetisch aan elkaar verwant), de juridische werkelijkheid (wie is in de ogen van het recht de ouder van een kind) en de sociale werkelijkheid (door wie wordt het kind daadwerkelijk verzorgd). Wanneer deze werkelijkheden alle drie samenvallen, zullen er niet veel problemen zijn met de effectuering van de rechten van het kind. Moeilijker wordt het wanneer deze drie werkelijkheden niet samenvallen, maar zoals in de hierboven beschreven casus, de juridische en sociale werkelijkheid wel samenvallen – het kind wordt verzorgd door de juridische vader – maar de biologische werkelijkheid anders is – de verwekker is niet de juridische vader. Een dergelijk scenario doet zich ook voor wanneer twee vrouwen binnen hun relatie een kind krijgen en opvoeden. Ook daar speelt de vraag hoe de biologische band tussen kind en donor zich verhoudt tot de zorgband tussen de vrouwelijke partner van de moeder en het kind.⁷ Hoe moeten in de hierboven beschreven situaties de verschillende dimensies van ouderschap vorm krijgen in het recht en welke normen kunnen hiervoor uit het IVRK en het EVRM worden gedestilleerd?

3 Ouderschap door de ogen van het IVRK

Een centraal artikel over ouderschap in het IVRK is artikel 7, eerste lid waarin naast een aantal andere plichten en rechten, het recht van kinderen is neergelegd om, *voor zover mogelijk*, hun ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. Dit recht is in een vrij laat stadium in artikel 7, eerste lid opgenomen op voorspraak van een aantal Staten⁸ vertegenwoordigd door de Egyptische delegatie. Zij stelden dat het kennen van de ouders belangrijk is voor het waarborgen van de psychologische stabiliteit van het kind en zou bijdragen aan het vormen van zijn persoonlijkheid.⁹ De discussie over deze toevoeging ging met name over adoptie en het feit dat een aantal Staten een vorm van adoptie kenden waarbij de identiteit van de oorspronkelijke (biologische) ouders geheim zou blijven.¹⁰ Volgens de Nederlandse memorie van toelichting is dat de reden dat de woorden *voor zover mogelijk* zijn opgenomen in het artikel.¹¹

Er bestaat dus voor kinderen een recht om de ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. Maar wie zijn die *ouders* waar artikel 7, eerste lid naar verwijst? Bovendien omvat artikel 7, eerste lid zowel een recht om de ouders te kennen als een recht om door de ouders verzorgd te worden. Gaat het hierbij altijd om dezelfde *ouders*, of kunnen dit verschillende

7 Deze vraag is onderwerp van discussie in het wetsvoorstel over het moederschap van een duo-moeder binnen een lesbische relatie: *Kamerstukken I 2012/13*, 32 033, nr. A-C.

8 Algerije, Egypte, Irak, Jordanië, Koeweit, Marokko, Oman, Pakistan, Tunesië en Libië.

9 S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention of the Rights of the Child*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1999, p. 127.

10 Detrick 1999 (*supra* noot 9) en *Kamerstukken II 1992/93*, 22 855 (R1451), nr. 3, p. 17.

11 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 855 (R1451), nr. 3, p. 18.

personen zijn? Als het over het kennen van ouders gaat in de zin van het *weten* van wie je als kind afstamt, gaat het over de *ouders* die een biologische of genetische bijdrage hebben geleverd aan het ontstaan van het kind: degene die het zaad heeft geleverd, degene die de eicel heeft geleverd en ook degene die het kind heeft gebaard.¹² Vaak zullen dit twee personen zijn: de man die het kind verwekt bij de vrouw en de vrouw die het kind vervolgens baart. Maar dit kunnen ook meer dan twee personen zijn, bijvoorbeeld bij IVF waar de eicel van een andere vrouw wordt gebruikt: de man die het zaad levert, de vrouw die de eicel levert en de vrouw die het kind baart. In die situatie betreft het recht van het kind om te weten wie een biologische en/of genetische bijdrage aan zijn ontstaan hebben geleverd drie personen. Zijn deze personen alle drie *ouders* in de zin van artikel 7, eerste lid, IVRK? Als het om afstammingsinformatie gaat zullen veel mensen waarschijnlijk *ja* zeggen, maar als het om het recht van het kind om door zijn ouders te worden verzorgd gaat, zullen veel mensen waarschijnlijk *nee* zeggen, zeker wanneer dit een grond is voor het toekennen van juridisch ouderschap.¹³ Een kind heeft in de meeste jurisdicties, net als in Nederland, tenslotte maar twee *juridische* ouders.¹⁴

Wie zijn dan die *ouders* door wie het kind verzorgd mag worden? Zijn dit juridische ouders, sociale ouders of bepaalde soorten biologische ouders (bijvoorbeeld verwekkers en geboortemoeders, maar niet zaaddonoren en eiceldonatrices)? Uit artikel 7 IVRK zelf wordt dit niet duidelijk. In haar commentaar op artikel 7 geeft Ziemele in de context van adoptie aan dat de bewoordingen van artikel 7, eerste lid op dit gebied niet erg expliciet zijn. Enerzijds zijn de adoptiefouders na adoptie de *ouders* van het kind en anderzijds blijkt dat 'the CRC Committee takes the view that the term 'parents' in the context of Article 7 includes biological parents and that the child has the right to know, as far as possible, who they are.'¹⁵ Bij adoptie verwijst het begrip *ouder* naar andere personen wanneer het om het recht om te weten gaat (namelijk de biologische ouders), dan wanneer het om het recht om door de *ouders* te worden verzorgd gaat (namelijk de adoptiefouders). Belangrijk om hierbij op te merken is dat hier sprake is geweest van een beslissing van een rechter waarmee het ouderschap is overgedragen van de oorspronkelijke ouders naar de adoptiefouders. Tijdens een dergelijke gerechtelijke procedure kan aandacht worden besteed aan het recht op afstammingskennis van het kind en toegang tot deze kennis kan daarmee letterlijk voor het betreffende kind worden gewaarborgd.¹⁶

12 Zie bijvoorbeeld R. Blauwhoff, *Foundational facts and relative truths*, Antwerpen: Intersentia 2009, voor een uitgebreide analyse van het recht op afstammingsgegevens in nationaal en internationaal perspectief. Zie ook Boele-Woelki, Curry-Sumner, Schrama & Vonk, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

13 Nu gaat het hier slechts om drie personen die een bijdrage hebben geleverd aan het ontstaan van het kind, maar als men de bedoelingen van partijen mee gaat nemen in het bepalen welke personen een bijdrage hebben geleverd aan het ontstaan van een kind, wordt de zaak nog complexer. Deze vraag komt bijvoorbeeld naar boven bij draagmoederschapsconstructies waarbij de wensouder niet de eicel en/of de zaadcel hebben geleverd, maar waarbij donormateriaal is gebruikt.

14 *Kamerstukken I* 2012/13, 33 032 nr. C. p. 2.

15 Ineta Ziemele, 'Article 7: The right to Birth Registration, Name and Nationality and the Right to Know and Be Cared for by Parents', in: A. Alen, J. Van de Lanotte, E. Verhellen, F. Ang E. Berghmans & M. Verheyde (eds.) *A Commentary on the United Nations Convention of the Rights of the Child*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2007, p. 26.

16 Zie hierover ook *Kamerstukken II* 1992/93, 22 855 (R1451), nr. 3, p. 18: 'In geval van adoptie is het vaste praktijk dat het kind omtrent de ouderlijke herkomst wordt voorgelicht. De adoptierechter vergewist zich omtrent de naleving hiervan.'

Bij het gebruik van kunstmatige voortplantingstechnieken is ook aandacht aan deze materie besteed. Wanneer een met elkaar gehuwde man en vrouw in Nederland gebruik maken van kunstmatige inseminatie met donorzaad in een kliniek, wordt het recht van het kind op afstammingsinformatie gewaarborgd doordat de behandelaar verplicht is bepaalde gegevens van de donor door te geven aan een hiertoe ingesteld register.¹⁷ Het kind heeft later toegang tot deze gegevens, die ook persoonsidentificerende informatie van de donor bevatten. Daarnaast is de echtgenoot in kwestie de juridische vader van het kind en kan hij daar, doordat hij met de inseminatie heeft ingestemd, zelf niet tegen in het geweer komen.¹⁸ Ook hier is dus een regeling getroffen waarbij enerzijds het recht van het kind op afstammingsinformatie is gewaarborgd en anderzijds het recht met betrekking tot verzorging van het kind bij de juridische niet-biologische vader ligt. Ook hier heeft de term *ouder* uit artikel 7, eerste lid betrekking op verschillende personen, biologische ouders enerzijds en juridische ouders anderzijds. Bij deze regeling is het goed in het achterhoofd te houden dat de zaaddonor die via een kliniek zijn zaad heeft gedoneerd ten behoeve van derden, zelf niet de bedoeling heeft om de ouder van het kind te worden, terwijl de echtgenoot van de moeder die wens uitdrukkelijk wel heeft.

Moeilijker wordt het om artikel 7 IVRK direct op de eerder beschreven casus toe te passen, waarbij de echtgenoot van de moeder niet de bedoeling had om de juridische ouder te worden van een kind dat hij niet zelf heeft verwekt, terwijl de verwekker mogelijk wel de bedoeling had en heeft om de juridische ouder te worden van het kind, maar dit niet wordt. Hoe zit het dan met het begrip *ouder* in artikel 7 IVRK? Kan het dan ook zo zijn dat het recht om te weten van het kind betrekking heeft op de verwekker en het recht om verzorgd te worden door de ouder betrekking heeft op de juridische en sociale vader? De eerder beschreven voorbeelden gaven aan dat het zeker niet onmogelijk is dat het begrip *ouder* op verschillende personen betrekking heeft afhankelijk van de vraag of het over weten of verzorgen gaat. Maar uiteindelijk geeft artikel 7 IVRK hier voor onze casus geen duidelijk antwoord op. Daarbij moet wel in ogenschouw genomen worden dat de verschillende artikelen in het verdrag altijd in samenhang met artikel 3 (het belang van het kind) moeten worden gelezen. Dit kan betekenen dat het in beginsel een recht van het kind is om door zijn (biologische) ouder te worden verzorgd, maar dat dit in de praktijk niet (of niet meer) in zijn belang is. Het meest prangende voorbeeld hiervan geeft Doek in zijn commentaar bij artikel 8 IVRK, waar hij beschrijft hoe het artikel op voorspraak van de Argentijnse delegatie tot stand is gekomen om te voorkomen dat kinderen op onrechtmatige wijze aan hun gezin worden onttrokken. Er rust daarbij een verplichting op de staat om kinderen zo spoedig mogelijk naar hun gezin van herkomst te retourneren. Daarbij zegt hij het volgende:

"The obligation to do this [the return of children to their original family] speedily, implicitly refers to the fact that (the passage of) time is a crucial factor. The more time has passed, the more difficult it may become to re-establish (not only on paper but also de facto) the original family relations. Respect for the family

17 Art. 2 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

18 Art. 1:199 onder a BW in combinatie met art. 1:200 lid 3 BW.

life that the child de facto has (maybe since birth), may mean that it is not in the best interests of the child to be returned to a family s/he does not know at all.¹⁹

Feitelijke omstandigheden zoals verzorging en het verloop van tijd kunnen er blijkbaar voor zorgen dat het belang van het kind en daarmee het recht van het kind om door de *ouders* verzorgd te worden een andere invulling krijgt.

Uit het bovenstaande valt het volgende af te leiden: Het recht om de *ouders* te kennen in artikel 7 IVRK betreft de personen die betrokken zijn bij het ontstaan van het kind doordat zij daar een biologische (verwekken of baren) of genetische (doneren van zaad of eicel) bijdrage aan hebben geleverd.²⁰ Dit recht op kennen, kan naast het recht om te *weten* wie de biologische ouders zijn ook een recht op daadwerkelijk kennen (in de zin van omgang) inhouden. Wanneer het gaat om het recht om door de *ouders* verzorgd te worden, kunnen deze *ouders* al naar gelang de juridische of feitelijke situatie waarin het kind zich bevindt, anderen dan de biologische ouders zijn.

4 EVRM: Family life, private life en ouderschap

Het EVRM gaat anders dan het IVRK niet uit van het begrip ouderschap in artikel 8 maar van de begrippen *family life* en *private life*. Dit zijn begrippen waarbij naast de juridische invulling van relaties tussen volwassenen en kinderen en volwassenen en kinderen onderling, ook de sociale en biologische werkelijkheid een grote rol spelen. Inmenging in dit *family life* of *private life* kan gerechtvaardigd zijn mits bij wet voorzien en noodzakelijk in een democratische samenleving.²¹ Kan jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 8 meer duidelijkheid geven over de praktische betekenis van de rechten van kinderen en ouders met betrekking tot (de grenzen van) het weten, kennen en erkennen van biologisch ouderschap? De afgelopen jaren is een aantal zaken aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voorgelegd, met name vanuit Duitsland maar ook vanuit andere landen, dat in dit kader relevant is.²² De centrale vraag hierbij betrof steeds de mogelijkheid voor een biologische niet-juridische vader en zijn kind om een juridische band met elkaar te vestigen door middel van het afstammingsrecht, of om een feitelijke band met elkaar te ontwikkelen door middel van omgang. De betreffende biologische vaders stelden dat hun rechten onder artikel 8 EVRM waren geschonden door de Staat.

Wil een bepaalde kwestie onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM vallen, dan moet er sprake zijn van *family life* of *private life*, waarbij *family life* daadwerkelijk en aantoonbaar zal moeten

19 J.E. Doek, 'Article 8: The Right to Preservation of Identity, and Article 9: The Right Not to be Separated from His or Her Parents', in: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans & M. Verheyde (red.), *A Commentary on the United Nations Convention of the Rights of the Child*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 8-9.

20 Of deze categorie personen ook wensouders omvat, is niet duidelijk omdat zij niet altijd een biologische of genetische bijdrage aan het ontstaan van het kind leveren, maar het kind wel op hun instigatie is verwekt.

21 Art. 8 lid 2 EVRM.

22 EHRM 3 december 2009, appl. no. 22028/04 (Zaunegger/Duitsland); EHRM 21 december 2010, appl. no. 20578/07 (Anayo/Duitsland); EHRM 22 maart 2012, appl. no. 45071/09 (Ahrens/Duitsland), EHRM, 12 februari 2013, appl. no. 48494/06 (Tóth/Hongarije).

bestaan, tenzij er sprake is van *intended family life* waar, door omstandigheden zoals het niet meewerken van de moeder aan het opbouwen van *family life*, geen invulling is gegeven.²³ Over de vraag naar het al dan niet bestaan van *family life* tussen biologische vader en kind heeft het EHRM zich in het verleden al vaker uitgesproken, in die zin dat de biologische band tussen niet-juridische vader en kind op zichzelf niet tot het aannemen van *family life* leidt.²⁴ Er moeten bijkomende omstandigheden zijn, die kunnen bestaan uit omstandigheden die zich voor de geboorte van het kind hebben voorgedaan, zoals een met een huwelijk vergelijkbare relatie met de moeder,²⁵ omstandigheden die zich voor en na de geboorte hebben voorgedaan, bijvoorbeeld uitvoering geven aan een voor de geboorte overeengekomen omgangsregeling of uit omstandigheden die zich na de geboorte van het kind hebben voorgedaan.²⁶ Zo is in de Nederlandse rechtspraak met betrekking tot het al dan niet bestaan van *family life* tussen een biologische vader en zijn kind aangenomen, dat met de moeder gemaakte afspraken voor de geboorte met betrekking tot omgang en het daaraan gevolg proberen te geven na de geboorte door de biologische vader ondanks tegenwerking van de moeder kan leiden tot het bestaan van *family life*.²⁷ Een kwestie valt onder *private life* wanneer het de identiteit van de betrokkene betreft, zoals het recht om te weten van wie men afstamt.²⁸ Gaat men er bijvoorbeeld vanuit dat het kind slechts een recht op omgang heeft met een biologische vader wanneer er sprake is van *family life* is, dan moet dit *family life* worden aangetoond. Gaat men er echter vanuit dat omgang in een dergelijk geval een kwestie is van *private life* dan is het bestaan van de biologische band tussen vader en kind voldoende. Of er vervolgens sprake is van een schending is dan weer een andere vraag.

4.1 EHRM: *Kautzor, Schneider, Ahrens, Tóth, Chavdarov et al.*

In de zaken die hieronder aan de orde komen, gaat het steeds om de situatie waarin een ander dan de verwekker van het kind door erkenning of door een huwelijk met de moeders de juridische vader van het kind is geworden. De meest vergelijkbare zaak betreft de zaak *Schneider*,²⁹ waar in de Conclusie bij de uitspraak van de Hoge Raad ook uitvoerig naar wordt verwezen. Schneider heeft ruim een jaar een relatie met een getrouwde vrouw en verwekt tijdens deze relatie bij haar een kind. Na het beëindigen van de relatie gaat de vrouw terug naar haar echtgenoot en het kind wordt vervolgens binnen het huwelijk van de vrouw en haar echtgenoot geboren. Schneider heeft niet de mogelijkheid het vaderschap van de echtgenoot aan te tasten. De moeder stelt dat het mogelijk is dat Schneider de vader is van het kind, maar dat dit evengoed haar echtgenoot kan zijn. Schneiders verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling wordt

23 EHRM 21 december 2010, appl. no. 20578/07 (Anayo/Duitsland).

24 EHRM 1 juni 2004, appl. no. 45582/99 (Lebbink/Nederland), par. 37.

25 EHRM 26 mei 1994, appl. no. 16969/90 (Keegan/Ierland).

26 Zie hierover Asser-De Boer, *Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, paragraaf 13a, een ook C. Forder, *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder. In welke mate heeft de biologische vader het recht het kind te erkennen, hoe werkt prenatale erkenning in deze context en welk recht heeft het kind van duo-moeders op afstammingsinformatie in het licht van EVRM en IVRK?*, eindrapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, 2 februari 2009.

27 HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386, HR 30 november 2007, NJ 2008, 310 en ook HR 11 april 2008, NJ 2008, 555. Zie ook: M. Vonk, 'The role of formalized and non-formalised intentions in legal parent-child relationship in Dutch Law', *Utrecht Law Review*, 2008, 2.

28 EHRM 13 februari 2003, appl. no. 42326/98 (Odievre/Frankrijk).

29 EHRM 15 december 2011, appl. no. 17080/07 (Schneider/Duitsland).

afgewezen, omdat hij niet de juridische vader is van het kind en dus niet binnen de groep personen valt die een recht op omgang heeft. Bovendien heeft hij noch *close ties* noch een *social en family relationship* met het kind opgebouwd.

Een vergelijkbare zaak is *Kautzor*.³⁰ Kautzor verwekt tijdens het huwelijk bij zijn echtgenote een kind, maar voordat het kind wordt geboren is dit huwelijk ontbonden. Dit betekent dat het kind buiten huwelijk wordt geboren en Kautzor niet de juridische vader is van het kind. Ongeveer een jaar na de geboorte, laat Kautzor aan de moeder weten dat hij omgang wil met het kind en ook zijn vaderschap wil erkennen. De moeder laat het kind echter door haar nieuwe partner erkennen. Het lukt Kautzor voor de Duitse rechters niet om het vaderschap van de nieuwe partner van de moeder aan te tasten. De erkenning door de nieuwe partner van de moeder is rechtsgeldig en bovendien zijn, volgens de Duitse rechter, de rechten van het kind gewaarborgd omdat ze zelf later het vaderschap van de echtgenoot van de moeder kan ontkennen. Omdat onduidelijk blijft of hij daadwerkelijk de biologische vader is van het kind, verzoekt Kautzor om DNA-onderzoek. Dit verzoek wordt afgewezen omdat zijn recht om te weten of het kind van hem afstamt, wordt begrensd door het belang van het kind om ongestoord in haar huidige juridische en sociale gezin op te groeien.

De zaak *Ahrens* lijkt erg op de *Kautzor*-zaak. Het verschil is dat in de zaak *Ahrens* niet wordt betwist dat Ahrens de biologische vader is van het kind dat door de partner van de moeder is erkend. Daarnaast was zijn relatie met de moeder al een jaar voorbij toen het kind werd verwekt, ze hadden alleen zo nu en dan seks met elkaar, terwijl de moeder al met haar nieuwe partner samenwoonde. Een ander verschil betreft het feit dat Ahrens veel sneller na de geboorte (binnen drie maanden) een verzoek heeft ingediend om het vaderschap van de partner van de moeder aan te tasten en dat van hemzelf vast te stellen. Zijn verzoek wordt echter ook in alle instanties afgewezen. De partner van de moeder is de juridische vader en leeft ook als zodanig met moeder en kind samen. Dit gezinsleven van moeder, vader en kind, verdient bescherming, stelt de Duitse rechter.

Een zaak die afwijkt van de zaken hierboven is de zaak *Tóth*. Het grote verschil met de bovengenoemde zaken betreft het feit dat de ongehuwde vrouw bij wie Tóth een kind heeft verwekt, het kind na het einde van de relatie, maar nog voor de geboorte, door een andere man laat erkennen. Vervolgens wordt het kind na de geboorte door de vrouw van de erkener geadopteerd. De Hongaarse rechters wijzen het verzoek van Tóth om het vaderschap van de juridische vader aan te tasten en zijn vaderschap vast te erkennen af. Zouden ze dit toestaan, zo overwegen ze, dan zou het risico bestaan, dat de (adoptief-)moeder weigert Tóth toestemming tot erkenning te geven, en het kind vaderloos blijft.

De laatste zaak, *Chavdarov*,³¹ wijkt op een andere manier af van de Duitse zaken omdat de verwekker hier wel de verzorgende ouder is van de kinderen maar niet de juridische ouder. Chavdarov woonde ongehuwd samen met een vrouw die nog met een andere man was gehuwd. Chavdarov en deze vrouw krijgen samen drie kinderen, die volgens het geldende Bulgaarse recht de wettige kinderen zijn van de moeder en haar echtgenoot. Op een zeker moment verlaat de moeder Chavdarov en laat de kinderen bij hem achter. Hij heeft echter geen enkele juridische band met de kinderen, wat problemen oplevert in het dagelijks leven. Chavdarov verzoekt het

30 EHRM 22 maart 2012, appl. no. 23338/09 (Kautzor/Duitsland).

31 EHRM 21 december 2010, appl. no. 3465/03 (Chavdarov/Bulgarije).

vaderschap van de echtgenoot van de moeder te vernietigen en hemzelf als juridisch vader aan te merken. Zijn verzoek wordt afgewezen.

Al deze vaders stappen vervolgens naar het Europees Hof om hun zaken voor te leggen. Ze betreffen allen vragen die direct raken aan het recht van het kind om de *ouders* te kennen en door hen te worden verzorgd. Welke rol speelt *family life* of *private life* bij het waarborgen van deze rechten wanneer de verzoeken hiertoe door de biologische vaders zijn ingediend en hoe verhouden deze twee concepten zich tot het belang van het kind? Eerst worden de afstammingsrechtelijke en omgangsrechtelijke vragen in de EHRM zaken besproken en vervolgens in het Nederlands recht.

4.2 EHRM: afstamming

Met betrekking tot het vernietigen van een door een andere man gevestigde afstammingsband en het vervolgens zelf vestigen van zo'n band door de biologische vader bevestigt het EHRM in *Kautzor* nogmaals dat degelijke procedures betrekking hebben op het privé-leven van de biologische vader. Voor het invoeren van de bescherming van artikel 8 EVRM in deze zaken is het dus niet nodig dat er (*intended*) *family life* bestaat. Staten zijn in beginsel vrij in de manier waarop ze invulling geven aan hun verplichtingen onder artikel 8 EVRM met betrekking tot de bescherming van relaties tussen personen.³² In de hierboven besproken zaken, waarin het gaat om een biologische vader die het vaderschap van een juridische en sociale vader aan wil tasten, is de beoordelingsvrijheid van de lidstaten groot bij gebrek aan consensus. Op basis van rechtsvergelijkend onderzoek binnen de 26 lidstaten concludeert het EHRM dat er weliswaar een meerderheid van vijftien staten is die een dergelijk verzoek van een biologische vader toelaat, ook wanneer de juridische vader het kind daadwerkelijk verzorgt, maar dat de overige lidstaten, deze mogelijkheid niet kennen.³³ In negen van de overige lidstaten is de biologische vader überhaupt niet ontvankelijk in een dergelijk verzoek. In de overige twee lidstaten, is de biologische vader alleen ontvankelijk wanneer het kind nog maar een beperkte tijd door de juridische vader is verzorgd. Het EHRM ziet weliswaar een tendens binnen de lidstaten om een biologische vader de mogelijkheid te geven om het door erkenning ontstane vaderschap van een niet-biologische vader aan te tasten, maar overweegt dat er nog geen vaste consensus is als gevolg waarvan de beoordelingsvrijheid van de lidstaten zou moeten worden ingeperkt. De taak van het EHRM in deze zaken is dan ook 'not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities, but rather to review, in the light of the Convention, the decisions taken by those authorities in the exercise of their power of appreciation'.³⁴ Daarbij is bijvoorbeeld van belang dat de rechten van de potentiële biologische vader om de afstamming van het kind juridische vast te leggen voldoende zijn gewaarborgd binnen de betreffende staten. In Duitsland heeft de biologische vader twee mogelijkheden, overweegt het EHRM: (1) als er nog geen juridische vader is kan hij zijn vaderschap laten vaststellen, (2) als er al wel een juridische vader

32 EHRM 22 maart 2012, appl. no. 23338/09 (*Kautzor*/Duitsland), par. 65.

33 Nederland wordt tot de landen gerekend die de biologische vader helemaal geen mogelijkheid bieden een door een derde gedane erkenning ongedaan te maken. Zoals later wordt besproken, is dit niet helemaal in overeenstemming met de werkelijkheid. (EHRM 22 maart 2012, appl. no. 45071/09 (*Ahrens*/Duitsland), par. 27-28).

34 EHRM 12 februari 2013, appl. no. 48494/06 (*Tóth*/Hongarije).

is, kan hij dit vaderschap aanvechten indien er tussen het kind en de juridische vader geen *social and family relationship* bestaat. Daarnaast benadrukt het EHRM in *Ahrens* de verreikende gevolgen voor het kind van de vernietiging van het juridische vaderschap van de man die daadwerkelijk voor de kinderen zorgt.

'Such proceedings must therefore be considered to have a fundamentally different and more far-reaching objective than the mere establishment of biological paternity for the purpose of having contact with the child concerned and information about the child's development, as was a stake in the *Anayo* case.'³⁵

In *Tóth* bevestigt het EHRM dat ook in zaken van afstamming 'consideration of what lies in the best interests of the child concerned is of paramount importance in every case of this kind; depending on their nature and seriousness, the child's best interests may override those of the parents'.³⁶ Het EHRM komt in deze zaak tot de conclusie dat de Hongaarse autoriteiten een grondige afweging van de verschillende belangen hebben gemaakt. Daarbij hebben de autoriteiten in het bijzonder waarde hebben toegekend aan het belang van het kind om op te groeien in haar huidige liefdevolle gezins- en familieomgeving, zonder aan de belangen van de biologische vader te kort te doen.

Kortom, zolang er geen consensus is in de lidstaten over dit onderwerp, blijft het aan de staten zelf om te bepalen of een verwekker een erkenning gedaan door een derde aan kan tasten, zonder dat dit op zichzelf een ongeoorloofde inbreuk inhoudt op artikel 8. Daarbij zullen de betreffende lidstaten wel goed moeten beargumenteren waarom deze inbreuk op het *private life* van de biologische vader noodzakelijk is. In de zaken hierboven werd die onderbouwing voornamelijk gevonden in de bescherming van het kind in het gezin waarin het opgroeit. Anders gezegd, de versterking van de rechtspositie van de biologische vader, vindt zijn begrenzing in de belangen van de betrokken kinderen.

In de eerder beschreven Nederlandse zaak ging het niet om erkenning door een derde, maar om vaderschap dat voor de derde door een huwelijk met de moeder op het moment van geboorte was ontstaan. Uit *Kautzor* blijkt al dat de beoordelingsvrijheid van staten ook in dit soort gevallen groot is, en het aan de nationale wetgever/rechter is hierin een lijn uit te zetten binnen de door artikel 8 gestelde kaders. Uit de zaak *Chavdarov*³⁷ valt af te leiden dat dit niet anders is indien de kinderen binnen het huwelijk van de moeder met een andere man dan de verwekker zijn geboren. Uit de door het EHRM in deze zaak uitgevoerde rechtsvergelijking onder 24 lidstaten, blijkt dat in acht van de lidstaten de biologische vader de mogelijkheid heeft om het juridische vaderschap van een huwelijksvader aan te tasten, terwijl hij in tien van de lidstaten deze mogelijkheid niet heeft. In vier van de overige lidstaten heeft de biologische vader deze mogelijkheid alleen als de juridische werkelijkheid en de sociale werkelijkheid niet met elkaar in overeenstemming zijn.³⁸ Het EHRM concludeert dat er geen schending is van 8 EVRM omdat *Chavdarov* nog op andere wijze een juridische band met de kinderen kan vestigen, bijvoorbeeld door adoptie of via voogdij.

35 EHRM 22 maart 2012, appl. no. 45071/09 (*Ahrens*/Duitsland), par. 67.

36 EHRM 12 februari 2013, appl. no. 48494/06 (*Tóth*/Hongarije), par. 32.

37 EHRM 21 december 2010, appl. no. 3465/03 (*Chavdarov*/Bulgarije).

38 In de twee overige lidstaten kan de biologische vader zich tot een instantie wenden die het huwelijksvaderschap eventueel zou kunnen aanvechten. E EHRM 21 december 2010, appl. no. 3465/03 (*Chavdarov*/Bulgarije), par. 24 en 47.

Er is in de hierboven besproken jurisprudentie onderscheid te maken tussen de situatie waarin het kind opgroeit in het gezin van de moeder en de niet-biologische juridische vader (*Kautzor* en *Schneider*) en de situatie waarin het kind opgroeit in het gezin van de moeder en biologische niet-juridische vader (*Chavdarov*). In de eerste soort zaken speelt bij de vraag naar het juridisch vaderschap een rol dat er *family life* is tussen het kind en de niet-biologische juridische vader, terwijl er geen of nauwelijks *family life* bestaat tussen het kind en de biologische vader die grotendeels buiten beeld is gebleven. Er is wel sprake een recht op *private life* in de zin dat het kind het recht heeft om te weten wie de biologische vader is. In de tweede soort situaties is er sprake van *family life* tussen het kind en de biologische niet-juridische vader en juist niet met de niet-biologische juridische vader. In de *Chavdarov*-zaak is deze juridische werkelijkheid op geen enkele manier in overeenstemming met de sociale werkelijkheid waarin het kind opgroeit. In het eerste soort zaken blijft het vaderschap van de niet-biologische vader in stand omdat stabiliteit in het gezin waarin het kind opgroeit in het belang is van het kind. Maar in de *Chavdarov*-zaak zijn er vanuit de rechten van het kind gezien geen steekhoudende argumenten aangevoerd waarom de biologische en sociale ouder het ouderschap van de niet-biologische juridische vader niet zou kunnen aantasten.

4.3 EHRM: omgang

In de zaken *Ahrens* en *Schneider* staat de mogelijkheid voor een biologische niet-juridische vader om omgang te hebben met zijn kind centraal. Zowel *Ahrens* als *Schneider* hadden volgens de Duitse rechter geen recht op omgang omdat ze niet de juridische vader waren van het kind of *family life* met het kind hadden opgebouwd door het een tijdje te hebben verzorgd. Het EHRM bevestigt dat het recht op omgang met een (vermoedelijk) biologisch kind valt onder het recht op *private life* dat wordt beschermd onder artikel 8 EVRM.³⁹ Het EHRM had al eerder aangenomen dat de beoordelingsvrijheid van staten op het gebied van omgang tussen een biologische vader en zijn kind heel erg klein is: 'decisions on the question of contact rights call for strict scrutiny as they entail the danger that the family relationship between a young child and a parent would be effectively curtailed (...)'.⁴⁰ Het EHRM gaat daarbij in *Schneider* verder in op het feit dat er in Duitsland nadere eisen worden gesteld aan de relatie tussen de biologische vader en het kind, wil hij ontvankelijk zijn in een verzoek om een omgangsregeling. Het EHRM stelt vast dat een dergelijke extra voorwaarde niet van deze tijd is:

'Having regard to the realities of family life in the 21st century, revealed, inter alia, in the context of its own comparative law research [...], the Court is not convinced that the best interests of children living with their legal father but having a different biological father can be truly determined by a general legal presumption. Consideration of what lies in the best interest of the child concerned is, however, of paramount importance in every case of this kind [...]. Having regard to the great variety of family situations possibly concerned, the Court therefore considers that a fair balancing of rights of all persons involved necessitates an examination of the particular circumstances of the case.'⁴¹

39 EHRM 21 december 2010, appl. no. 20578/07 (*Anayo/Duitsland*).

40 EHRM 22 maart 2012, appl. no. 23338/09 (*Kautzor/Duitsland*), par. 70.

41 EHRM 15 december 2011, appl. no. 17080/07 (*Schneider/Duitsland*), par 100.

Kort gezegd betekent het bovenstaande dat iedere biologische vader een verzoek om omgang kan indienen, ook als er geen sprake is van *family life* tussen kind en biologische vader en dat vervolgens bij de beoordeling van het verzoek het belang van het kind leidend moet zijn.

5 Het Nederlandse recht

Hoe geeft het Nederlandse recht invulling aan de rechten en belangen van kinderen met betrekking tot het biologische, sociale en juridische ouderschap waar deze niet alle drie in dezelfde persoon samenvallen? Uit het IVRK en de EHRM rechtspraak bleek dat het bieden van de mogelijkheid van contact met de biologische vader een soort van minimumstandaard vormt, waarop alleen in het belang van het kind uitzondering mogelijk is. Bij de vraag of de biologische vader ook altijd de juridische vader moet zijn, spelen de feitelijke omstandigheden waarin het kind opgroeit een grote rol. Wanneer de juridische ouder het kind verzorgt met de andere ouder, kan dit ouderschap in beginsel in het belang van het kind in stand blijven ten koste van het vaststellen van het juridisch ouderschap van de biologische ouder.

5.1 Het Nederlands recht: afstamming (weten en erkennen)

Zoals uit de casus in het begin blijkt, is vaderschap ontstaan binnen een huwelijk met de moeder niet aan te tasten door de verwekker van het kind.⁴² Het *family life* in het gezin waarin het kind wordt verzorgd en opgroeit, gaat boven het recht van de biologische vader om een juridische band op te bouwen met zijn kind. Wanneer het kind echter door een derde is erkend met toestemming van de moeder, heeft de verwekker nog een kleine mogelijkheid deze erkenning ongedaan te laten maken en zelf toestemming tot erkenning te verkrijgen van de rechter. Deze mogelijkheid is gebaseerd op het leerstuk van misbruik van bevoegdheid bij het al dan niet verlenen van toestemming tot erkenning, zoals uitgewerkt in jurisprudentie van de Hoge Raad.⁴³ De Hoge Raad maakt daarbij onderscheid tussen twee situaties. Situatie 1: de verwekker heeft de kans gehad om te erkennen maar heeft dit nagelaten. In dat geval kan de toestemming van de moeder aan een derde alleen nietig zijn als die toestemming slechts is gegeven met het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden. Situatie 2: de verwekker heeft redelijkerwijs niet kunnen erkennen, bijvoorbeeld omdat het kind prenataal door een derde is erkend. In dat geval maakt de rechter de door de Hoge Raad beschreven belangenafweging: 'heeft de moeder in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen de belangen van de verwekker bij de erkenning en de daar tegenoverstaande belangen van de moeder – telkens in verband met de belangen van het kind – redelijkerwijs tot het verlenen van toestemming aan de andere man kunnen komen'. Is het antwoord ja, dan blijft de erkenning door de ander in stand. Is het antwoord nee, dan heeft de moeder misbruik gemaakt van haar bevoegdheid en is de weg vrij om de verwekker vervangende toestemming te verlenen. Deze mogelijkheid voor de verwekker

42 Dit recht is voorbehouden aan de juridische ouders en het kind: art. 1:200 lid 1 BW.

43 HR 12 november 2004, NJ 2005, 565, ook relevant is hier HR 31 mei 2002, NJ 2002, 470.

om een door een derde gedane erkenning teniet te doen en vervolgens alsnog zelf te erkennen, biedt slechts soelaas voor een zeer beperkte groep biologische vaders.⁴⁴

Dit betekent dat wanneer, zoals in *Ahrens*, het kind al voor of snel na de geboorte een andere juridische vader krijgt dan de verwekker, het in Nederland uitmaakt of dit vaderschap door erkenning of door huwelijk is ontstaan. Bij erkenning door een derde kan de verwekker een belangenafweging bij de rechter *afdwingen* op grond van het feit dat de moeder misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid, maar wanneer moeder vlak voor de geboorte met de derde trouwt, heeft de verwekker deze mogelijkheid niet. In die belangenafweging speelt het belang van het kind een grote rol, het is daarom de vraag of hier geen sprake is van ongelijke behandeling van kinderen binnen huwelijk of buiten huwelijk geboren, met name wanneer de bedoeling van de moeder ten opzichte van de verwekker en het kind niet zuiver zijn.

Waar de rechten van biologische vaders om het juridische vaderschap van een niet-biologische vader aan te tasten minimaal zijn, heeft het kind wanneer het eenmaal volwassen is, zonder meer de mogelijkheid om het juridisch ouderschap van een niet-biologische vader aan te tasten (binnen de door de wet gesteld termijnen). Vervolgens kan het kind een familierechtelijke betrekking met de biologische vader tot stand te brengen, hetzij door toestemming te geven tot zijn erkenning, hetzij door het vaderschap van de verwekker door de rechter te laten vaststellen.⁴⁵ Voorwaarde is wel dat het kind op de hoogte is van zijn ontstaansgeschiedenis. In die zin is *weten* wie je ouders zijn een voorwaarde voor het kunnen vestigen van een juridische of feitelijke relatie met ouders.

Als het kind minderjarig is, kan het vaderschap van de niet-biologische vader ook worden aangetast uit naam van het kind door een bijzonder curator.⁴⁶ Dit kan wanneer het kind dit zelf wil en in staat is zijn eigen belangen in te schatten, maar ook, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, wanneer het kind te klein is om zich hier zelf een mening over te hebben gevormd. Dit laatste kan echter niet zondermeer en is aan voorwaarden gebonden waarbij het belang van het kind centraal staat. Allereerst rijst de vraag wie om benoeming van een bijzonder curator mag verzoeken (mag de biologische vader dit bijvoorbeeld doen?) en ten tweede wanneer een bijzonder curator ook daadwerkelijk een verzoek tot ontkenning vaderschap in zal dienen. In beginsel is het verzoeken om de benoeming van een bijzonder curator teneinde het vaderschap van de niet-biologische vader te ontkennen, voorbehouden aan het minderjarige kind zelf en aan de wettelijke vertegenwoordigers van het kind. De verwekker kan dus niet door benoeming van een bijzonder curator te verzoeken, inbreken in het bestaande gezinsleven tussen kind en juridisch vader. Er zijn echter op grond van artikel 8 EVRM wel uitzonderingen op deze regel mogelijk.⁴⁷ In een zaak voor het Hof Den Bosch verzocht de verwekker om benoeming van een bijzonder curator ten einde uit naam van het kind vernietiging van de erkenning door een derde te bewerkstelligen. In dit geval waren zowel moeder als erkenner niet langer bij het kind betrokken, de erkenner had aangegeven dat de erkenning voor hem weinig betekende. Het Hof nam aan de er tussen verwekker en kind *family life* bestond op grond van feitelijke contacten

44 Zie Hof Leeuwarden 12 februari 2013, *LJN* BZ1892 voor een recente zaak waarin de twee situaties en maatstaven die de Hoge Raad in de eerder genoemde uitspraak heeft uitgewerkt, tegen de betreffende zaak worden gehouden. De erkenning door de derde blijft in stand.

45 Respectievelijk art. 1:204 lid 1 onder c en d, en 1:207 onder a en b BW.

46 Art. 1:212 BW.

47 Hof Den Bosch 20 oktober 2009, *LJN* BK0879.

en ander omstandigheden waardoor de verwekker ondanks het feit dat hij niet de wettelijke vertegenwoordiger is van het kind toch ontvankelijk was in zijn verzoek om benoeming van een bijzonder curator. 'De man deze rechtsingang ontzeggen zou hem te zeer belemmeren in zijn mogelijkheden daadwerkelijk invulling te geven aan zijn "family life" en zijn daaruit voortvloeiende verantwoordelijkheden jegens (A.).'

Bij de beslissing al dan niet een bijzonder curator te benoemen, spelen de belangen van het kind een grote rol. Wanneer bijvoorbeeld blijkt dat het kind zich verzet tegen een mogelijke procedure tot ontkenning van het vaderschap, kan dit ertoe leiden dat het verzoek wordt afgewezen. Zo wees de Rechtbank Roermond een dergelijk verzoek af omdat het 13-jarige meisje waar het om ging, haar juridische vader die negen jaar voor haar had gezorgd als haar vader zag, van wie ze hield. Zij wil de band met haar juridische vader behouden. Door geen bijzonder curator te benoemen, laat de rechtbank het aan het kind om later, mocht ze dat willen, zelf alsnog om ontkenning vaderschap te verzoeken.

De bijzonder curator heeft een eigen taak bij het beoordelen van het belang van het kind bij het al dan niet indienen van een verzoek tot ontkenning vaderschap, waarbij het feit dat het kind op latere leeftijd zelf het vaderschap kan ontkennen een rol speelt. Ook de rechter zal bij een verzoek gedaan middels een bijzonder curator toetsen aan het belang van het kind; het feit dat vaststaat dat de juridische vader niet de biologische vader is, is daarbij op zichzelf niet voldoende.⁴⁸ Wat bij deze beoordeling een rol kan spelen is het onderscheid dat eerder is gemaakt tussen de situatie waarin het kind opgroeit bij de biologische vader terwijl een ander de juridische vader is, en de situatie dat het kind opgroeit bij de juridische vader die niet tevens de biologische vader is. De Hoge Raad gaf in 2003 aan dat wanneer moeder en biologische vader het kind samen verzorgen terwijl een ander de juridische vader is, het mogelijk moet zijn dat, ook wanneer het kind nog zeer jong is en zichzelf hierover nog geen oordeel heeft gevormd, het vaderschap van de niet-biologische vader uit naam van het kind door de bijzonder curator wordt ontkend 'opdat de juridische status van het kind niet langer zal afwijken van zijn fysieke, sociale (emotioneel-psychologische) en maatschappelijke werkelijkheid.' Daarbij speelde een belangrijke rol dat alle drie de volwassenen het met de ontkenning eens waren en ook de bijzonder curator ontkenning in het belang van het kind achtte.

Kortom, wanneer tijdens de minderjarigheid van het kind via een bijzonder curator, of ingeval van erkenning door de verwekker van het kind, om aantasting van het vaderschap wordt verzocht, vindt er altijd een belangenafweging plaats waarin het belang van het kind een zeer belangrijke rol speelt. Bij deze belangenafweging is veel aandacht voor de rol die de juridische vader in het leven van het kind speelt. Wanneer het volwassen kind zelf om aantasting van het vaderschap verzoekt, gaat het alleen om de vraag of de man in kwestie inderdaad niet de biologische vader is van het kind. Wanneer het EHRM in de toekomst mogelijk tot de conclusie komt dat er wel voldoende consensus is om de beoordelingsvrijheid van de lidstaten in te perken wat betreft het ontkennen van juridisch vaderschap door de biologische vader, zal naar verwachting ook dan het belang van het kind de doorslag geven. Er zullen hooguit meer zaken aan de Nederlandse rechter worden voorgelegd.

48 HR 31 oktober 2003, NJ 2004, 315, Hof Arnhem 22 mei 2012, LJN BW7418.

5.2 Nederlands recht: biologische vader, kind en omgang (weten en kennen)

Kijken we naar het Nederlandse recht met betrekking tot omgang, dan blijkt dat artikel 1:377a BW stelt dat *het kind* recht heeft op omgang met derden die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan. Het gaat hier om een recht van het kind, en niet zozeer van de derde met *family life*. Onder die derden wordt ook gerekend de biologische vader van het kind, mits hij *family life* heeft met het kind. Recent lijkt in Nederland in dit soort zaken een terughoudender interpretatie van het begrip *family life* zijn intrede te doen, zoals ook bepleit door AG Huydecoper in een recente omgangszaak met een spermadonor. Daarbij staan met name de ingrijpende gevolgen voor het 'op al te lichte gronden' aannemen van *family life* centraal.⁴⁹ Geheel tegenovergesteld hieraan kan uit *Schneider* worden afgeleid dat het hebben van *family life* als voorwaarde voor ontvankelijkheid voor een verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling als *legal presumption* als gevolg heeft dat niet in alle gevallen wordt gekeken of omgang met een biologische vader in het belang van het kind is.⁵⁰ In de zaak die in het begin is beschreven heeft de biologische vader geen beroep gedaan op *private life* en wordt hij niet ontvankelijk verklaard in zijn verzoek om omgang omdat er geen *family life* tussen hem en het kind bestaat. Dit wringt met de visie van het EHRM in *Schneider*. Het is niet de inhoud van de relatie tussen biologische vader en kind die de doorslag moet geven, maar het belang van het kind zelf. Dat belang van het kind kan volgens het EHRM zo ver reiken dat in geval biologisch vaderschap niet eenduidig is vastgesteld, dit wel zou moeten kunnen gebeuren:

'It follows that Article 8 of the Convention can be interpreted as imposing on the Member States an obligation to examine whether it is in the child's best interests to allow the biological father to establish a relationship with his child, in particular by granting contact rights. This may imply the establishment, in access proceedings, of biological – as opposed to legal – paternity if, in the special circumstances of the case, contact between the alleged biological father – presuming that he was in fact the child's biological parent – and the child were considered to be in the child's best interests.'⁵¹

Het kan dus zo zijn dat de belangen van het kind rechtvaardigen dat er onderzoek wordt gedaan naar het biologisch vaderschap van de verzoeker wanneer hier onduidelijkheid over is. Het EHRM vervolgt echter meteen met de observatie dat geen enkele van de 26 onderzochte lidstaten 'provides a procedure to establish biological paternity without formally challenging the recognised father's paternity and without changing the child's legal status'. Het feit dat een dergelijke procedure in geen van de lidstaten bestaat, betekent ook in dit geval volgens het EHRM dat een dergelijke mogelijkheid binnen de beoordelingsvrijheid van de staten zelf valt. Dit raakt echter wel de kern van de problemen rond de driehoek afstammingskennis, juridisch vaderschap en omgang en de soms conflicterende belangen van biologische vader en kind. Zolang de mogelijkheid voor vader en kind om te laten vaststellen dat er een biologische verwantschap tussen hen bestaat niet los gezien kan worden van de juridische consequenties met betrekking tot ouderschap, blijven kinderen in sommige gevallen onnodig verstoken van afstammingskennis

49 HR 2 november 2012, NJ 2013, 122 (zie hierover ook de bijbehorende noot van Wortmann).

50 Zie over *Schneider* ook de noot van J. Gerards: EHRM 15 december 2011, appl. no. 17080/07 (*Schneider*/Duitsland), EHRC 2011,148 en het redactioneel van M. Bruning, 'Recht op omgang bij private life', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2013, 1.

51 EHRM 22 maart 2012, appl. no. 23338/09 (*Kautzor*/Duitsland), par. 76.

en andere kinderen onnodig verstoken van juridische ouders. In dit kader zou het in het belang van het kind zijn om mogelijkheden te creëren om het *weten, kennen en erkennen los* van elkaar te waarborgen, met de belangen van het kind op de voorgrond. Zodat recht wordt gedaan aan het uitgangspunt dat *het kind, voor de volledige en harmonische ontplooiing van zijn (of haar) persoonlijkheid, dient op te groeien in een gezinsomgeving, in een sfeer van geluk, liefde en begrip* zonder dat daarbij aan de ontstaansgeschiedenis van het kind onrecht wordt aangedaan.

6 Conclusie

In het begin van dit artikel is de vraag gesteld of de rechten en belangen van het betreffende kind in de uitspraak van de Hoge Raad, die daar kort is besproken, voldoende zijn gewaarborgd. Zoals uit analyse van zowel artikel 7 IVRK als artikel 8 EVRM is gebleken, is het waar het gaat om de bescherming van de gezinsomgeving waarin het kind opgroeit niet in strijd met de rechten van het kind wanneer bij een discrepantie tussen de biologische en de sociale realiteit, de sociale realiteit de doorslag geeft. Daarbij heeft het kind ingevolge artikel 7 IVRK (en 8 EVRM) voor zover mogelijk, wel het recht te weten wie de biologische ouders zijn, en ingevolge artikel 8 EVRM ook recht om omgang met deze biologische ouder(s) zonder dat daarvoor *family life* noodzakelijk is. Gesteld kan worden dat het Nederlandse recht op het gebied van afstamming in onze casus niet strijdig is met artikel 7 IVRK en artikel 8 EVRM zolang het kind later zelf de mogelijkheid heeft de juridisch en biologische realiteit met elkaar in overeenstemming te brengen. Voor het grootste deel van de kinderen in dergelijke omstandigheden bestaat die mogelijkheid, behalve voor de kinderen die uit donorzaad of een donoreicel zijn ontstaan. Die kinderen hebben wel het recht om de identiteit van deze *ouders* te achterhalen, maar niet om hun ouderschap gerechtelijk te laten vaststellen.⁵²

Kijken we echter naar het recht op omgang, dan is aanpassing van het Nederlandse recht noodzakelijk om in overeenstemming te zijn met de jurisprudentie van het EHRM op dit terrein. Volgens het huidige recht moeten de biologische vader en het kind *family life* hebben willen ze ontvankelijk zijn in hun verzoek. Echter, volgens het EHRM is het hebben van de biologische band tussen vader en kind voldoende om onder de bescherming van *private life* van artikel 8 EVRM te vallen en zou dit feit op zich moeten leiden tot ontvankelijkheid bij zo'n verzoek. Vervolgens toets de rechter of omgang tussen biologische vader en kind in het belang van het kind is. Daarnaast is het zaak om serieus werk te maken van de suggestie van het EHRM in *Schneider* en een aparte procedure te ontwerpen waarmee kinderen biologisch/genetisch ouderschap kunnen laten vaststellen, zonder dat dit op zichzelf consequenties heeft voor het juridisch ouderschap.

Er rust op de juridische ouders van het kind een grote verantwoordelijkheid om het kind te informeren over zijn ontstaansgeschiedenis en daarbij ook het kind de gelegenheid te geven de biologische ouder te leren kennen. Op welke wijze dat kan gebeuren, zal afhangen van de situatie en de belangen en wensen van het kind. Pas wanneer het kind weet dat een andere

52 Art. 1:207 lid 1 BW: alleen het ouderschap van een verwekker of een instemmende levensgezel kan gerechtelijk worden vastgesteld. Het ouderschap van een zaad- of eiceldonor valt hier niet onder. Het idee achter deze regeling is dat er een tekort aan donoren zou ontstaan als ze vervolgens jaren later toch tegen hun wil juridisch ouder van het uit hun genetisch materiaal ontstane kind zouden worden.

ouder heeft bijgedragen aan zijn ontstaan, kan het beslissen wat het met die informatie doet. Als het kind klein is zullen verzoeken om omgang met het kind over het algemeen afkomstig zijn van de biologische ouder. Een dergelijk verzoek maakt een inbreuk op de rust binnen het gezin waarin het kind opgroeit, maar is ook een consequentie van de realiteit dat het kind door een ander dan de juridische vader is verwekt. Als de juridische ouders en de biologische ouder met elkaar vorm kunnen geven aan de relatie tussen kind en zijn biologische vader, is er voor het kind veel gewonnen.