

1 In deze prejudiciële beslissing beantwoordt de Hoge Raad vragen van de rechtbank in het nadeel van kinderen geboren uit een huwelijk waarin de man op het moment van de geboorte gehuwd was met zowel de moeder van het kind als een andere vrouw. De prejudiciële beslissing is geen eindoordeel, dus de rechtbank Den Haag zal nog een beschikking moeten geven waarop vervolgens weer beroep in cassatie kan worden ingesteld. Toch zal dit oordeel de rechtspraak ten aanzien van dit soort zaken in de toekomst bepalen.

2 De feiten in de procedure liggen als volgt. De man werd in 1963 geboren en woonde sinds 1972 in Nederland. Bij Koninklijk Besluit van 4 februari 1994 is de man genaturaliseerd tot Nederlander, met behoud van zijn Marokkaanse nationaliteit. De man was in 1996 naar Marokkaans recht gehuwd met zijn eerste vrouw. Zij had de Marokkaanse nationaliteit. Dit huwelijk werd in 2003 ontbonden. De man huwde in 2001 zijn tweede vrouw. Ook zij had de Marokkaanse nationaliteit. Dat huwelijk duurt nog altijd voort. De man bleef in Nederland wonen, zijn echtgenoten verbleven in Marokko. Uit het laatste huwelijk, met de tweede vrouw, werd in 2002 een dochter geboren. Uit datzelfde huwelijk werd in 2007 een tweede dochter geboren. De tweede dochter kreeg een Nederlands paspoort via de Nederlandse ambassade in Rabat, de paspoortaanvraag van de eerste dochter werd in 2014 buiten behandeling gesteld. De man startte in 2015 een procedure tot vaststelling van het Nederlanderschap op grond van artikel 17 van de Rijkswet op het Nederlanderschap.

3 De vraag of het oorspronkelijk bigame huwelijk in de weg stond aan de erkenning van de afstamming tussen vader en eerste dochter naar Nederlands recht, heeft de rechtbank in deze procedure voorgelegd aan de Hoge Raad. De antwoorden van de Hoge Raad stellen teleur, met name omdat er geen aandacht is besteed aan artikel 8 EVRM, het belangrijke arrest *Genovese v. Malta* (EHRM 11 oktober 2011, JV 2012/107, ve12000225) en artikel 3:58 en 3:59 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Artikel 8 EVRM en het arrest worden zelfs geen enkele keer genoemd: niet in de prejudiciële vragen van de rechtbank, noch door de Advocaat-Generaal, noch door de Hoge Raad zelf. Hoewel de advocaat van de man mede een beroep heeft gedaan op dit artikel, werd in de prejudiciële vragen van de rechtbank slechts verwezen naar artikel 3 van het Verdrag inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, Trb. 1990, 170 (IVRK).

4 De Hoge Raad gaat allereerst in op de erkenning van buitenlandse akten op grond van artikel 10:101 lid 1 in verbinding met artikel 10:100 lid 1 BW. In die bepalingen staat dat erkenning van buitenlandse akten achterwege blijft als sprake is van kennelijke strijd met de openbare orde. De Hoge Raad begint veelbelovend: om de strijdigheid met de openbare orde te kunnen bepalen is geen ruimte voor een conflictrechtelijke voorvraag naar de geldigheid van het huwelijk op grond van artikel 10:4 en 10:33 BW. De Hoge Raad stelt dan ook vast dat artikelen 10:101 en 10:100 BW geen ruimte laten voor een toets of het huwelijk kan worden erkend op grond van artikel 10:32 en 10:33 BW.

5 Met andere woorden: een bigaam huwelijk is geen reden om op grond van de openbare orde-exceptie een geboorte- of erkenningsakte niet te erkennen in de Nederlandse rechtsorde. Hoewel vaststaat dat een bigaam huwelijk in Nederland niet wordt erkend, maakt dat huwelijk de afstammingsrelatie niet tegelijkertijd strijdig met de openbare orde. Dit standpunt is al eerder in de literatuur betoogd, en vindt nu navolging bij de Hoge Raad (Zie bijvoorbeeld S. Rutten, "Vaderschap van uit een huwelijk in het buitenland geboren kinderen", FJR 2012/105, de noot van I. Curry-Summer bij Rechtbank Midden-Nederland, 30 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6374, JPF 2016/4 alsmede de noot van V. Kidjan & T. Van Houwelingen bij ABRvS 1 juni 2016, nr. 201505503/1/A3, JV 2016/199)

Hoge Raad, 19 mei 2017, 16/05572, JV 2017/162, ve17001024.

6 Vervolgens komt de Hoge Raad met een soort analoge uitleg van het begrip openbare orde van artikel 10:100 lid 1 sub c BW. Het ligt, aldus de Hoge Raad, in de rede om het openbare orde begrip uit te leggen aan de hand van andere bepalingen van boek 10 BW. Derhalve moet, wanneer er sprake is van een bigaam huwelijk, ook erkenning van de akte waarmee een familierechtelijke betrekking ontstaat achterwege blijven, omdat ook artikel 10:32 BW een openbare orde begrip kent. Daarmee brengt de Hoge Raad de voorvraag naar het huwelijk via de achterdeur alsnog onder bij de vraag of de geboorteakte kan worden erkend. De facto komt deze redenering neer op een voorvraag, en dus een conflictrechtelijke toets, naar de strijdigheid met de openbare orde van het huwelijk. Dat is nu juist wat de wetgever probeert te voorkomen door te stellen dat een conflictrechtelijke toets achterwege blijft. De wetgever heeft het zelfs over een “toetsverbod” en geeft dus expliciet aan dat een conflictrechtelijke voorvraag zoals nu feitelijk in het spel gebracht, verboden is (Kamerstukken II, 2009-2010, 32137, nr. 3, p. 59-60). Artikel 3 van het Verdrag inzake de rechten van het kind maakt het antwoord volgens de Hoge Raad niet anders.

7 Een ander gegeven in deze zaak was dat het huwelijk dat ten grondslag lag aan de afstamming naar Marokkaans recht vanaf 2003 niet meer bigaam was, en daarom niet meer in strijd met de openbare orde. De Hoge Raad erkent dat artikel 10:32 BW sinds 2003 niet meer in de weg staat aan erkenning van het huwelijk dus ook niet aan de afstamming. De vraag of daaraan ook nationaliteitsrechtelijke betekenis toekomt moet volgens de Hoge Raad worden beantwoord aan de hand van de inhoud en strekking van de Rijkswet op het Nederlanderschap 2003 (RWN). Gelezen in de context van het Nederlandse afstammingsrecht overweegt de Hoge Raad dat artikel 3 lid 1 RWN veronderstelt dat naar het Nederlanderschap van een kind moet worden gekeken ten tijde van de geboorte. De familierechtelijke betrekking moet dus op dat moment bestaan. Het Nederlanderschap kan niet met terugwerkende kracht worden verkregen, zoals blijkt uit artikel 2 lid 1 RWN. Nu het huwelijk pas sinds 2003 kon worden erkend, was de eerste dochter geen Nederlander ten tijde van haar geboorte en had zij dit ook niet op een later moment gekregen. De vader is nu wel sinds 2003 juridisch vader van het kind, maar dat heeft geen nationaliteitsgevolg.

8 Zoals eerder aangegeven stellen de antwoorden teleur omdat dit voor de Hoge Raad een uitgelezen mogelijkheid was om zich uitgebreider uit te laten over het arrest *Genovese v. Malta*. In die zaak draaide het immers ook om een verschil in onderscheid tussen kinderen die binnen een huwelijk en kinderen die buiten een huwelijk zijn geboren. Het Hof oordeelde in dat arrest dat het niet toekennen van de Maltese nationaliteit louter gebaseerd op de wettigheid van buiten het huwelijk geboren kinderen in strijd was met artikel 14 in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM.

9 De Maltese nationaliteitswetgeving in die zaak maakte een onderscheid tussen kinderen die binnen en kinderen die buiten het huwelijk geboren waren. Daarvoor bestond geen objectieve rechtvaardiging. Het Hof overwoog in r.o. 33 en 34: (...) the denial of citizenship may raise an issue under Article 8 because of its impact on the private life of an individual, which concept is wide enough to embrace aspects of a person's social identity. Maltese legislation expressly granted the right to citizenship by descent and established a procedure to that end. Consequently, the State, which has gone beyond its obligations under Article 8 in creating such a right – a possibility open to it under Article 53 of the Convention – must ensure that the right is secured without discrimination within the meaning of Article 14 (see, *E.B. v. France*, cited above, § 49).

10 Verder overwoog het Hof dat de ontzegging van de nationaliteit tot gevolg kon hebben dat het recht op privéleven van een individu werd geschonden. Het Hof noemde in r.o. 45 expliciet het onderscheid op grond van (de afwezigheid van) het huwelijk, waaruit het kind was geboren: The argument put forward by the

Hoge Raad, 19 mei 2017, 16/05572, JV 2017/162, ve17001024.

Government to justify this distinction was the fact that children born in wedlock had a link with their parents resulting from their parent's marriage, a link which did not exist in case of children born out of wedlock. (...) The status of an illegitimate child derives from the fact that his or her parents were not married at the time of their child's birth. It is therefore a distinction based on such a status which the Convention prohibits, unless it is otherwise objectively justified.

11 Ook in casu was een willekeurig onderscheid gemaakt tussen kinderen, door omstandigheden waarop zij geen invloed hadden ten tijde van hun geboorte. In deze zaak was de tweede dochter wel als Nederlander geboren maar de eerste niet. Bovendien was hier, anders dan in de zaak van *Genovese v. Malta*, sprake van een oudste dochter wier afstamming met de vader sinds 2003 niet meer wordt betwist. Met een dergelijk willekeurig onderscheid wordt het gelijkheidsbeginsel geweld aangedaan.¹ De Hoge Raad had op z'n minst moeten kijken naar het gelijkheidsbeginsel en moeten motiveren waarom in dit geval een strikte toepassing van artikelen 3 lid 1 en 2 lid 1 RWN al dan niet gerechtvaardigd zou zijn (zie verder G.R. de Groot en O. Vonk, "Genovese tegen Malta: niet discrimineren bij toekenning nationaliteit", A&MR 2012/3, ve12001041). Het had in dit verband in de rede gelegen dat de Hoge Raad een overweging had gewijd aan een objectieve rechtvaardiging voor dit onderscheid. De enkele omstandigheid dat een in beginsel bigaam huwelijk strijdig is met de openbare orde is daarvoor niet voldoende, vooral niet als hier in een later stadium geen sprake meer van is.

12 Aan het belang van het kind toetst de Hoge Raad bovendien nauwelijks; met enkele korte overwegingen ten aanzien van artikel 3 IVRK wijst de Hoge Raad de daarop gestoelde argumenten bijna achteloos van de hand. Artikel 2 lid 1 van het IVRK bepaalt echter expliciet dat discriminatie op grond van geboorte niet geoorloofd is. In casu wordt de dochter die de pech had dat zij nog net tijdens een bigaam huwelijk werd geboren ongerechtvaardigd anders behandeld dan haar jongere zusje terwijl zij vanaf de geboorte van het jongere zusje beiden de "wettige" kinderen waren van de vader.

13 Onbegrijpelijk. Vooral nu de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State -weliswaar in enkele geheel andere casussen- bij beslissing van 19 april 2017, het Hof van Justitie van de Europese Unie prejudiciële vragen heeft gesteld (ABRvS 19 april 2017, 201504577/1/A3, JV 2017/124, ve17000773) met expliciete verwijzingen naar *Genovese v. Malta* (zie r.o. 17.2) en het belang van de minderjarige kinderen (zie r.o. 17.3).

14 Dit laatste belang vormt voor de Afdeling een essentiële overweging bij de beoordeling van de bepalingen in de RWN. Hoewel het in die zaak om andere bepalingen van de RWN gaat, kan op dezelfde manier de vraag worden gesteld of artikel 3 lid 1 RWN en artikel 2 RWN voldoende rekening houden met de belangen van het kind.

15 De Hoge Raad had kritischer naar de bepalingen van de RWN moeten kijken. Afgezien daarvan, negeert de Hoge Raad een oplossing die via het afstammingsrecht kan worden gevonden.

16 Sinds artikel 1:204 lid 1 sub e BW (oud) op 1 april 2014 is vervallen, is het al mogelijk dat een gehuwde man een kind erkent dat uit een andere vrouw dan zijn echtgenote is geboren. Via een erkenningshandeling kan dus een afstammingsrelatie worden vastgesteld tussen een met andere vrouw dan de moeder van het kind getrouwde man en een kind. Niet valt in te zien waarom een van rechtswege ontstane familierelatie wél in strijd met de openbare orde zou worden geacht en een door erkenning ontstane vergelijkbare -want tevens overspelige- familierelatie niet.

17 De Hoge Raad heeft niet onderzocht of de geboorteakte kan worden geheeld of bekrachtigd op grond van artikel 3:59 jo 3:58 BW. Deze bepalingen, afkomstig uit het vermogensrecht, bepalen dat een gebrekkige rechtshandeling “bekrachtigd” kan worden indien geen van de betrokken partijen zich op de nietigheid heeft beroepen en de rechtshandeling gedurende de “gebrekigheid” als geldig hebben aangemerkt.² Op grond van schakelbepaling 3:59 BW is dit artikel ook van toepassing op gebieden buiten het vermogensrecht, zolang de aard van de rechtshandeling of rechtsbetrekking zich daar niet tegen verzet.

18 Hoewel deze artikelen geen rol speelden in de procedure en voor zover wij kunnen beoordelen niet zijn aangevoerd in de procedure, hadden deze artikelen de zaak in een ander daglicht kunnen stellen. Temeer daar de Hoge Raad eerder bepaalde dat een gebrekkige erkenningsakte (en daardoor de afstamming) achteraf kon worden bekrachtigd (HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:179, r.o. 3.4), mits het belang van het kind zich daar niet tegen zou verzetten.

19 Hoewel de geboorteakte zelf geen rechtshandeling is, kan de geboorteangifte die daaraan ten grondslag lag wel degelijk worden aangemerkt als een rechtshandeling. Immers, de vader heeft zich met het doel een afstammingsrelatie teweeg te brengen tussen zichzelf en zijn kinderen gemeld bij de burgerlijke stand zodat een geboorteakte kon worden opgemaakt. Door de bigamie is die geboorteangifte dus, als we de Hoge Raad in deze antwoorden mogen volgen, nietig. Niettemin is er wel grond om aan te nemen dat die rechtshandeling inmiddels bekrachtigd is. De betrokken partijen hebben zich tussen de geboorte van de dochter en de ontbinding van het eerste huwelijk immers niet op de nietigheid van de rechtshandeling beroepen en hun onderlinge rechtsbetrekking of aard van de rechtshandeling verzetten zich daar evenmin tegen.

20 Die bekrachtiging werkt terug tot het moment van de geboorteangifte. Die redenering volgend had de afstamming dus vanaf de geboorte moeten worden vastgesteld en niet vanaf de datum dat de bigame situatie werd beëindigd. Nu de Hoge Raad heeft bevestigd dat de voor- en hoofdvraag van elkaar zijn losgekoppeld is hiervoor ook geen reden. Zo wordt ook meteen voldaan aan het door artikel 2 lid 1 RWN genoemde uitgangspunt dat de verkrijging van het Nederlanderschap geen terugwerkende kan hebben. Omdat de rechtshandeling al ab initio als bekrachtigd moet worden geacht, is het Nederlanderschap bij geboorte verkregen en is er dus geen sprake van strijd met het in artikel 2 lid 1 genoemde Nederlandse uitgangspunt.

21 Kortom, de Hoge Raad had langs de weg van de RWN of langs het civiele recht de toekomst van een grote groep kinderen anders kunnen neerzetten. Een gemiste kans.

V. Kidjan & T. van Houwelingen, Everaert advocaten Amsterdam