



De ongelijke rechtspositie van kinderen

Een onderzoek naar de vaststelling van het Nederlanderschap van kinderen die zijn geboren uit polygame huwelijken.

Dounia Latrache
Master Staats- en Bestuursrecht
Universiteit van Amsterdam

Mw. mr. dr. T. de Lange
Mw. mr. M.I. Peereboom-van Drunick

7 januari 2019

Abstract

In dit onderzoek wordt de rechtspositie van kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk vergeleken met de rechtspositie van kinderen die zijn geboren uit een buitenechtelijke relatie van een gehuwde man. Voor deze vergelijking is eerst onderzocht wat de visie van de wetgever is op de rechtspositie van kinderen die uit deze twee ‘gezinsvormen’ zijn geboren. Daarna is onderzocht hoe de rechter deze visie van de wetgever heeft uitgewerkt in de rechtspraak. Na de vergelijking wordt in dit onderzoek antwoord gegeven op de vraag of het onderscheid dat wordt gemaakt tussen kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk en kinderen die zijn geboren uit een buitenechtelijke relatie van een gehuwde man objectief kan worden gerechtvaardigd in het licht van het discriminatieverbod uit artikel 14 EVRM. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Een reden hiervoor is dat voor de handhaving van het polygamieverbod het niet noodzakelijk is erkenning te onthouden aan de familierechtelijke betrekking tussen kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk en hun vader. Nog een reden voor dit antwoord is dat rechters geen belangenafweging lijken te maken tussen de openbare orde en de belangen van het kind, terwijl artikel 8 EVRM een dergelijke belangenafweging wel vereist.

Inhoudsopgave

Inleiding	5
1.1 Inleiding	5
1.2 Probleemstelling	6
1.3 Kernprocedure voor de verkrijging van het Nederlanderschap	8
1.4 Het toetsingskader van artikel 14 EVRM	9
1.5 Methodologische verantwoording	11
Hoofdstuk 2: De consequenties van het polygamieverbod voor kinderen	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Het polygamieverbod	13
2.2.1 Het civielrechtelijk polygamieverbod	13
2.2.2 Het strafrechtelijk polygamieverbod	13
2.3 Reikwijdte van het polygamieverbod	14
2.3.1 De openbare orde	14
2.3.2 Het sluiten van polygame huwelijken in Nederland	14
2.3.3 De erkenning van buitenlandse polygame huwelijken	15
2.3.4 De erkenning van buitenlandse geboorteaktes	17
2.3.5 De Rijkswet op het Nederlanderschap	18
2.4 Tussenconclusie	19
Hoofdstuk 3: De vaststelling van het Nederlanderschap	20
3.1 Inleiding	20
3.2 Jurisprudentie die is geweest voor de prejudiciële beslissing	20
3.3 De prejudiciële beslissing	23
3.2.1 De procedure bij de rechtbank	23
3.3.2 De beslissing van de Hoge Raad	25
3.4 Jurisprudentie die is geweest na de prejudiciële beslissing	29

3.5 Tussenconclusie	33
Hoofdstuk 4: De liberale gezinssituatie	35
4.1 Inleiding	35
4.2 Wetgeving voor 1 april 2014	35
4.3 De liberale gezinssituatie	36
4.3.1 De aanleiding: het recht op gelijke behandeling	36
4.3.2 De openbare orde	36
4.3.3 De verkrijging van het Nederlanderschap	37
4.4 Tussenconclusie	38
Hoofdstuk 5: De ongelijkheid van kinderen	39
5.1 Inleiding	39
5.2 Het accessoire karakter	39
5.3 De vergelijkbaarheid	39
5.4 Onderscheid naar geboorte	40
5.5 Een objectieve rechtvaardiging?	41
5.6 Conclusie	43
Literatuur	45
Jurisprudentie	48
Jurisprudentie met betrekking tot de vaststelling van het Nederlanderschap	48
Overige jurisprudentie	48
Parlementaire stukken	50

Inleiding

1.1 Inleiding

In veel Europese landen, waaronder Nederland, geldt een absoluut verbod op polygamie.¹ Er is sprake van polygamie wanneer iemand gehuwd is met meer dan een persoon.² Een verbod op polygamie geldt niet overal ter wereld. Zo is in Marokko op grond van artikel 40 en verder van de Mudawwana al-Usra³ polygamie slechts verboden wanneer valt te vrezen voor onrechtvaardigheid jegens de echtgenotes of wanneer de echtgenote in de huwelijkse voorwaarden heeft bedongen dat haar echtgenoot geen ander zal huwen. Dit kan een aantal uitdagingen met zich meebrengen, wanneer internationale familierechtelijke relaties ontstaan met personen uit landen zoals Marokko, waar polygamie (onder voorwaarden) wel is toegestaan. Enkele voorbeelden van deze uitdagingen zijn de erkenning van polygame huwelijken, de erfrechtelijke positie van de verschillende partners na het overlijden van hun gezamenlijke partner en de vaststelling van het Nederlanderschap van de kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk. Dit laatste punt vormde voor de rechtbank Den Haag de aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.⁴ De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad die daarop volgde, staat centraal in deze scriptie. De Hoge Raad oordeelde dat de geboorteaktes van kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk niet kunnen worden erkend omdat, kort gezegd, polygamie is verboden in Nederland.⁵

Naast deze rechtsontwikkeling ten aanzien van kinderen uit polygame huwelijken doet zich in de Nederlandse rechtsorde een andere interessante ontwikkeling voor die gevolgen heeft voor kinderen geboren uit andersoortige gezinsconstellaties, namelijk het meerouderschap en meeroudergezag. De Staatscommissie Herijking Ouderschap heeft een rapport uitgebracht dat onder andere betrekking heeft op de wettelijke facilitering van het meerouderschap en meeroudergezag.⁶ De wetgever heeft inmiddels ook de Staatscommissie Internationaal Privaatrecht gevraagd advies uit te brengen over de gevolgen van onder andere het meerouderschap en meeroudergezag voor het internationaal privaatrecht. Hierbij is expliciet

¹ Boele-Woelki, Curry-Summer & Schrama 2010, p. 215-216.

² Artikel 1:30 lid 1 BW; artikel 1:33 BW en artikel 237 Sr; Dikke Van Dale 2018.

³ Dit betreft de Marokkaanse familiewet die van toepassing is op alle Marokkanen, vluchtelingen in Marokko zonder nationaliteit, relationele verbintenissen waarin een van de partijen Marokkaan is en relationele verbintenissen tussen twee Marokkanen waarvan (tenminste) één moslim is. Zie artikel 2 van de Mudawwana al-Usra.

⁴ Rb. Den Haag 17 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14425.

⁵ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.6.6.

⁶ *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw* 2016, p. 14-15.

gevraagd om in het advies aandacht te besteden aan mogelijke knelpunten in het nationaliteitsrecht.⁷ Bij het afronden van deze scriptie is het advies van de Staatscommissie Internationaal Privaatrecht nog niet openbaar. Om die reden zal in dit onderzoek niet nader worden ingegaan op het meerouderschap en meeroudergezag.

Er is nog een interessante verandering geweest. Het is namelijk sinds 1 april 2014 door het vervallen van artikel 1:204, eerste lid, sub e BW (oud) mogelijk dat gehuwde mannen kinderen uit een buitenechtelijke relatie kunnen erkennen zonder rechterlijke tussenkomst.⁸ Deze ontwikkeling wordt in dit onderzoek aangeduid als ‘de andere ontwikkeling’ of de ‘liberale gezinssituatie’. Verder zullen zowel bigame huwelijken als polygame huwelijken in dit onderzoek in beginsel worden aangeduid als ‘polygame huwelijken’, omdat de Nederlandse regelgeving hierin geen onderscheid maakt.⁹

De ‘Nederlandse cultuur’ lijkt, gelet op de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad,¹⁰ nog niet klaar te zijn voor een andere houding ten opzichte van polygamie. Zo merkten Ten Cate en Van den Hoogen al op dat twee ontwikkelingen in de Nederlandse samenleving relevant zijn voor de gevolgen van het Nederlandse polygamieverbod, te weten een grotere variëteit aan algemeen geaccepteerde gezinsvormen en de groei van intolerantie tegenover de islam.¹¹ Zo blijkt de grotere variëteit aan algemeen geaccepteerde gezinsvormen uit de liberale gezinssituatie en de ontwikkelingen met betrekking tot het meerouderschap en meeroudergezag. De grotere variëteit aan algemeen geaccepteerde gezinsvormen laat zien dat het verbod op polygamie opgeheven kan worden, terwijl de groei van intolerantie tegenover de islam toont dat het polygamieverbod nog verder uitgebreid zal worden.¹² Mijn onderzoek naar de nationaliteitsverwerving van kinderen geboren uit polygame huwelijken vindt plaats tegen de achtergrond van deze twee maatschappelijke ontwikkelingen.

1.2 Probleemstelling

Bij de geschetste situaties waarin de nationaliteit van kinderen wordt bepaald, kan de vraag worden gesteld of het juridische onderscheid tussen kinderen die zijn geboren uit polygame huwelijken en kinderen die zijn geboren uit de liberale gezinssituatie gerechtvaardigd kan

⁷ *Kamerstukken II* 2017/18, 33836, nr. 24, p. 2.

⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33526, nr. 3, p. 2 (MvT); *Stb.* 2014, 134.

⁹ Zie wetsartikel 10:32, eerste lid, onderdeel a, BW, waarin onder andere wordt gesproken over een ‘reeds gehuwde’ echtgenoot. Het aantal (twee of meer) partners doet er dus niet toe.

¹⁰ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942.

¹¹ Ten Cate, *NJB* 2013, afl. 33, p. 2253-2254; Van den Hoogen, *FJR* 2010/39, p. 86-92.

¹² Ten Cate, *NJB* 2013, afl. 33, p. 2253-2254; Van den Hoogen, *FJR* 2010/39, p. 86-92.

worden. Ook is het de vraag in hoeverre het belang van het kind leidend is geweest bij dit onderscheid. In een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is bepaald dat het maken van onderscheid tussen kinderen die binnen een huwelijk zijn geboren en kinderen die uit een buitenechtelijke relatie zijn geboren niet objectief gerechtvaardigd kan worden. Daardoor levert een dergelijk onderscheid een schending op van artikel 14 EVRM.¹³ In artikel 14 EVRM is namelijk het discriminatieverbod neergelegd.

Het is belangrijk om na te gaan of een gemaakt onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden, omdat artikel 14 EVRM geen absoluut recht bevat.¹⁴ Daarom luidt de hoofdvraag van dit onderzoek als volgt:

“In hoeverre kan het bij de vaststelling van het Nederlanderschap gemaakte onderscheid tussen de rechtspositie van kinderen die zijn geboren uit de liberale gezinssituatie en kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk objectief worden gerechtvaardigd in het licht van artikel 14 EVRM?”

De kernprocedure voor de verkrijging van het Nederlanderschap van rechtswege en het toetsingskader van artikel 14 EVRM worden in deze inleiding uitgewerkt.

De hoofdvraag wordt beantwoord door middel van de volgende deelvragen:

1. Op welke wijze is het polygamieverbod geregeld?
2. Zijn de consequenties van het polygamieverbod voor kinderen uit polygame huwelijken geregeld? En zo ja, hoe?
3. Wat is de stand van de Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot de vaststelling van het Nederlanderschap van uit een polygaam huwelijk geboren kinderen?
4. Hoe was de rechtspositie van kinderen geboren uit buitenechtelijke relaties van gehuwde mannen voor de andere ontwikkeling geregeld?
5. Hoe verhoudt de liberale gezinssituatie zich tot de openbare orde en de nationaliteit van kinderen?
6. In hoeverre kan het bij de vaststelling van het Nederlanderschap gemaakte onderscheid tussen de rechtspositie van kinderen geboren uit de liberale gezinssituatie en kinderen geboren

¹³ EHRM 11 oktober 2011, 53124/09, par. 46 (*Genovese t. Malta*).

¹⁴ EHRM 21 februari 1997, 108/1995/614/702, *JB* 1997/64, afl. 0, par. 39.

uit een polygaam huwelijk objectief worden gerechtvaardigd in het licht van artikel 14 EVRM?

1.3 Kernprocedure voor de verkrijging van het Nederlanderschap

Bij dit onderzoek ligt de focus op de verkrijging van het Nederlanderschap van rechtswege. Dit is geregeld in hoofdstuk 2 van de Rijkswet op het Nederlanderschap (RWN). De minister van Justitie is in eerste instantie bevoegd te beslissen over de vraag of iemand de Nederlandse nationaliteit heeft, omdat de minister van Justitie verantwoordelijk is voor de uitvoering van de RWN.¹⁵ De Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) is bevoegd namens de minister van Justitie besluiten te nemen krachtens de RWN.¹⁶ Daarnaast kan een ieder met een ‘onmiddellijk belang’ bij de vaststelling van het Nederlanderschap de rechtbank Den Haag verzoeken zijn Nederlanderschap vast te stellen.¹⁷

Op grond van artikel 9 Paspoortwet heeft in beginsel iedere Nederlander recht op een Nederlands paspoort. Iemand die van rechtswege het Nederlanderschap heeft verkregen, kan daarom direct een Nederlands paspoort aanvragen. Artikel 26 Paspoortwet bepaalt waar iemand een aanvraag kan indienen. Zo is de burgemeester bevoegd tot het ontvangen van aanvragen en het verstrekken van Nederlandse paspoorten aan Nederlanders die als ingezetenen in de basisregistratie personen staat ingeschreven met een adres binnen de gemeente van de betrokken burgemeester.¹⁸ Als de aanvrager zich buiten het Koninkrijk der Nederlanden bevindt, dan is de minister van Buitenlandse Zaken bevoegd.¹⁹ In dat geval kan een aanvraag ingediend worden bij een Nederlandse ambassade.²⁰ Bij elke aanvraag van een Nederlands paspoort dient de bevoegde autoriteit de nationaliteit van de aanvrager te controleren.²¹ Wanneer blijkt dat iemand de Nederlandse nationaliteit niet heeft, wordt een aanvraag niet in behandeling genomen.²²

¹⁵ Artikel 1, eerste lid, onderdeel a, RWN; *Kamerstukken II* 1982, 16947 (R1181), nrs. 3-4, p. 21 (MvT).

¹⁶ Artikel 1 en artikel 4 van het Mandaatbesluit IND Ministerie van Justitie en Veiligheid 2018.

¹⁷ Artikel 17, eerste lid, RWN.

¹⁸ Artikel 26, eerste lid en aanhef, onderdeel a, Paspoortwet; artikel 40, eerste lid en aanhef, onderdeel a, Paspoortwet.

¹⁹ Artikel 26, eerste lid en aanhef, onderdeel d, Paspoortwet; artikel 40, eerste lid en aanhef, onderdeel d, Paspoortwet.

²⁰ *Introductiedossier Ministerie van Buitenlandse Zaken* 2017, p. 6.

²¹ Artikel 28, eerste lid, Paspoortwet.

²² Artikel 27, tweede lid, Paspoortwet.

1.4 Het toetsingskader van artikel 14 EVRM

Op grond van artikel 14 EVRM moeten de rechten en vrijheden uit het EVRM worden gegarandeerd zonder enig onderscheid. In artikel 14 EVRM worden vervolgens gronden opgesomd die in principe geen onderscheid kunnen rechtvaardigen. Uit de formulering van artikel 14 EVRM kan worden afgeleid dat deze opsomming niet limitatief is. Zo is ‘status’ een ruim begrip, waar veel discriminatiegronden onder geschaard kunnen worden. Het EHRM heeft het niet-limitatieve karakter van artikel 14 EVRM bevestigd.²³ Bij het aannemen van het EVRM werd bij de gronden die in artikel 14 EVRM worden genoemd echter al aangenomen dat een onderscheid dat daarop is gebaseerd problematisch is.²⁴

Ook kan uit de formulering van artikel 14 EVRM worden afgeleid dat dit artikel zich beperkt tot de toepassing van verdragsartikelen.²⁵ Gerards merkt op dat het EHRM soepel omgaat met het vereiste verband met een materiële verdragsbepaling.²⁶ Voor de toepassing van artikel 14 EVRM is namelijk niet vereist dat het materiële verdragsartikel is geschonden. Ook heeft het EHRM geoordeeld dat het mogelijk is een klacht over discriminatie in te dienen, wanneer de feitenconstellatie onder het bredere bereik van een materiële bepaling kan worden gebracht.²⁷ Het accessoire karakter van artikel 14 EVRM heeft toch betekenis. Artikel 14 EVRM is namelijk niet van toepassing als klachten evident buiten het bereik van het EVRM vallen. Bovendien kan artikel 14 EVRM niet worden ingeroepen wanneer het verband met een materiële bepaling achterhaald is.²⁸

Hoewel artikel 14 EVRM geen beperkingsclausule bevat, betreft artikel 14 EVRM geen absoluut verbod op ongelijke behandeling. Zodra het EHRM vaststelt dat er sprake is van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen, gaat het EHRM na of dit onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd. Of het onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden, hangt af van twee cumulatieve voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat het

²³ EHRM 8 juni 1976, ECLI:NL:XX:1976:AC0386, par. 72 (*Engel e.a. t. Nederland*).

²⁴ Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.1.3 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

²⁵ *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw* 2016, p. 38-39.

²⁶ Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.1.1 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

²⁷ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Handbook on European non-discrimination law* 2018, p. 30; EHRM 8 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003187196, par. 105 (*Sommerfeld t. Duitsland*); EHRM 17 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0117JUD000603313, par. 380 (*A.H. e.a. t. Rusland*).

²⁸ Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.1.1 (online, bijgewerkt 18 mei 2018); EHRM 13 januari 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0113JUD003698397, par. 43 (*Haas t. Nederland*).

onderscheid een gerechtvaardigd doel heeft. De tweede voorwaarde is dat er sprake is van een redelijke mate van evenredigheid tussen het gemaakte onderscheid en het nagestreefde doel.²⁹ Het EHRM voert deze rechtvaardigingstoets uit als er sprake is van een gemaakt onderscheid tussen vergelijkbare gevallen. Aan de hand van de concrete omstandigheden van een zaak stelt het EHRM vast of een geval voldoende vergelijkbaar of niet voldoende vergelijkbaar is. Gerards constateert dat de vergelijkbaarheidstoets in veel gevallen wordt weggelaten of wordt vervangen door een benadelingstoets.³⁰

De intensiteit van de toetsingsmaatstaf waarmee het EHRM werkt hangt af van het gemaakte onderscheid. Bij een ‘verdacht’ onderscheid wordt namelijk gebruikgemaakt van de strikte ‘very weighty reasons’-toets, terwijl het EHRM bij een niet-verdacht onderscheid de ‘gewone’ margin of appreciation-doctrine toepast.³¹ Volgens het EHRM kan een verdacht onderscheid alleen worden gerechtvaardigd door zeer zwaarwegende redenen. Gerards constateert dat weinig gevallen deze toets hebben doorstaan. Het EHRM stelt bij een verdacht onderscheid namelijk hoge eisen aan de nagestreefde doelstelling en aan het onderscheid als middel om dit doel te bereiken.³² Gerards merkt op dat de very weighty reasons-toets in de praktijk betekent dat het EHRM de argumenten van de regering bijzonder streng toetst en dat het EHRM nauwkeurig nagaat of deze argumenten het gemaakte onderscheid kunnen dragen.³³ Aangezien de toepassing van de very weighty reasons-toets gerelateerd is aan verdacht onderscheid, is het belangrijk te vermelden welke gronden het EHRM als verdacht kwalificeert. Het EHRM heeft de volgende gronden als ‘verdacht’ gekwalificeerd: “*ras, etniciteit, huidskleur, nationaliteit, geboorte of afkomst, seksuele gerichtheid, handicap, chronische ziekte, besmetting met hiv/aids, geslacht, godsdienst en levensovertuiging.*”³⁴ In dit kader zal de zaak-Genovese tegen Malta nader worden belicht.³⁵

In de zaak Genovese tegen Malta ging het om een onderscheid dat werd gemaakt op grond

²⁹ Gerards, *NJCM-Bulletin* 2004, nr. 2, p. 192; Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.2.1 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

³⁰ Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.2.1-C.2.2.1 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

³¹ Gerards, *NJCM-Bulletin* 2004, nr. 2, p. 181; Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.3.1 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

³² Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.3.1 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

³³ Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.2.1 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

³⁴ Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.3.2 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

³⁵ EHRM 11 oktober 2011, 53124/09 (*Genovese t. Malta*).

van geboorte. Deze zaak heeft betrekking op een Britse klager die buiten het huwelijk was geboren. Zijn moeder had de Britse nationaliteit en zijn vader had de Maltese nationaliteit. De vader stond als biologische vader vermeld op de geboorteakte van de klager. Toch was aan de klager de Maltese nationaliteit geweigerd. De reden voor deze weigering was dat kinderen die buiten het huwelijk zijn geboren alleen de Maltese nationaliteit kunnen krijgen als hun moeder Maltees is.³⁶ De vraag in deze zaak was of het onderscheid dat was gemaakt tussen kinderen die zijn geboren binnen het huwelijk en kinderen die zijn geboren uit een buitenechtelijke relatie objectief kon worden gerechtvaardigd. Het EHRM gebruikt in deze zaak de very weighty reasons-toets, omdat dit een onderscheid naar geboorte is.³⁷ Het gemaakte onderscheid kon deze toets niet doorstaan, omdat dit onderscheid volgens het EHRM juist een onderscheid is waartegen artikel 14 EVRM bescherming biedt.³⁸

1.5 Methodologische verantwoording

Het onderzoek start met een literatuurstudie naar de inhoud en strekking van het polygamieverbod van artikel 1:30 lid 1 juncto artikel 1:33 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en artikel 273 Sr. Hiervoor zijn wetteksten, parlementaire stukken en wetenschappelijke literatuur geraadpleegd.

De tweede deelvraag wordt beantwoord door de parlementaire stukken met betrekking tot de nietigverklaring van een huwelijk, de erkenning van (buitenlandse) familierechtelijke betrekkingen en de vaststelling van het Nederlanderschap te analyseren. Hierbij zal worden nagegaan of rekening is gehouden met het belang van het kind dat uit een polygaam huwelijk is geboren en zo ja, of de consequenties van het polygamieverbod voor kinderen nader zijn geregeld.

De derde deelvraag wordt beantwoord door middel van een jurisprudentieonderzoek. Jurisprudentie van rechtbanken, de Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) met betrekking tot het vaststellen van het Nederlanderschap van kinderen uit polygame huwelijken na 1 januari 2012 zal worden onderzocht. Voor deze datum is gekozen omdat toen Boek 10 van het BW is ingevoerd.³⁹ De jurisprudentie is gevonden via de databases Legal Intelligence, Rechtsorde en de zoekfunctie van www.rechtspraak.nl. Dit leverde zestien uitspraken op die relevantie voor dit onderzoek hadden (zie bijlage).

De vierde deelvraag heeft betrekking op de wetgeving voor de andere ontwikkeling.

³⁶ EHRM 11 oktober 2011, 53124/09 (*Genovese t. Malta*).

³⁷ EHRM 11 oktober 2011, 53124/09, par. 44 (*Genovese t. Malta*).

³⁸ EHRM 11 oktober 2011, 53124/09, par. 46-49 (*Genovese t. Malta*).

³⁹ *Stb.* 2011,340.

Deze wordt beantwoord door de parlementaire stukken te raadplegen die betrekking hebben op het vervallen van artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW.

De vijfde deelvraag ziet op de liberale gezinssituatie. Hierbij wordt aandacht besteed aan de aanleiding voor de andere ontwikkeling. Verder wordt onderzocht in hoeverre de wetgever heeft nagedacht over de verhouding van de liberale gezinssituatie tot de openbare orde en de nationaalrechtelijke gevolgen die de verandering met zich mee kan brengen. Hiervoor worden de parlementaire stukken geraadpleegd.

Na de beantwoording van de vierde deelvraag wordt aan de hand van het geschetste toetsingskader beoordeeld of het bij de vaststelling van het Nederlanderschap gemaakte onderscheid tussen de rechtspositie van kinderen geboren uit de liberale gezinssituatie en kinderen geboren uit een polygaam huwelijk objectief kan worden gerechtvaardigd. Hiermee worden de laatste deelvraag en de hoofdvraag beantwoord.

Hoofdstuk 2: De consequenties van het polygamieverbod voor kinderen

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt de wijze waarop het polygamieverbod is geregeld in Nederland en wat de consequenties van het polygamieverbod zijn voor kinderen uit een polygaam huwelijk.

2.2 Het polygamieverbod

2.2.1 Het civielrechtelijk polygamieverbod

Het civielrechtelijke polygamieverbod is neergelegd in de artikelen 1:30, eerste lid, BW en 1:33 BW. Op grond van artikel 1:30, eerste lid, BW kunnen *twee* personen een huwelijk aangaan. Artikel 1:33 BW voegt daaraan toe dat men “slechts met *één* andere persoon gehuwd kan zijn.” Mocht er om wat voor reden dan ook toch een polygaam huwelijk in Nederland ontstaan, dan zijn de personen die in artikel 1:69 BW worden genoemd bevoegd een nietigverklaring van het huwelijk te vorderen.

Het polygamieverbod ziet ook op het geregistreerd partnerschap,⁴⁰ maar niet op het samenlevingscontract. Dit bleek nadat een echtpaar in Roosendaal een samenlevingscontract had ondertekend met een gezamenlijke vriendin. De Staatkundig Gereformeerde Partij (SGP) zag dit als een ‘triohuwelijk’ en Kamerlid Van der Staaij stelde indertijd naar aanleiding van deze situatie Kamervragen aan de minister van Justitie.⁴¹ Het antwoord van de ministerie van Justitie was dat het polygamieverbod hiermee niet werd omzeild, omdat er geen tweede huwelijk was gesloten. Volgens de minister van Justitie zou een dergelijk contract zelfs een nuttige, ordende functie kunnen vervullen.⁴²

2.2.2 Het strafrechtelijk polygamieverbod

Het strafrechtelijk polygamieverbod staat in artikel 237 van het Wetboek van Strafrecht (Sr). Ook geldt dit artikel voor het geregistreerd partnerschap.⁴³ Dit strafrechtelijk verbod is op grond van artikel 2 Sr toepasselijk op polygamie die in Nederland is gepleegd. Op grond van artikel 7, tweede lid, onderdeel a, Sr is het strafrechtelijk polygamieverbod ook toepasselijk op polygamie die in het buitenland door een Nederlander is gepleegd.⁴⁴ In verband met het nulla poena-beginsel is artikel 237 Sr echter niet van toepassing op de situatie, waarbij een persoon pas een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland heeft verkregen na het plegen van

⁴⁰ Artikel 1:80a BW en artikel 1:42 BW.

⁴¹ *De Volkskrant* 27 oktober 2005, ‘SGP: Donner zet deur open naar polygamie’.

⁴² *Aanhangsel Handelingen II* 2005/06, 219.

⁴³ Artikel 90 octies Sr.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, 32840, nr. 3, p. 10 (MvT).

polygamie.⁴⁵ Dat polygamie in dit geval niet onder de reikwijdte van artikel 237 Sr valt en dus niet strafbaar is, betekent echter nog niet dat het polygame huwelijk in Nederland voor erkenning in aanmerking komt. In de parlementaire stukken bij het civielrechtelijk polygamieverbod wordt niets gezegd over de situatie waarbij een persoon een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland heeft verkregen ná het plegen van polygamie. Het civielrechtelijk polygamieverbod lijkt daarom onverminderd te gelden.

2.3 Reikwijdte van het polygamieverbod

2.3.1 De openbare orde

In 1993 oordeelde de Hoge Raad dat het polygamieverbod van artikel 1:33 BW van openbare orde is.⁴⁶ Dit houdt in dat de norm die aan het polygamieverbod ten grondslag ligt een fundamenteel beginsel van de rechtsstaat betreft.⁴⁷ Dit fundamentele beginsel is het monogamiebeginsel.⁴⁸

Hoewel het geldende polygamieverbod van openbare orde is, benoemt Rutten verschillende situaties waardoor polygamie toch in Nederland ontstaat. Deze situaties worden, voor zover ze relevantie hebben voor dit onderzoek, hierna besproken.⁴⁹ Het gaat om het sluiten en het erkennen van polygame huwelijken. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan de consequenties voor kinderen.

2.3.2 Het sluiten van polygame huwelijken in Nederland

De Hoge Raad oordeelde in 1933 dat een huwelijk dat is gesloten met veronachtzaming van artikel 1:33 BW als zodanig in strijd is met de openbare orde en nietig dient te worden verklaard, ongeacht of het eerder bestaande huwelijk na die sluiting wordt ontbonden.⁵⁰

Deze uitspraak van de Hoge Raad is volgens zowel Van den Hoogen als Rutten bepalend geweest voor het niet kunnen sluiten van polygame huwelijken in Nederland.⁵¹ Dit behoeft enige nuancering. Het is immers mogelijk dat iemand een tweede huwelijk sluit in Nederland, terwijl hij al in het buitenland een eerste huwelijk is aangegaan dat niet is ontbonden. Zolang in het Nederlandse registratiesysteem niet is opgenomen dat iemand al

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 32840, nr. 3, p. 10 (MvT).

⁴⁶ HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1035, ro. 3.2.

⁴⁷ Hammerstein-Schoonderwoerd, *NJ* 1994, 105.

⁴⁸ Van den Hoogen, *FJR* 2010/39, p. 86-92.

⁴⁹ Rutten, *NIPR* 2001, afl. 1, p.45-46.

⁵⁰ HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1035.

⁵¹ Van den Hoogen, *FJR* 2010/39, p. 87; Rutten, *NIPR* 2001, afl. 1, p. 46.

eerder is gehuwd, kan in Nederland namelijk toch een polygaam huwelijk worden gesloten ondanks dat dit in strijd is met de Nederlandse wetgeving.⁵² Ter voorkoming van de sluiting van polygame huwelijken in Nederland, dient een ‘niet-Nederlander’ een verklaring van ongehuwdheid te overleggen. Toch lijkt het in sommige situaties mogelijk te zijn om in Nederland een polygaam huwelijk te sluiten. De verplichting tot het overleggen van een verklaring van ongehuwdheid beperkt zich namelijk tot ‘niet-Nederlanders’.⁵³ Deze beperking houdt geen rekening met Nederlanders met meerdere nationaliteiten.

Een polygaam huwelijk bestaat rechtens voort zolang dit huwelijk niet nietig wordt verklaard.⁵⁴ Wanneer dit huwelijk nietig wordt verklaard, dan heeft deze nietigverklaring op grond van artikel 1:77, tweede lid, onderdeel a, BW geen terugwerkende kracht ten aanzien van de kinderen van de echtgenoten. Uit parlementaire stukken blijkt dat het niet de bedoeling is dat deze kinderen worden geconfronteerd met de gevolgen van de fout van de ouders.⁵⁵ Daarom wordt op dezelfde manier in een gezagsregeling voorzien als in die van kinderen na een echtscheiding. Het juridisch vaderschap gaat dus niet verloren.⁵⁶ De kinderen die worden geboren uit een polygaam huwelijk dat in Nederland is gesloten of erkend verkrijgen zodoende toch op grond van artikel 3, eerste lid, RWN van rechtswege het Nederlanderschap.

2.3.3 De erkenning van buitenlandse polygame huwelijken

Nederland heeft in 1989 het Haags Verdrag inzake de voltrekking en de erkenning van geldigheid van huwelijken van 14 maart 1978 geratificeerd (Haags Huwelijksverdrag). Door de invoering van de Wet conflictenrecht huwelijk (WCH) werd het Haags Huwelijksverdrag namelijk bekrachtigd.⁵⁷ Dit Verdrag trad op 1 mei 1991 in werking.⁵⁸ De WCH geldt per 1 januari 2012 niet meer. Boek 10 van het BW is hiervoor in de plaats gekomen.⁵⁹

⁵² Van den Hoogen, *FJR* 2010/39, p. 88.

⁵³ Zie hoofdstuk B7/5 van de Vreemdelingencirculaire 2000 waar wordt gesproken van een ‘vreemdeling’; zie bijvoorbeeld de website van de Gemeente Amsterdam waar wordt gesproken van een ‘niet-Nederlander’ die korter dan een jaar in Nederland staat ingeschreven: ‘Wanneer heb ik een verklaring van ongehuwdheid nodig?’, Amsterdam.nl.

⁵⁴ Hammerstein-Schoonderwoerd, *NJ* 1994, 105.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁵⁷ In *Stb.* 1989,392 is de wet van 7 september 1989 geplaatst dat de regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijk, vanwege de bekrachtiging van het onderhavige Verdrag (Wet conflictenrecht huwelijk). Deze Wet is bij besluit van 9 oktober 1989 (*Stb.* 419) in werking getreden op 1 januari 1990.

⁵⁸ *Trb.* 1991,44, p. 3.

⁵⁹ *Stb.* 2011,340; zie de intrekkingregeling artikel IV, onder b, van de Wet van 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 2011, 272.

In artikel 14 van het Haags Huwelijksverdrag is een algemene weigeringsgrond geformuleerd. Op grond van dit artikel kan de erkenning van een huwelijk worden geweigerd, als de erkenning kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Daarnaast staat in artikel 11, eerste lid, onderdeel 1, van het Haags Huwelijksverdrag dat erkenning *mag* worden geweigerd, wanneer een van de echtgenoten op het moment van het tweede huwelijk al gehuwd was. Het onthouden van erkenning aan een buitenlands huwelijk is hierdoor *mogelijk* wanneer dit huwelijk in strijd is met artikel 11 van het Haags Huwelijksverdrag. Het niet erkennen van dit huwelijk is echter geen verplichting.⁶⁰

Nederland heeft de mogelijkheid om de erkenning van polygame huwelijken te weigeren wegens strijdigheid met de openbare orde geïmplementeerd in artikel 10:32 BW.⁶¹ Sterker nog, de wetgever heeft – tegen het advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht in – de formulering van artikel 10:32 BW zodanig gewijzigd met de Wet tegengaan huwelijksdwang dat polygame huwelijken *in ieder geval* kennelijk onverenigbaar zijn met de openbare orde.⁶²

In de parlementaire stukken wordt erkend dat kinderen veel last kunnen ondervinden van een zogenoemd “hinkend huwelijk”. In de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Wet tegengaan huwelijksdwang wordt een hinkend huwelijk omschreven als “*een huwelijk dat in het ene land rechtsgeldig is gesloten of erkend, maar in een ander land niet wordt erkend.*”⁶³ De MvT benoemt vervolgens dat het zoveel mogelijk beperken van het aantal hinkende huwelijken een wezenlijk uitgangspunt is van het internationaal privaatrecht. In de MvT wordt hier verder geen aandacht aan besteed.⁶⁴ De nadruk wordt namelijk gelegd op de centrale rol van de openbare orde bij de erkenning van buitenlandse huwelijken en de redenen om een dergelijk huwelijk niet te erkennen. Er wordt ook niet ingegaan op de consequenties van het laten voortbestaan van hinkende huwelijken voor kinderen die geboren zijn uit polygame huwelijken.⁶⁵ Dit is opvallend, aangezien in dezelfde MvT, bij een nietigverklaring van een huwelijk ingevolge artikel 1:77 BW, wordt benadrukt dat de status van kinderen niet mag

⁶⁰ Boele-Woelki, Curry-Sumner & Schrama 2010, p. 19.

⁶¹ Zie artikel 10:32, eerste lid, onderdeel a, BW; *Stb.* 2015, 373.

⁶² De Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht adviseerde artikel 10:32 BW imperatief te formuleren. Het niet erkennen van buitenlandse polygame huwelijken kan onder bepaalde omstandigheden namelijk in strijd zijn met artikel 8 EVRM. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, nr. 3, p.15 (MvT); Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32175, nr. 17, p. 12-14; *Stb.* 2015, 373.

⁶³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, nr. 3, p. 10 (MvT).

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, nr. 3, p. 10 (MvT).

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, nr. 3, p. 10 (MvT).

afhangen “van de goede trouw van hun ouders.”⁶⁶ Dit argument zou ook gebruikt kunnen worden voor kinderen die uit een buitenlands polygaam huwelijk zijn geboren. Dit is echter niet gebeurd. Sterker nog, in de nota naar aanleiding van het verslag (NEV II) wordt aangesloten bij een uitspraak van de Hoge Raad, waarin hij heeft geoordeeld dat kinderen uit een (buitenlands) polygaam huwelijk geen familierechtelijke betrekking hebben met de Nederlandse man die dit polygame huwelijk had gesloten en dat deze kinderen daarmee het Nederlanderschap niet hebben verkregen.⁶⁷ Uit de memorie van antwoord (MvA) blijkt dat de wetgever van mening is dat het niet erkennen van een polygaam huwelijk op zichzelf de rechtspositie van kinderen uit een polygaam huwelijk niet hoeft te benadelen, omdat hun rechtspositie “door de rechtsfiguur van erkenning gewaarborgd kan worden.”⁶⁸

2.3.4 De erkenning van buitenlandse geboorteaktes

Op grond van artikel 10:100, aanhef en eerste lid, BW wordt een “buitenslands tot stand gekomen onherroepelijke rechterlijke beslissing, waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd, in beginsel in Nederland van rechtswege erkend.” Op deze hoofdregel bestaat een aantal uitzonderingen, waaronder de situatie waarbij de erkenning van een rechterlijke beslissing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.⁶⁹ Deze uitzondering is op grond van artikel 10:100, eerste lid, BW ook van toepassing op “in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen, waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd en die zijn neergelegd in een akte” (hierna: buitenslands tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen).

Familierechtelijke betrekkingen die in het buitenland tot stand zijn gekomen worden, mits deze familierechtelijke betrekkingen “door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften zijn neergelegd in een akte”, namelijk op grond van artikel 10:100, eerste lid, BW ook in beginsel van rechtswege erkend in Nederland.

Uit de parlementaire stukken volgt dat een conflictenrechtelijke toets bij de erkenning van buitenslands tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen achterwege blijft.⁷⁰ Het is niet de bedoeling dat wordt nagegaan of hetzelfde resultaat zou zijn bereikt als de regels die zijn

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, nr. 6, p.22 (NEV II); HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9500.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2014/2015, 33488, nr. C, p. 18 (MvA).

⁶⁹ Artikel 10:100, aanhef en eerste lid, onderdeel c, BW.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 59 (MvT).

neergelegd in de artikelen 10:92 tot en met 10:97 BW zouden zijn toegepast.⁷¹

Toch is artikel 10:32 BW van toepassing “ongeacht of over de erkenning van de rechtsgeldigheid van een huwelijk wordt beslist als hoofdvraag of als voorvraag in verband met een andere vraag.”⁷² De MvT noemt hierbij de hoofdvraag naar de afstamming van een kind als voorbeeld.⁷³ Dit hoeft echter niet te betekenen dat het niet mogelijk is om buitenlandse geboorteaktes van kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk te erkennen. De wetgever heeft het conflictenrecht bij de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen immers uitgeschakeld.⁷⁴ Uit de MvT bij de invoering van boek 10 volgt dat zelfs de omstandigheid dat naar plaatselijk internationaal privaatrecht een ander recht toepasselijk is dan naar Nederlands internationaal privaatrecht en dat dit andere recht tot een ander resultaat leidt dan naar het volgens Nederland toepasselijke recht, op zichzelf geen reden is om de beslissing (of akte) niet te erkennen vanwege de openbare orde.⁷⁵ Saarloos en Singh stellen dat het leerstuk van de voorvraag uit artikel 10:33 BW niet van toepassing is, omdat de wetgever heeft gekozen voor de erkenningsregels van artikel 10:100 BW en artikel 10:101 BW.⁷⁶

2.3.5 De Rijkswet op het Nederlanderschap

Op grond van artikel 3, eerste lid, RWN “is het kind waarvan ten tijde van zijn geboorte de vader of moeder Nederlander is Nederlander.” Ook “het kind van een Nederlander die voordien is overleden is Nederlander.”⁷⁷ In artikel 1, eerste lid, onderdeel d, RWN wordt het begrip vader gedefinieerd. Volgens dit artikel is vader “de man die, anders dan door adoptie, in de eerste graad in opgaande lijn in familierechtelijke betrekking staat tot het kind.” Daarom is van belang voor de verkrijging van het Nederlanderschap van rechtswege ingevolge artikel 3, eerste lid, RWN dat een buitenlandse geboorteakte ex artikel 10:101 BW wordt erkend.

Op grond van artikel 4, eerste lid, RWN “wordt, in afwijking van artikel 3 RWN, het minderjarig kind van een Nederlander van wie het ouderschap gerechtelijk wordt vastgesteld Nederlander.”

⁷¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 59 (MvT).

⁷² Zie artikel 10:33 BW.

⁷³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 34 (MvT).

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 59 (MvT).

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 59; HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.6.2.

⁷⁶ Saarloos & Singh, *A&MR* 2014, nr. 3, p. 157-158.

⁷⁷ Zie artikel 3, eerste lid, RWN.

2.4 Tussenconclusie

In Nederland geldt zowel een civielrechtelijk als een strafrechtelijk polygamieverbod voor het huwelijk en het geregistreerd partnerschap, maar niet voor het samenlevingscontract.

Wanneer in Nederland toch een polygaam huwelijk worden gesloten, dan kan dit huwelijk nietig worden verklaard. Wanneer een dergelijk huwelijk nietig wordt verklaard, heeft dit geen consequenties voor het Nederlanderschap van de kinderen die uit dit huwelijk zijn geboren. Wat betreft kinderen die zijn geboren uit buitenlandse polygame huwelijken, sluit de wetgever aan bij de Hoge Raad en meent de wetgever dat kinderen die zijn geboren uit een buitenlands polygaam huwelijk naar Nederlands recht geen familierechtelijke betrekking hebben met de Nederlandse ‘vader’ en dat deze kinderen daarom het Nederlanderschap niet van rechtswege verkrijgen. Kinderen die zijn geboren uit buitenlandse polygame huwelijken kunnen volgens de wetgever na de erkenning door een Nederlandse man alsnog het Nederlanderschap verkrijgen.

De wetgever heeft ervoor gekozen de familierechtelijke betrekking tussen kinderen die zijn geboren uit een buitenlands polygaam huwelijk en hun Nederlandse ‘vader’ niet te erkennen. Deze keuze staat op gespannen voet met de keuze van de wetgever het conflictenrecht uit te schakelen bij de erkenning van familierechtelijke betrekkingen die in het buitenland tot stand zijn gekomen. Een logisch gevolg van de uitschakeling van het conflictenrecht is namelijk dat conflictenrechtelijke voorvragen – zoals de voorvraag naar de rechtsgeldigheid van een huwelijk – achterwege blijven. Met de keuze van de wetgever om de familierechtelijke betrekking tussen kinderen die zijn geboren uit een buitenlands polygaam huwelijk en hun Nederlandse ‘vader’ niet te erkennen, verbindt de wetgever toch gevolgen aan het polygame karakter van dat huwelijk voor de rechtspositie van kinderen die uit een dergelijk huwelijk worden geboren. De vraag hoe deze gevolgen in juridische zin gerechtvaardigd kunnen worden, blijft onbeantwoord nu de wetgever het conflictenrecht heeft uitgeschakeld bij de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen.

Hoofdstuk 3: De vaststelling van het Nederlandschap

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk volgt een analyse van de Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot de vaststelling van het Nederlandschap van kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk. Dit hoofdstuk start met een analyse van de jurisprudentie die voor de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad (hierna: de prejudiciële beslissing)⁷⁸ is geweest. Daarna wordt een analyse gemaakt van de prejudiciële beslissing en het daaraan voorafgaande proces bij de rechtbank. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de jurisprudentie van na de prejudiciële beslissing.

3.2 Jurisprudentie die is geweest voor de prejudiciële beslissing

Kort na de invoering van Boek 10 BW zijn twee verzoeken gedaan voor de vaststelling van het Nederlandschap van kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk.⁷⁹ De rechtbank Den Haag heeft in beide uitspraken bepaald dat de verzoeker niet kon worden aangemerkt als de juridische vader van het kind, omdat het kind niet uit een huwelijk was geboren dat naar Nederlands recht rechtsgeldig tot stand is gekomen. Deze kinderen hebben het Nederlandschap daarom niet van rechtswege bij hun geboorte verkregen.⁸⁰

Annotator Curry-Sumner merkt bij de uitspraak uit 2013 op dat de hoofdvraag betrekking heeft op de erkenning van familierechtelijke betrekkingen die in het buitenland zijn ontstaan en de hoofdvraag niet op de erkenning van een huwelijk ziet. De erkenning van het huwelijk blijkt een voorvraag te zijn, maar Curry-Sumner zet vraagtekens bij de toegevoegde waarde van het stellen van deze voorvraag. Hij merkt namelijk terecht op dat artikel 10:101 BW de erkenning van het huwelijk niet als eis stelt. Erkenning kan op grond van artikel 10:101, eerste lid, onderdeel c, BW worden onthouden, wanneer de erkenning van de familierechtelijke betrekkingen in strijd zou zijn met de openbare orde. Curry-Sumner benadrukt hierbij dat deze openbare orde-toets slechts ziet op de erkenning van de familierechtelijke betrekkingen. De erkenning van het huwelijk zou volgens Curry-Sumner dan ook buiten beschouwing moeten worden gelaten. Daarom is Curry-Sumner, in

⁷⁸ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942.

⁷⁹ Rb. 's-Gravenhage 5 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW2921; Rb. Den Haag 7 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3170.

⁸⁰ Rb. 's-Gravenhage 5 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW2921, ro.4.4- 4.5; Rb. Den Haag 7 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3170, ro. 5.3-5.4.

tegenstelling tot de rechtbank Den Haag, van mening dat deze kinderen wel degelijk een aanspraak op de Nederlandse nationaliteit hadden.⁸¹

Een derde uitspraak betreft een hogerberoepszaak bij de Afdeling in 2016. In deze zaak ging het om de buitenbehandelingstelling van aanvragen tot de verlening van Nederlandse paspoorten aan kinderen die zich in Pakistan bevinden. Een Nederlandse man, die tevens in de Pakistaanse nationaliteit heeft, staat namelijk als vader vermeld op de geboorteakte van deze kinderen. De reden voor de buitenbehandelingstelling was dat de huwelijken waaruit de kinderen zijn geboren door het polygame karakter daarvan niet konden worden erkend vanwege de onverenigbaarheid met de openbare orde.⁸² De appellant was niet in dezelfde periode met de moeders van de kinderen gehuwd. De appellant had voor de twee huwelijken met de moeders echter nog een ander huwelijk gesloten. De ‘ontbinding’ van het eerste huwelijk dat de appellant had gesloten, kon volgens de minister van Buitenlandse Zaken niet worden erkend. Het eerste huwelijk zou volgens de appellant echter ontbonden zijn met een islamitische verstotingsakte.⁸³ Een voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van de ontbinding van het eerste huwelijk is dat de eerste echtgenote in haar verstoting berust of met de verstoting heeft ingestemd.⁸⁴ Volgens vaste jurisprudentie dient de “instemming of berusting niet te snel worden aangenomen.”⁸⁵ De Afdeling neemt de vereiste instemming of berusting in deze zaak dan ook niet aan, waardoor de ontbinding van het eerste huwelijk niet wordt erkend.⁸⁶ Het bijzondere in deze zaak is dat de minister van Buitenlandse Zaken deze kinderen in het verleden al een Nederlands paspoort had verleend. Bij de eerdere aanvragen ging de minister namelijk wel uit van de Nederlandse nationaliteit van de kinderen.⁸⁷ Wat de reden daarvoor was, blijkt niet uit de uitspraak.

De appellant betoogde dat de rechtbank onterecht zijn beroep op onder andere het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel heeft verworpen.⁸⁸ De minister van Buitenlandse Zaken had immers al eerder een Nederlands paspoort verstrekt aan deze kinderen. Het beroep op de rechtsbeginselen slaagt echter niet,

⁸¹ Curry-Sumner, *JPF* 2013/102.

⁸² ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805.

⁸³ ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805, ro. 2-3.

⁸⁴ Artikel 10:58, aanhef, onderdeel c, BW.

⁸⁵ HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB8076, ro. 3.3.

⁸⁶ ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805, ro. 3.2.

⁸⁷ ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805, ro. 2.

⁸⁸ ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805, ro. 2.

doordat “het Nederlandschap niet kan worden verkregen of behouden door de werking van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.”⁸⁹

Ook heeft de appellant een beroep gedaan op het arrest-Rottman uit 2010 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). In deze uitspraak wijst het HvJ EU op het feit dat het vaste rechtspraak is dat het Unieburgerschap de primaire hoedanigheid is van onderdanen van de lidstaten. Aan deze hoedanigheid zijn namelijk enkele belangrijke rechten verbonden.⁹⁰ Het beroep op het Rottman-arrest had evenmin succes. Volgens de Afdeling ziet dit arrest op “het verlies van een door naturalisatie verkregen nationaliteit voor zover dat tot staatloosheid leidt.”⁹¹

Daarnaast voerde de appellant aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat een polygaam buitenlands huwelijk consequenties heeft voor de afstamming van de daaruit geboren kinderen.⁹² Het is opmerkelijk dat de Afdeling voor de erkenning van de familierechtelijke betrekking tussen de kinderen en de Nederlandse man ook de voorvraag naar de rechtsgeldigheid van het huwelijk stelt.⁹³ Het tweede huwelijk kon in ieder geval niet ten tijde van de geboorte van de kinderen worden erkend en daarom oordeelde de Afdeling dat de appellant niet in een familierechtelijke betrekking tot de kinderen is komen te staan en dat de kinderen het Nederlandschap daarom niet van rechtswege hebben verkregen.⁹⁴

Tot slot volgt een uitspraak van de Afdeling uit 2016. Ook in deze zaak stelt de Afdeling de voorvraag of het huwelijk van de ouders kan worden erkend.⁹⁵ Nieuw in deze zaak was dat de appellant een beroep deed op artikel 8 EVRM. Volgens de appellant is de onthouding van een Nederlands paspoort aan het kind onverenigbaar met het recht op een privéleven van het kind. Appellant stelt namelijk dat de onthouding van een Nederlands paspoort invloed heeft op de ‘sociale identiteit’ van het kind.⁹⁶ Daarnaast is de rechtbank volgens de appellant onterecht niet ingegaan op het beroep op de uitspraak Genovese tegen Malta.⁹⁷ Ook dit beroep had geen succes. Volgens de Afdeling is het weigeren van een paspoort aan een kind dat uit een

⁸⁹ ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805, ro. 3.2.

⁹⁰ HvJ EU 2 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:104, ro. 42-44 (*Rottman*).

⁹¹ ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805, ro. 3.2.

⁹² ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805, ro. 3.

⁹³ ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805, ro. 3.2.

⁹⁴ ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805, ro. 3.2.

⁹⁵ ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1499, ro. 4.2.

⁹⁶ ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1499, ro. 5.

⁹⁷ ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1499, ro. 5; EHRM 11 oktober 2011, 53124/09 (*Genovese t. Malta*).

polygaam huwelijk is geboren niet in strijd met artikel 14 EVRM, gelezen in samenhang met artikel 8 EVRM. Deze ongelijke behandeling zou volgens de Afdeling objectief worden gerechtvaardigd door (het belang bij) de handhaving van de openbare orde, oftewel van het polygamieverbod. Voor de Afdeling is het feit dat het weigeren van een paspoort onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM kan vallen niet voldoende om een schending van artikel 8 EVRM aan te nemen. De Afdeling constateert dat door de appellante geen omstandigheden zijn aangevoerd die aanleiding geven voor het oordeel dat het privéleven van het kind door de weigering zo beperkt wordt dat artikel 8 EVRM tot verlening van een paspoort noopt.⁹⁸ De vraag rijst hoe deze uitspraak geweest zou zijn als de appellante meer omstandigheden had aangevoerd, waaruit zou blijken dat het privéleven van het kind wel degelijk wordt beperkt. Ook is het maar de vraag hoe deze uitspraak zou zijn geweest als een vergelijking zou zijn gemaakt met de erkenning van kinderen die zijn geboren uit buitenechtelijke relaties van gehuwde mannen.

3.3 De prejudiciële beslissing

3.2.1 De procedure bij de rechtbank

In 2015 is een verzoekschrift bij de rechtbank Den Haag ingediend dat strekt tot een gerechtelijke vaststelling van het Nederlandschap van een kind. Ten tijde van de geboorte van dit kind was de verzoeker zowel met de moeder van het kind als met een andere vrouw gehuwd. De verzoeker heeft ook een tweede kind met de moeder gekregen. Dit kind heeft wel van rechtswege het Nederlandschap verkregen, omdat het is geboren na de ontbinding van het huwelijk van de verzoeker met de andere vrouw. De vraag was of het bigame huwelijk een reden kon zijn voor de niet-erkenning van de familierechtelijke betrekking tussen verzoeker en het eerste kind. Verzoeker staat namelijk als vader van dit kind op de geboorteakte vermeld. Ook stond het eerste kind in de basisregistratie personen geregistreerd als dochter van de verzoeker.⁹⁹

Volgens de verzoeker dient de familierechtelijke betrekking die in Marokko tot stand is gekomen tussen hem en zijn dochter, in Nederland ingevolge artikel 10:101 BW te worden erkend. De erkenning van deze familierechtelijke betrekking zou volgens de verzoeker namelijk niet onverenigbaar zijn met de Nederlandse openbare orde. Het feit dat een bigaam huwelijk in strijd is met de Nederlandse openbare orde vormt volgens de verzoeker geen

⁹⁸ ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1499, ro. 5-5.1.

⁹⁹ Rb. Den Haag 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10145.

belemmering voor de erkenning van de rechtsbetrekkingen die uit dat huwelijk zijn ontstaan en die zijn vastgelegd in een geldige (buitenlandse) akte. De aanvraag met betrekking tot de geldigheid van het huwelijk zou volgens de verzoeker niet mogen worden gesteld, omdat bij artikel 10:101 BW een dergelijke conflictenrechtelijke toets achterwege zou moeten blijven. Daarnaast voert de verzoeker aan dat bij de burgerlijke rechter een bigaam huwelijk veelal geen obstakel zou vormen voor de erkenning in Nederland van de familierechtelijke betrekking tussen de kinderen die uit dit huwelijk zijn geboren en hun vader, terwijl dit bij de bestuursrechter wel een belemmering zou vormen. Volgens de verzoeker is de lijn van de burgerlijke de rechter juist en hiermee is het belang van het kind het meest gediend.¹⁰⁰ Het is correct dat er uitspraken zijn van rechters in feitelijke instantie waarin de familierechtelijke betrekking tussen een kind uit een polygaam huwelijk en hun ‘vader’ wel worden erkend.¹⁰¹ Het is naar mijn idee echter nog te vroeg om te spreken van een lijn. Rutten spreekt van ‘een weg die voorzichtig is ingeslagen’.¹⁰²

De IND doet daarentegen een beroep op artikel 10:33 BW en is van mening dat eerst de aanvraag beantwoord moet worden of het huwelijk van de verzoeker en de moeder kan worden erkend, en zo ja, vanaf welk moment. Volgens de IND vereist de systematiek van de RWN deze aanvraag. Vanwege het polygame karakter wordt het huwelijk tussen de verzoeker en de moeder niet erkend en kan de afstammingsrelatie tussen de verzoeker en het kind niet worden erkend, omdat zij een gevolg is van het polygame huwelijk. Daarom heeft het kind bij de geboorte volgens de IND het Nederlanderschap niet verkregen.¹⁰³

De rechtbank merkte inderdaad de discrepantie tussen de lijn van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter op. Ook constateerde de rechtbank dat de Hoge Raad zich nog niet over deze kwestie had uitgelaten. De rechtbank zag daarom aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.¹⁰⁴ Zij stelde de volgende prejudiciële vragen:¹⁰⁵

1. “Dient bij de beoordeling van de vraag of een in het buitenland vastgestelde familierechtelijke betrekking in Nederland kan worden erkend (artikelen 10:100 en

¹⁰⁰ Rb. Den Haag 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10145.

¹⁰¹ Rb. Midden-Nederland 31 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6374; Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16713; Hof Den Haag 1 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4394.

¹⁰² Rutten, *NIPR* 2018-346, p. 7.

¹⁰³ Rb. Den Haag 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10145.

¹⁰⁴ Rb. Den Haag 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10145.

¹⁰⁵ Rb. Den Haag 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10145; Rb. Den Haag 17 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14425.

10:101 BW en het voorheen in dit verband vigerende ongeschreven recht), eerst de voorvraag gesteld te worden of de daaraan ten grondslag liggende rechtsverhouding (in casu het huwelijk van de ouders) in Nederland kan worden erkend?”¹⁰⁶

2. “In hoeverre spelen artikel 10:9 BW (de fait accompli-exceptie) en artikel 3 van het Verdrag inzake de rechten van het kind hierbij een rol?”¹⁰⁷
3. “Als de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, brengt dan het feit dat het (oorspronkelijk bigame) huwelijk inmiddels wordt erkend omdat het eerdere huwelijk na het ontstaan van de familierechtelijke betrekking is ontbonden (zie artikel 11 lid 2 van het Haags Huwelijksverdrag), met zich mee dat ook de uit het (oorspronkelijk bigame) huwelijk ontstane familierechtelijke betrekking met terugwerkende kracht tot de geboorte moet worden erkend, al dan niet in het licht van artikel 3 van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK)?”¹⁰⁸
4. “Als de derde vraag bevestigend wordt beantwoord, staat het bepaalde in artikel 2 lid 1 RWN dan in de weg aan de verkrijging van het Nederlanderschap door het kind? Speelt hierbij een rol of in de periode tussen het ontstaan van de familierechtelijke betrekking en het wegvallen van het beletsel voor de erkenning van deze familierechtelijke betrekking al dan niet een onherroepelijke rechterlijke uitspraak is gedaan over het bestaan van de familierechtelijke betrekking en/of het Nederlanderschap?”¹⁰⁹

3.3.2 De beslissing van de Hoge Raad

Ten aanzien van de eerste vraag brengt de uitschakeling van het conflictenrecht volgens de Hoge Raad met zich mee dat er bij de toepassing van artikel 10:101 BW de conflictenrechtelijke voorvraag in de zin van de artikelen 10:4 en 10:33 BW niet gesteld

¹⁰⁶ Rb. Den Haag 17 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14425; HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:924, ro. 2.

¹⁰⁷ Rb. Den Haag 17 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14425; HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:924, ro. 2.

¹⁰⁸ Rb. Den Haag 17 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14425; HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:924, ro. 2.

¹⁰⁹ Rb. Den Haag 17 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14425; HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:924, ro. 2.

wordt. Als in het kader van de openbare orde¹¹⁰ de vraag rijst of er sprake is van een rechtsgeldig huwelijk, moet deze vraag volgens de Hoge Raad derhalve niet worden beantwoord door de artikelen 10:4 en 10:33 BW toe te passen.¹¹¹ Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad met deze formulering geen – expliciet – antwoord geeft op de vraag of de voorvraag naar de rechtsgeldigheid van het huwelijk een rol speelt bij de beoordeling van familierechtelijke betrekkingen die in het buitenland tot stand zijn gekomen.

Toch stelt de Hoge Raad vervolgens de voorvraag naar de rechtsgeldigheid van het huwelijk, waardoor het antwoord op de eerste prejudiciële vraag is dat de erkenning van de familierechtelijke betrekking in de buitenlandse geboorteakte afstuit op kennelijke onverenigbaarheid met de openbare orde.¹¹² Het argument dat de Hoge Raad hiervoor gebruikt is dat op deze manier bij de toepassing van de openbare orde als weigeringsgrond wordt aangesloten bij de andere bepalingen van Boek 10 BW. De andere bepalingen van Boek 10 BW – zoals artikel 10:32 BW – geven volgens de Hoge Raad namelijk een invulling aan het begrip ‘openbare orde’.¹¹³

Kidjan en Van Houwelingen merken terecht op dat de Hoge Raad toch de voorvraag van het huwelijk stelt, terwijl de wetgever duidelijk is geweest over het achterwege blijven van een conflictenrechtelijke toets.¹¹⁴ Daarnaast ziet de openbare orde-toets van artikel 10:100, eerste lid, onderdeel c, BW en artikel 10:101, eerste lid, BW slechts op de erkenning van een familierechtelijke betrekking. De erkenning van een huwelijk zou daarom geen rol (mogen) spelen bij de invulling van de openbare orde als weigeringsgrond voor de erkenning van buitenslands tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen.¹¹⁵

Wat betreft de tweede vraag overweegt de Hoge Raad dat aan de *fait accompli*-exceptie uit artikel 10:9 BW geen betekenis toekomt, omdat het conflictenrecht is ‘uitgeschakeld’.¹¹⁶ Over de betekenis van artikel 3 IVRK oordeelt de Hoge Raad dat dit fundamentele beginsel geen grond is voor een ander antwoord op de vraag.¹¹⁷ Het is teleurstellend dat de Hoge Raad,

¹¹⁰ Artikel 10:100, eerste lid, onderdeel c, BW in samenhang met artikel 10:101, eerste en tweede lid, BW.

¹¹¹ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.6.2.

¹¹² HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.6.4-3.6.6.

¹¹³ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.6.3.

¹¹⁴ Kidjan & Van Houwelingen, *JV* 2017/162.

¹¹⁵ Curry-Sumner, *JPF* 2013/102.; Rb. Midden-Nederland 31 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6374, m.nt. I. Curry-Sumner; Kidjan & Van Houwelingen, *JV* 2017/162; Rutten, *NIPR* 2018-346, p.475-476.

¹¹⁶ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.7.2-3.7.3.

¹¹⁷ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.8.2.

hoewel hij erkent dat artikel 3 IVRK een fundamenteel beginsel bevat, niet ingaat op het belang van het kind. De Hoge Raad verwijst voor deze vraag slechts naar de bevoegdheid van Nederland om in zijn wetgeving te bepalen aan wie het Nederlandschap toekomt. Daarnaast stelt de Hoge Raad dat de niet-erkenning op zichzelf geen inbreuk maakt op de buitenslands tot stand gekomen familierechtelijke betrekking en dat de niet-erkenning er evenmin toe strekt dat de buitenlandse nationaliteit van het kind verloren gaat.¹¹⁸ Het ligt in de lijn der verwachting dat bij een fundamenteel beginsel, zoals het belang van het kind, op zijn minst een belangenafweging wordt gemaakt tussen de belangen van de Nederlandse staat enerzijds en het belang van het kind anderzijds. Dit is echter niet gebeurd en dat maakt de motivering van de Hoge Raad minder overtuigend.¹¹⁹

Bij de derde vraag overweegt de Hoge Raad dat, wanneer aan een buitenlands huwelijk het polygame karakter is ontvallen, er daardoor geen sprake meer is van een kennelijke onverenigbaarheid met de openbare orde die een beletsel vormt voor de erkenning van familierechtelijke betrekkingen die uit een dergelijk huwelijk voortvloeien.¹²⁰ Uit de wet volgt echter niet vanaf welk moment in Nederland rechtsgevolg toekomt aan de erkenning van een in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke relatie, nadat het beletsel wegvalt.¹²¹ Daarom beantwoordt de Hoge Raad deze vraag niet in algemene zin. In deze zaak oordeelt de Hoge Raad dat het rechtsgevolg van de erkenning van het huwelijk intreedt vanaf het moment dat het huwelijk geen bigaam karakter meer heeft. Hetzelfde geldt voor de erkenning van de familierechtelijke betrekking tussen de verzoeker en het kind.¹²² De Advocaat-Generaal denkt hier echter anders over en is van mening dat wanneer het polygame karakter aan het huwelijk is ontvallen, de familierechtelijke betrekking tussen de verzoeker en het kind vanaf de geboorte kan worden erkend.¹²³

Bij de beantwoording van de vierde deelvraag overweegt de Hoge Raad dat een kind ingevolge artikel 3, eerste lid, RWN van rechtswege het Nederlandschap verkrijgt als het kind ‘ten tijde van zijn geboorte’ in een familierechtelijke betrekking staat tot een Nederlander. De Hoge Raad heeft echter oog voor het uitgangspunt dat de verkrijging van het

¹¹⁸ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.8.2.

¹¹⁹ Kidjan & Van Houweligen, *JV* 2017/162.

¹²⁰ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.9.2; Artikel 10:100, eerste lid, onderdeel c, BW in samenhang met artikel 10:101, eerste lid, BW.

¹²¹ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.9.3

¹²² HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.9.4 en 3.10.3.

¹²³ Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2017:104, ro. 2.32 bij HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942.

Nederlandschap geen terugwerkende kracht heeft.¹²⁴ Hierdoor kan volgens de Hoge Raad niet “worden aanvaard dat een kind dat is geboren uit een ten tijde van zijn geboorte polygaam huwelijk waaraan naderhand het polygame karakter is ontvallen, uitsluitend op grond van zijn afstamming van een Nederlandse vader of moeder van het rechtswege het Nederlandschap verkrijgt met terugwerkende kracht tot het tijdstip van zijn geboorte, dan wel met ingang van enig ander tijdstip (zoals het tijdstip waarop het polygame karakter aan dat huwelijk is ontvallen).”¹²⁵ Ook hier denkt de Advocaat-Generaal anders over. Volgens de Advocaat-Generaal speelt artikel 2, eerste lid, RWN vanwege artikel 3, eerste lid, RWN geen rol, omdat de familierechtelijke betrekking tussen de verzoeker en het kind vanaf de geboorte kan worden erkend en de verzoeker ten tijde van de geboorte van het kind Nederlander is. De Advocaat-Generaal is daarom van mening dat ook het eerste kind van de verzoeker ook op grond van artikel 3, eerste lid, RWN het Nederlandschap heeft verkregen.¹²⁶

De Hoge Raad wijst, net zoals de wetgever, op de mogelijkheid van erkenning of een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Deze mogelijkheid staat volgens de Hoge Raad open vanaf het moment dat het eerste huwelijk is ontbonden.¹²⁷ Met de ontbinding van het eerste huwelijk komt namelijk het polygame karakter aan het tweede huwelijk te ontvallen. Het feit dat het kind, nadat het polygame karakter aan het huwelijk van de ouders is ontvallen al een in Nederland erkende familierechtelijke betrekking heeft met de Nederlandse vader, doet volgens de Hoge Raad niets af aan de mogelijkheid tot erkenning of een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. De erkenning van de familierechtelijke betrekking is in dit geval volgens de Hoge Raad namelijk onvoldoende voor een verkrijging van het Nederlandschap van rechtswege door het kind.¹²⁸ De geboorteakte waarin de vader als vader van het kind staat vermeld wordt dus weliswaar erkend, maar toch zou een vader in een dergelijke situatie zijn kind *ook* moeten erkennen of zijn vaderschap gerechtelijk moeten laten vaststellen teneinde het kind de Nederlandse nationaliteit te laten verwerven. Na deze prejudiciële beslissing van de Hoge Raad heeft de rechtbank in overeenstemming hiermee vonnis gewezen.¹²⁹

¹²⁴ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.10.3.3-3.10.4; Artikel 2, eerste lid, RWN.

¹²⁵ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.10.4.

¹²⁶ Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2017:104, ro. 2.35 en 2.38 bij HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942.

¹²⁷ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.10.6; *Kamerstukken II* 2014/2015, 33488, nr. C, p. 18 (MvA).

¹²⁸ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.10.6; De Groot, *JV* 2018/26.

¹²⁹ Rb. Den Haag 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10088.

3.4 Jurisprudentie die is geweest na de prejudiciële beslissing

De Groot merkt terecht op dat de prejudiciële beslissing een inspiratiebron is geweest voor de jurisprudentie erna.¹³⁰ Dit zal aan de hand van de volgende vijf uitspraken worden geïllustreerd.

In 2017 heeft de Afdeling een uitspraak van de rechtbank vernietigd, waarin een kind uit een polygaam huwelijk wel de Nederlandse nationaliteit had verkregen.¹³¹ De minister van Buitenlandse Zaken had de aanvraag van een Nederlands paspoort voor het kind buiten behandeling gesteld, omdat het kind was geboren uit een polygaam huwelijk dat ten tijde van de geboorte van het kind niet kon worden erkend.¹³² Het bijzondere aan deze zaak was dat de eiser voordat hij het paspoort aanvraag al om de gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap had verzocht. De familienkamer van de rechtbank Den Haag (hierna: de familienkamer) oordeelde over dit verzoek dat het feit dat het kind is geboren uit een polygaam huwelijk niet met zich meebrengt dat de erkenning van de familierechtelijke betrekking tussen de man en het kind die uit dat huwelijk voortvloeit in strijd is met de Nederlandse openbare orde. Bij de beoordeling van familierechtelijke betrekkingen die in het buitenland tot stand zijn gekomen, speelt volgens de familienkamer de voorvraag naar de rechtsgeldigheid van het huwelijk namelijk geen rol.¹³³ De familierechtelijke betrekking tussen de man en het kind moest worden erkend, waardoor de Nederlandse man gold als de vader van de minderjarige en daardoor had hij geen belang meer bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.¹³⁴ De kinderen hadden volgens deze uitspraak dus al de Nederlandse nationaliteit.

De minister van Buitenlandse Zaken voerde aan dat de uitspraak van de familienkamer inzake het verzoek tot de vaststelling van het vaderschap niet in lijn is met de heersende leer van de Hoge Raad en dat, voor zover moet worden uitgegaan van dit oordeel, dit niet zonder meer kan betekenen dat de erkenning van de familierechtelijke betrekkingen het Nederlanderschap tot gevolg heeft.¹³⁵ De rechtbank oordeelde in 2016 dat het beroep van de eiser, waarin hij stelt dat hij “in een juridisch vacuüm” is terechtgekomen, slaagt. De conclusie van de familienkamer op het verzoek tot de gerechtelijke vaststelling moet naar het oordeel van de

¹³⁰ De Groot, *JV* 2018/26.

¹³¹ ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3337; Rb. Den Haag 17 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5785.

¹³² ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3337, ro. 3.

¹³³ Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16713.

¹³⁴ Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16713.

¹³⁵ Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16713; Rb. Den Haag 17 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5785 ro.2.

rechtbank daarom op een lijn worden gesteld met een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Hierdoor was het kind op grond artikel 4, eerste lid, RWN Nederlander geworden.¹³⁶

De Afdeling heeft de progressieve uitspraak van de rechtbank vernietigd, hoewel de redenering van de rechtbank volgens De Groot aansluit bij een lange traditie.¹³⁷ Volgens de Afdeling heeft de rechtbank namelijk met haar oordeel een nieuwe verkrijgingsgrond voor het Nederlanderschap gecreëerd, terwijl dit in strijd is met de RWN. De uitspraak van de familiekamer kan volgens de Afdeling niet op een lijn worden gesteld met een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. De rechtbank heeft in die uitspraak namelijk slechts vastgesteld dat de man in Nederland als de juridische vader van het kind geldt en zij heeft niet getoetst of aan de vereisten voor een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt voldaan. De man kan volgens de Afdeling een nieuw verzoek tot de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap indienen. Ook zou de man de procedure tot erkenning kunnen volgen op grond waarvan het kind vervolgens het Nederlanderschap zou kunnen verkrijgen.¹³⁸ Dit is opmerkelijk. Enerzijds stelt de Afdeling dat al uit de uitspraak van de familiekamer volgt dat de man in Nederland als de juridische vader van het kind geldt. Anderzijds wijst de Afdeling op de mogelijkheid van een procedure tot erkenning van het kind of de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, terwijl het juridisch vaderschap volgens de familiekamer al bestaat. Ook De Groot merkt dit in zijn annotatie op.¹³⁹ Wel sluit dit oordeel aan bij de prejudiciële beslissing. Hierin heeft de Hoge Raad namelijk geoordeeld dat een vader zijn kind ook moet erkennen of zijn vaderschap over het kind gerechtelijk moet laten vaststellen teneinde het kind de Nederlandse nationaliteit te laten verwerven.¹⁴⁰ Het was dan ook te voorspellen dat de Afdeling vervolgens de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad overneemt.¹⁴¹

In een tweede uitspraak van de Afdeling werd het onderzoek heropend, nadat de rechtbank het voornemen had uitgesproken prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Vervolgens haalde de Afdeling de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad aan en paste dit oordeel toe

¹³⁶ Rb. Den Haag 17 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5785 ro.6.2.

¹³⁷ De Groot, *JV* 2018/26; Rb. Den Haag 17 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5785.

¹³⁸ ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3337, ro. 5-5.1.

¹³⁹ De Groot, *JV* 2018/26.

¹⁴⁰ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.10.6.

¹⁴¹ ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3337, ro. 7-7.1.

op deze zaak.¹⁴² Ook hier deed de appellant een beroep op onder andere artikel 3 IVRK.¹⁴³ Dit was een uitgelezen kans geweest voor de Afdeling om nader te motiveren waarom artikel 3 IVRK (geen rol kan spelen bij de erkenning van een in het buitenland vastgestelde familierechtelijke betrekking. Dit is in deze zaak echter niet gebeurd. Dit is “een gemiste kans.”¹⁴⁴

Bij een derde uitspraak verwees de Afdeling weer naar de prejudiciële beslissing.¹⁴⁵ Ook hier deed de appellant een beroep op artikel 3 IVRK en artikel 8 EVRM.¹⁴⁶ De Afdeling ging hier echter niet op in, omdat de appellant dit zonder (goede) reden voor het eerst in hoger beroep aanvoerde.¹⁴⁷ Dit is dus weer “een gemiste kans.”¹⁴⁸

Nog een uitspraak waarin wordt verwezen naar de prejudiciële beslissing betreft een zaak bij de Afdeling die in 2017 diende. Voor de verandering waren het in deze zaak de (meerderjarige) kinderen zelf die beroep hebben ingesteld.¹⁴⁹ Volgens de appellanten levert het niet erkennen van de familierechtelijke betrekking tussen de appellanten en de ‘vader’ een schending van artikel 8 EVRM op, omdat dit hun familierelatie erg aantast. Daarnaast wijzen de appellanten op artikel 1:77, tweede lid, BW, waarin is geregeld dat de nietigverklaring van een huwelijk geen consequenties heeft voor de afstammingsrelatie tussen de ‘echtgenoten’ en kinderen die uit dat huwelijk zijn geboren. Volgens de appellanten zou artikel 14 EVRM vereisen dat het uitgangspunt in artikel 1:77, tweede lid, BW ook moet gelden voor kinderen die zijn geboren uit buitenlandse polygame huwelijken. Tevens doen de appellanten een beroep op het Unieburgerschap.¹⁵⁰

In deze zaak besteedt de Afdeling wel aandacht aan het beroep op artikel 8 EVRM en artikel 14 EVRM. Dat mag appellanten evenwel niet baten. Over artikel 8 EVRM overweegt de Afdeling dat er geen grond is voor het aannemen van een schending van artikel 8 EVRM. Volgens de Afdeling is het namelijk van belang dat de inmenging op het veronderstelde familieleven bij de wet is voorzien. Als rechtvaardiging voor deze inmenging noemt de

¹⁴² ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2580, ro. 5.1-6.

¹⁴³ ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2580, ro. 5.

¹⁴⁴ De Groot sluit zich aan bij Kidjan & Van Houwelingen door de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad “een gemiste kans” te benoemen. Ook is De Groot kritisch op de uitspraken van de Afdeling. Zie De Groot, *JV* 2018/26 en Kidjan & Van Houwelingen, *JV* 2017/162.

¹⁴⁵ ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3009, ro. 5.1.

¹⁴⁶ ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3009, ro. 5.

¹⁴⁷ ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3009, ro. 5.1.

¹⁴⁸ Zie noot 144.

¹⁴⁹ ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120, ro. 5.1.

¹⁵⁰ ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120, ro. 5.

Afdeling de bescherming van de openbare orde. Het niet erkennen van de familierechtelijke betrekkingen uit polygame huwelijken zou volgens de Afdeling ook proportioneel zijn, doordat het op een effectieve en evenredige wijze zou bijdragen aan de handhaving van het polygamieverbod oftewel de openbare orde.¹⁵¹

Het had echter meer voor de hand gelegen dat de Afdeling een belangenafweging zou maken tussen het recht op een familieleven en de openbare orde. Dat een bepaalde maatregel ten behoeve van de openbare orde wordt gehandhaafd, betekent namelijk nog niet dat de openbare orde in deze context zwaarder zou moeten wegen dan het recht op een familieleven. Uit de motivering van de Afdeling valt niet af te leiden waarom de openbare orde in dit geval zwaarder weegt.

Wat betreft het beroep op artikel 14 EVRM oordeelt de Afdeling dat dit artikel niet is geschonden. Volgens de Afdeling wordt het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd, doordat de Nederlandse autoriteiten niet de mogelijkheid hebben om een buitenslands gesloten huwelijk te vernietigen. Daarom heeft de wetgever volgens de Afdeling een objectieve rechtvaardiging gecreëerd door huwelijken die in het buitenland zijn gesloten van rechtswege nietig te achten.¹⁵² Dit is niet geheel overtuigend. Het beroep ziet namelijk niet op het onderscheid in de erkenning tussen bepaalde huwelijken, maar op het onderscheid dat wordt gemaakt tussen kinderen die worden geboren uit een in Nederland gesloten of erkend polygaam huwelijk en kinderen die worden geboren uit een buitenslands gesloten polygaam huwelijk dat ten tijde van de geboorte van deze kinderen niet in Nederland was erkend. Evenmin leidt het beroep op het Unieburgerschap tot het gewenste resultaat. De Afdeling heeft dit beroep namelijk buiten beschouwing gelaten, omdat dit beroep zonder (goede) reden pas in hoger beroep naar voren is gebracht.¹⁵³ Dit is wederom “een gemiste kans.”¹⁵⁴

Tot slot verwees de rechtbank naar de prejudiciële beslissing.¹⁵⁵ In deze zaak ging het opnieuw over de vraag of een kind, dat is geboren uit een buitenslands polygaam huwelijk het Nederlanderschap van rechtswege heeft verkregen. Dit huwelijk had inmiddels door ontbinding van het eerste huwelijk geen polygaam karakter meer.¹⁵⁶ De verzoeker in deze zaak stelde dat een onderscheid wordt gemaakt op grond van de geboorteplaats van kinderen

¹⁵¹ ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120, ro. 5.2.

¹⁵² ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120, ro. 5.2.

¹⁵³ ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120, ro. 5.5.

¹⁵⁴ De Groot noemt dit oordeel van de Afdeling een “dooddoener” in De Groot, *JV* 2018/26. Zie ook noot 144.

¹⁵⁵ Rb. Den Haag 29 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8472.

¹⁵⁶ Rb. Den Haag 29 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8472.

en tussen kinderen die binnen het huwelijk worden geboren en kinderen die uit een buitenechtelijke relatie worden geboren. Dit is volgens de verzoeker in strijd met artikel 2 IVRK, artikel 8 en artikel 14 EVRM. Volgens de verzoeker is de situatie van bigamie namelijk vergelijkbaar met de liberale gezinssituatie, waarop in het volgende hoofdstuk dieper wordt ingegaan. Het onderscheid tussen deze situaties is volgens de verzoeker niet objectief gerechtvaardigd. Daarbij wordt opnieuw verwezen naar de uitspraak *Genovese tegen Malta*. Volgens de rechtbank heeft de verzoeker onvoldoende onderbouwd dat er sprake is van strijd met (artikel 14 en) artikel 8 EVRM. De verzoeker zou onvoldoende omstandigheden hebben aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. Vervolgens herhaalt de rechtbank de woorden van de Hoge Raad.¹⁵⁷ Het is opvallend dat de rechtbank niet is ingegaan op de uitspraak *Genovese tegen Malta*.¹⁵⁸

3.5 Tussenconclusie

Voor kinderen die zijn geboren uit polygame huwelijken was en is het niet mogelijk het Nederlanderschap van rechtswege te verkrijgen. De Nederlandse man wordt namelijk niet als de juridische vader beschouwd, omdat bij het erkennen van een buitenlandse geboorteakte de voorvraag naar de rechtsgeldigheid van het huwelijk werd gesteld. Verschillende auteurs merken terecht op dat artikel 1:101 BW geen rechtsgeldig huwelijk vereist en dat de openbare orde-toets slechts op de erkenning van een buitenlandse geboorteakte moet zien.

De Hoge Raad erkent in de prejudiciële beslissing dat de voorvraag van artikel 10:33 BW niet gesteld dient te worden vanwege de ‘uitschakeling’ van het conflictenrecht. Toch past de Hoge Raad deze conflictenrechtelijke voorvraag toe. Hierbij houdt de Hoge Raad geen rekening met het feit dat de openbare orde-toets van artikel 10:101 BW niet ziet op de rechtsgeldigheid van een huwelijk, maar op de erkenning van een buitenlandse geboorteakte. Daarnaast schuift de Hoge Raad artikel 3 IVRK zonder enige belangenafweging aan de kant, terwijl de Hoge Raad toch erkent dat artikel 3 IVRK een fundamenteel beginsel bevat. Na het ontvallen van het polygame karakter aan het huwelijk waaruit het kind is geboren, kon in deze zaak de buitenlandse geboorteakte worden erkend. Toch wijst de Hoge Raad op de mogelijkheid van het erkennen van een kind en de gerechtelijke vaststelling teneinde het kind de Nederlandse nationaliteit te laten verwerven. Dit is bijzonder, omdat de Hoge Raad

¹⁵⁷ Rb. Den Haag 29 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8472; EHRM 11 oktober 2011, 53124/09 (*Genovese t. Malta*).

¹⁵⁸ Rb. Den Haag 29 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8472; EHRM 11 oktober 2011, 53124/09 (*Genovese t. Malta*).

hiermee een situatie creëert waarin een vader die al in een familierechtelijke betrekking tot zijn kind staat, zijn kind alsnog moet erkennen of zijn vaderschap over zijn eigen kind alsnog gerechtelijk moet laten vaststellen. Kortom, de uitspraak van de Hoge Raad biedt weinig verheldering van of verbetering in de rechtspositie van kinderen die zijn geboren uit polygame huwelijken.

Wel is de prejudiciële beslissing een inspiratiebron geweest voor de jurisprudentie die erna is geweest. In elke uitspraak wordt teruggegrepen op de prejudiciële beslissing. In deze jurisprudentie is weliswaar iets meer ingegaan op artikel 8 EVRM en artikel 14 EVRM, maar naar mijn idee nog steeds in onvoldoende mate. Zo is nog steeds niet duidelijk waarom de openbare orde boven het belang van het kind en het familieleven van het kind prevaleert. Daarnaast is bij herhaling niet inhoudelijk ingegaan op het beroep op de uitspraak *Genovese tegen Malta*. Ook rijst de vraag hoe deze jurisprudentie zich verhoudt tot het Unieburgerschap van de kinderen.

Hoofdstuk 4: De liberale gezinssituatie

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de liberale gezinssituatie. Hierbij ligt de focus op de openbare orde en de nationaalrechtelijke gevolgen die de liberale gezinssituatie met zich meebrengt. Allereerst wordt aandacht besteed aan de wetgeving die voor de andere ontwikkeling gold.

4.2 Wetgeving voor 1 april 2014

Alvorens artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW (oud) gold, was in artikel 1:224, eerste lid, onderdeel b, BW (oud) een absoluut erkenningsverbod geformuleerd. Zodra een kind ten tijde van het huwelijk van een gehuwde man verwekt *kon* zijn, dan kon de gehuwde man dit kind op grond van artikel 1:224, eerste lid, onderdeel b, BW (oud) niet (rechtsgeldig) erkennen omdat een dergelijke erkenning nietig was.¹⁵⁹ De Hoge Raad had al in 1989 geoordeeld dat een absoluut erkenningsverbod, zoals dat is neergelegd in artikel 1:224, eerste lid, onderdeel b, BW (oud), in strijd is met het recht op familieleven uit artikel 8 EVRM.¹⁶⁰ In 1996 werd een wetsvoorstel ingediend dat met artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW een einde maakte aan het absolute erkenningsverbod.¹⁶¹ Deze wet is met ingang van 1 april 1998 in werking getreden.¹⁶² Uit de MvT volgt dat de wetgever een absoluut erkenningsverbod in strijd acht met het recht op een familieleven, omdat artikel 8 EVRM een belangenafweging vereist.¹⁶³ De wetgever sloot zich met dit standpunt dus aan bij de Hoge Raad.¹⁶⁴

Op grond van artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW (oud) is een erkenning van een buitenechtelijk kind door een gehuwde man in beginsel nietig. Op deze hoofdregel bestonden twee uitzonderingen. Als de rechtbank had vastgesteld dat er sprake was (geweest) van een band tussen de man en de moeder die vergelijkbaar is met een huwelijk, was de erkenning niet nietig.¹⁶⁵ Ook was een erkenning rechtsgeldig, wanneer de rechtbank “een nauwe persoonlijke betrekking” tussen de man en het kind had vastgesteld.¹⁶⁶ Volgens de wetgever kon een kind

¹⁵⁹ *Stb.* 1987, 558; *Stb.* 1997, 772; *Stb.* 1998, 126; *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 12 (MvT).

¹⁶⁰ HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1689, ro. 3.4.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, nr. 8, p. 3.

¹⁶² *Stb.* 1997, 772; *Stb.* 1998, 126.

¹⁶³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 5 (MvT).

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 5 (MvT); HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1689, ro. 3.4.

¹⁶⁵ Artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW (oud).

¹⁶⁶ Artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW (oud).

door een gehuwde man erkend worden, wanneer de relatie tussen vader en kind onder de reikwijdte van het recht op een familieleven valt.¹⁶⁷

De vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingmediators (vFAS) schreef in haar advies over de andere ontwikkeling dat uit de praktijk zou blijken dat rechtbanken een dergelijke erkenning in de regel geldig verklaren.¹⁶⁸ Zo nam de Hoge Raad in 2007 een nauwe persoonlijke betrekking (“familieleven”) aan tussen een vader en zijn ongeboren dochter. Voor de Hoge Raad was de potentiële relatie tussen de vader en zijn dochter in deze zaak voldoende voor het aannemen van een familieleven.¹⁶⁹

4.3 De liberale gezinssituatie

4.3.1 De aanleiding: het recht op gelijke behandeling

Vanwege de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk, is ervoor gekozen artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW te laten vervallen. Door deze wijziging is het voor een gehuwde man mogelijk een buitenechtelijk kind te erkennen zonder rechterlijke tussenkomst.¹⁷⁰ Dit is mogelijk gemaakt met het oog op het recht op gelijke behandeling. Uit de MvT blijkt namelijk dat mannen die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan na de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk een buitenechtelijk kind zouden kunnen erkennen zonder rechterlijke tussenkomst. Ook kon een man die gehuwd is met een man een buitenechtelijk kind al zonder rechterlijke tussenkomst erkennen.¹⁷¹ Het recht op gelijke behandeling gaf de wetgever voldoende aanleiding om artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW te laten vervallen.¹⁷²

4.3.2 De openbare orde

De wetgever was zich ervan bewust dat de andere ontwikkeling het mogelijk zou maken de adoptiewetgeving te omzeilen. Voor deze situatie wijst de wetgever op de openbare orde-exceptie van artikel 10:100, eerste lid, onderdeel c, BW en artikel 10:101, eerste lid, BW.¹⁷³ Deze openbare orde-exceptie blijft gelden, maar gaat met de andere ontwikkeling in beginsel niet op voor een gehuwde man die een buitenechtelijk kind wil erkennen.¹⁷⁴ Sterker nog,

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 1997/98, 24649, nr. 11a, p. 5 (MvA); Artikel 8 EVRM.

¹⁶⁸ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33526, nr. 3, p.1.

¹⁶⁹ HR 20 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB9094, ro. 3.4.2.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II* 2012/13, 33526, nr. 3, p. 7-8 (MvT).

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26672, nr. 3 (MvT); *Stb.* 2001, 145; *Kamerstukken II* 2012/13, 33526, nr. 3, p. 7-8 (MvT); *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 819, p.1.

¹⁷² *Stb.* 2014, 134.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33526, nr. 3, p. 8-9 (MvT).

¹⁷⁴ HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:186, ro. 3.5.

wanneer een gehuwde man buitenechtelijke kinderen wil erkennen die zijn geboren in de periode waarin artikel 1:204 eerste lid, onderdeel e, BW nog gold, dan kan deze (destijds nietige) erkenning volgens de rechtbank Den Haag toch met terugwerkende kracht bekrachtigd worden. Dit oordeel had tot gevolg dat de betrokken kinderen het Nederlanderschap op grond van artikel 4, eerste lid, RWN hebben verkregen.¹⁷⁵

4.3.3 De verkrijging van het Nederlanderschap

De wetgever heeft aan de gehuwde man, die een buitenechtelijk kind erkent, de mogelijkheid gegeven het Nederlanderschap via erkenning aan dit kind door te geven.¹⁷⁶ De Hoge Raad heeft een uitspraak van het Hof bekrachtigd, waarin is geoordeeld dat kinderen het Nederlanderschap hebben verkregen, doordat een Nederlandse man die ten tijde van deze erkenningen gehuwd was hen heeft erkend. Het is hierbij opmerkelijk dat deze erkenningen hebben plaatsgevonden voor het vervallen van artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW en dat in deze zaak vaststond dat de Nederlandse man niet de biologische vader is van de kinderen. Toch konden deze erkenningen worden bekrachtigd met als gevolg dat de kinderen het Nederlanderschap verkregen.¹⁷⁷ Echter, de Hoge Raad kwam hierop terug met zijn prejudiciële beslissing uit 2018. Hierin heeft de Hoge Raad namelijk geoordeeld dat de beantwoording van de vraag in hoeverre het vervallen van het erkenningsverbod – zoals bedoeld in artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW – met zich mee kan brengen dat een gehuwde man via erkenning het Nederlanderschap doorgeeft aan een buitenechtelijk kind, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat als die erkenning plaats heeft gevonden in de periode waarin dit erkenningsverbod nog van kracht was. Volgens de Hoge Raad is de wetgever aan zet om te bepalen of het in een dergelijk geval gerechtvaardigd kan worden om af te wijken van het stelsel van de RWN en hoe deze afwijking eventueel vorm zou moeten krijgen. Daarom heeft de verzoeker in deze zaak het Nederlanderschap niet als gevolg van de erkenning verkregen.¹⁷⁸ Toch heeft de Hoge Raad in een latere uitspraak geoordeeld dat een erkenning ten behoeve van de verkrijging van het Nederlanderschap moet voldoen aan de wetgeving die gold ten tijde van de erkenning. Daarom beoordeelt de Hoge Raad de erkenning aan de hand van artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW, wanneer het gaat om de verkrijging van het Nederlanderschap.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Rb. Den Haag 13 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5771, ro. 4.6-4.7.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33526, nr. 6, p. 4 (NEV II).

¹⁷⁷ HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:186.

¹⁷⁸ HR 19 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:59, ro. 3.13.4-3.13.5.

¹⁷⁹ HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2377, ro. 4.2.2-4.2.3.

4.4 Tussenconclusie

Tot 1 april 1998 gold een absoluut erkenningsverbod voor gehuwde mannen. Zowel de Hoge Raad als de wetgever achten een absoluut erkenningsverbod in strijd met artikel 8 EVRM en daarom heeft de wetgever artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW geïntroduceerd. Artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW maakte het voor een gehuwde man mogelijk buitenechtelijke kinderen te erkennen, mits er – kort gezegd – sprake is van familielevens. Vanwege het recht op gelijke behandeling is artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW komen te vervallen.

De andere ontwikkeling heeft gevolgen gehad voor de invulling die aan de ‘openbare orde’ wordt gegeven. Door de andere ontwikkeling is het voor een gehuwde man namelijk mogelijk een buitenechtelijk kind te erkennen, zonder dat deze erkenning in strijd is met de openbare orde.

Tevens heeft de wetgever aan de gehuwde man, die een buitenechtelijk kind erkent, de mogelijkheid gegeven het Nederlanderschap via erkenning aan dit kind door te geven. Aan de Hoge Raad is de vraag voorgelegd hoe moet worden omgegaan met erkenningen die zijn gedaan tijdens de werking van artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW en dus nietig waren. Het is opvallend dat de Hoge Raad bij de beantwoording van deze vraag een onderscheid lijkt te maken tussen de erkenning van de familierechtelijke betrekking en de verkrijging van het Nederlanderschap. De Hoge Raad heeft geen moeite alsnog de familierechtelijke betrekking te erkennen, hoewel de erkenning heeft plaatsgevonden tijdens de werkingsperiode van het geclausuleerde erkenningsverbod. De Hoge Raad is van mening dat bij de verkrijging van het Nederlanderschap de erkenning echter wel dient te voldoen aan artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW.

Hoofdstuk 5: De ongelijkheid van kinderen

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt beoordeeld of het gemaakte onderscheid tussen kinderen die zijn geboren uit de liberale gezinssituatie en kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk in het licht van artikel 14 EVRM objectief kan worden gerechtvaardigd. Tot slot volgt de conclusie waarin een antwoord wordt gegeven op de hoofdvraag.

5.2 Het accessoire karakter

Vanwege het accessoire karakter van artikel 14 EVRM is het relevant op te merken dat de situatie van kinderen die zijn geboren uit polygame huwelijken onder het (bredere) bereik van artikel 8 EVRM valt.¹⁸⁰ Artikel 8 EVRM ziet namelijk niet alleen op het familieleven, maar ook op het belang van het kind en het privéleven.¹⁸¹ Dat de situatie van kinderen die zijn geboren uit polygame huwelijken onder het bereik van artikel 8 EVRM valt, wordt bevestigd door het feit dat rechters hebben getracht te motiveren dat de openbare orde een inmenging in het familieleven van deze kinderen rechtvaardigt.¹⁸² De toepasselijkheid van artikel 14 EVRM is hiermee een gegeven. Voor het aannemen van een schending van artikel 14 EVRM is een schending van artikel 8 EVRM overigens niet vereist.¹⁸³

5.3 De vergelijkbaarheid

Het ‘verschil’ tussen een kind dat is geboren uit een polygaam huwelijk en een kind dat is geboren uit een liberale gezinssituatie is dat bij een kind uit een polygaam huwelijk de vader ook een huwelijk heeft gesloten met de moeder, terwijl dat bij een kind dat is geboren uit een liberale gezinssituatie niet het geval is. Uit de zaak *Genovese tegen Malta* volgt dat het onderscheid tussen kinderen die binnen een huwelijk zijn geboren en kinderen die uit een buitenechtelijke relatie zijn geboren niet objectief gerechtvaardigd kan worden.¹⁸⁴ Het feit dat het buitenlandse polygame huwelijk niet in Nederland wordt erkend, maakt het ‘verschil’ nog kleiner. Door dit huwelijk niet te erkennen is een kind dat is geboren uit een buitenlands polygaam ‘huwelijk’ namelijk naar Nederlands recht niet geboren binnen een huwelijk. In

¹⁸⁰ Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.1.1 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

¹⁸¹ Forder e.a., in: *Sdu Commentaar EVRM* 2015, artikel 8 EVRM, aant. C.A en C.1.2.5 (online, bijgewerkt 10 juni 2015).

¹⁸² ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120; Rb. Den Haag 29 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8472.

¹⁸³ Council of Europe: European Court of Human Rights, *Handbook on European non-discrimination law* 2018, p. 30.

¹⁸⁴ EHRM 11 oktober 2011, 53124/09, par 44-46 (*Genovese t. Malta*).

Nederland kan dit kind dus worden aangemerkt als een kind dat is geboren uit een buitenechtelijke relatie van een gehuwde man. De situatie van een kind dat is geboren uit een polygaam huwelijk en de situatie van een kind dat is geboren uit de liberale gezinssituatie zijn hierdoor vergelijkbaar.

De Hoge Raad heeft in zijn prejudiciële beslissing voor de invulling van het begrip ‘openbare orde’ echter aansluiting gezocht bij artikel 10:32 BW.¹⁸⁵ Deze aansluiting ligt niet voor de hand, omdat artikel 10:32 BW niet op familierechtelijke betrekkingen ziet, maar op buitenlandse huwelijken. Het ligt daarom meer voor de hand als de Hoge Raad voor de invulling van de openbare orde aansluiting had gezocht bij de wetgeving en jurisprudentie met betrekking tot kinderen die zijn geboren uit de liberale gezinssituatie. Dit zou leiden tot de erkenning van een familierechtelijke betrekking tussen een kind uit een buitenlands polygaam ‘huwelijk’ en zijn vader, wat leidt tot een verkrijging van het Nederlanderschap van rechtswege.¹⁸⁶ De familierechtelijke betrekking tussen een gehuwde man en een buitenechtelijk kind kan immers worden erkend met alle nationaalrechtelijke gevolgen van dien. Aan een gehuwde man is namelijk de mogelijkheid gegeven het Nederlanderschap via erkenning door te geven aan een buitenechtelijk kind.¹⁸⁷ De keuze om aan te sluiten bij de liberale gezinssituatie ligt nog meer voor de hand, omdat de wetgever het conflictenrecht bij artikel 10:100 BW en artikel 10:101 BW heeft uitgeschakeld.¹⁸⁸ Het leerstuk van de voorvraag naar de rechtsgeldigheid van het huwelijk speelt hierdoor namelijk geen rol.¹⁸⁹ De Hoge Raad heeft toch aansluiting gezocht bij artikel 10:32 BW, waardoor kinderen die zijn geboren uit polygame huwelijken – in tegenstelling tot kinderen die zijn geboren uit de liberale gezinssituatie – geen familierechtelijke betrekking met hun ‘vader’ hebben en deze kinderen verkrijgen het Nederlanderschap niet van rechtswege.¹⁹⁰ Dit is een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen.

5.4 Onderscheid naar geboorte

Artikel 14 EVRM verbiedt onderscheid op grond van geboorte. Een onderscheid naar geboorte is een ‘verdacht’ onderscheid, waarop het EHRM de very weighty reasons-toets

¹⁸⁵ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.6.3.

¹⁸⁶ Artikel 3, eerste lid, RWN.

¹⁸⁷ HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:186, ro. 3.5; *Kamerstukken II 2012/13*, 33526, nr. 6, p. 4 (NEV II).

¹⁸⁸ *Kamerstukken II 2009/10*, 32137, nr. 3, p. 59 (MvT).

¹⁸⁹ Saarloos & Singh, *A&MR* 2014, nr. 3, p. 157-158.

¹⁹⁰ HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:186, ro. 3.5; *Kamerstukken II 2012/13*, 33526, nr. 6, p. 4 (NEV II); HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.6.3; artikel 3, eerste lid, RWN.

toepast.¹⁹¹ Toch wordt dit onderscheid gemaakt tussen kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk en kinderen die zijn geboren uit de liberale gezinssituatie. Het enige ‘verschil’ tussen deze kinderen is immers het polygame ‘huwelijk’ waaruit het kind al dan niet is geboren. Uit paragraaf 5.3 volgt dat een onderscheid tussen kinderen die zijn geboren binnen een huwelijk en kinderen die zijn geboren uit een buitenechtelijke relatie niet objectief gerechtvaardigd kan worden. Ook volgt uit deze paragraaf dat het polygame ‘huwelijk’ naar Nederlands recht niet wordt erkend, waardoor het ‘verschil’ tussen deze kinderen nog kleiner is.¹⁹² Rutten meent dat kinderen niet benadeeld zouden mogen worden door de relatievorm van hun ouders. Toch merkt Rutten op dit met het gemaakte onderscheid wel gedaan wordt.¹⁹³ Nu het gemaakte onderscheid een ‘verdacht’ onderscheid betreft, waarvoor het EHRM de very weighty reasons-toets hanteert, moet Nederland zeer zwaarwegende redenen kunnen aanvoeren die dit onderscheid kunnen rechtvaardigen.

5.5 Een objectieve rechtvaardiging?

Volgens de wetgever en de huidige jurisprudentie wordt het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd door het belang van de handhaving van het polygamieverbod.¹⁹⁴ Het polygamieverbod is van openbare orde en artikel 8, tweede lid, EVRM biedt de mogelijkheid een inmenging in het familieleven te rechtvaardigen, wanneer dit bij de wet is voorzien en bijvoorbeeld in het belang is van de goede zeden of de openbare orde.¹⁹⁵ De niet-erkenning van familierechtelijke betrekkingen die uit een polygaam huwelijk voortvloeien, zou zien op de bescherming van de openbare orde en goede zeden en de Afdeling is van mening dat het niet erkennen van deze betrekkingen proportioneel is, doordat het op een effectieve en evenredige wijze bijdraagt aan de handhaving van de openbare orde.¹⁹⁶ Los van het feit dat dit niet correct is, is het opvallend dat in geen enkele zaak, waarin een beroep is gedaan op artikel 8 EVRM, (voldoende) wordt gemotiveerd waarom de openbare orde prevaleert boven de belangen van het kind en het recht op familieleven. Rutten schrijft terecht dat zij de indruk heeft dat de Hoge Raad in de prejudiciële beslissing geen belangenafweging heeft gemaakt.¹⁹⁷ Het niet maken van een belangenafweging is in strijd met artikel 8 EVRM, nu zowel de

¹⁹¹ Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.3.2 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

¹⁹² EHRM 11 oktober 2011, 53124/09, par 44-46 (*Genovese t. Malta*).

¹⁹³ Rutten, *NIPR* 2018-346, p. 488.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2014/2015, 33488, nr. C, p. 18 (MvA); ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120, ro. 5.2.

¹⁹⁵ HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1035, ro. 3.2.

¹⁹⁶ ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120, ro. 5.2.

¹⁹⁷ Rutten, *NIPR* 2018-346, p. 490-491; HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942.

wetgever als de Hoge Raad bij het absolute erkenningsverbod voor een gehuwde man hebben opgemerkt dat artikel 8 EVRM een belangenafweging vereist.¹⁹⁸ Rutten gaat een stap verder en concludeert dat de verschillende belangen, zoals de belangen van kinderen, zouden moeten prevaleren boven het belang dat het polygamieverbod beoogt te beschermen.¹⁹⁹

De Afdeling meent dat het niet erkennen van familierechtelijke betrekkingen die uit een polygaam huwelijk voortvloeien effectief en evenredig bijdraagt aan de handhaving van de openbare orde.²⁰⁰ Verschillende auteurs en rechters hebben echter opgemerkt dat een familierechtelijke betrekking tussen een kind dat is geboren uit een polygaam huwelijk en zijn ‘vader’ niet in strijd hoeft te zijn met de openbare orde. De openbare orde-toets, die is neergelegd in artikel 10:101, eerste lid, BW in samenhang met 10:100, eerste lid, onderdeel c, BW, ziet immers niet op de erkenning van een huwelijk, maar op de erkenning van een familierechtelijke betrekking.²⁰¹ Ook is het niet erkennen van de familierechtelijke betrekking tussen een kind uit een polygaam huwelijk en zijn vader niet noodzakelijk voor de handhaving van het polygamieverbod. Hiervoor is de erkenning van het polygame huwelijk namelijk niet vereist.

Tevens heeft de Hoge Raad in 2016 geoordeeld dat, wanneer een kind geboren en getogen is in een feitelijke gezinssituatie met zijn ouders, niet kan worden geoordeeld dat de familierechtelijke betrekking in strijd is met de openbare orde.²⁰² Rutten merkt over deze overweging op dat zij in algemene bewoordingen is gesteld. Hoewel aan een kind dat is geboren en getogen in een feitelijke gezinssituatie met zijn biologische ouders de handhaving van de openbare orde niet kan worden tegengeworpen, heeft de Hoge Raad dit met de prejudiciële beslissing toch gedaan. Rutten concludeert daarom dat de Hoge Raad met twee maten meet.²⁰³

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 5 (MvT); HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1689, ro. 3.4.

¹⁹⁹ Rutten, *NIPR* 2018-346, p. 490-491.

²⁰⁰ ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120, ro. 5.2; HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1035, ro. 3.2.

²⁰¹ Curry-Sumner, *JPF* 2013/102.; Rb. Midden-Nederland 31 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6374, m.nt. I. Curry-Sumner; Kidjan & Van Houwelingen, *JV* 2017/162; Rutten, *NIPR* 2018-346, p.475-476; Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16713; Hof Den Haag 1 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4394; Saarloos & Singh, *A&MR* 2014, nr. 3, p. 158.

²⁰² HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:293,ro. 3.5.3.

²⁰³ Rutten, *NIPR* 2018-346, p.491; HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942.

De wetgever meent dat de rechtspositie van kinderen die zijn geboren uit polygame huwelijken nog steeds gewaarborgd wordt door de rechtsfiguur erkenning.²⁰⁴ Dit argument klopt echter niet, omdat de wetgever toen artikel 1:204, eerste lid, onderdeel e, BW kwam te vervallen, heeft benadrukt dat de openbare orde-exceptie, die is neergelegd in artikel 10:100, eerste lid, onderdeel c, BW juncto artikel 10:101, eerste lid, BW, blijft gelden.²⁰⁵ Uit de prejudiciële beslissing volgt dat, vanwege deze openbare orde-exceptie, de familierechtelijke betrekking tussen kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk en de Nederlandse ‘vader’ niet kan worden erkend zolang de polygame situatie voortduurt.²⁰⁶ Wanneer ouders ervoor kiezen een polygame situatie voort te zetten, wordt de rechtspositie van kinderen die zijn geboren uit dat polygame huwelijk dus niet gewaarborgd.

Het is onwaarschijnlijk dat het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden, nu er maar weinig situaties zijn die de very weighty reasons-toets hebben doorstaan.²⁰⁷ Het feit dat het niet erkennen van een familierechtelijke betrekking tussen een kind uit een polygaam huwelijk en zijn vader niet noodzakelijk is voor de handhaving van het polygamieverbod en het feit dat er onvoldoende is gemotiveerd waarom de openbare orde boven de belangen van het kind en het recht op een familieleven prevaleert, maken het nog onwaarschijnlijker dat het gemaakte onderscheid de very weighty reasons-toets kan doorstaan.

5.6 Conclusie

Met de beoordeling in dit hoofdstuk kan een antwoord gegeven worden op de hoofdvraag. Deze luidt:

“In hoeverre kan het bij de vaststelling van het Nederlanderschap gemaakte onderscheid tussen de rechtspositie van kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk en kinderen die zijn geboren uit de liberale gezinssituatie objectief worden gerechtvaardigd in het licht van artikel 14 EVRM?”

Het antwoord op deze vraag is dat het gemaakte onderscheid tussen kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk en kinderen die zijn geboren uit de liberale gezinssituatie slecht tot

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 2014/2015, 33488, nr. C, p. 18 (MvA).

²⁰⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 33526, nr. 3, p. 8-9 (MvT).

²⁰⁶ HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, ro. 3.10.6

²⁰⁷ Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018, artikel 14 EVRM, aant. C.3.1 (online, bijgewerkt 18 mei 2018).

in het geheel niet objectief gerechtvaardigd kan worden in het licht van artikel 14 EVRM. Dit antwoord wordt onderbouwd door de volgende punten.

Ten eerste is de handhaving van het polygamieverbod geen overtuigende rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid tussen kinderen die zijn geboren uit een polygaam huwelijk en kinderen die zijn geboren uit de liberale gezinssituatie. De erkenning van een familierechtelijke betrekking tussen een kind dat is geboren uit een polygaam huwelijk en de vader vereist namelijk geen erkenning van het polygame huwelijk. Zelfs met de erkenning van deze familierechtelijke betrekking kan het polygamieverbod dus worden gehandhaafd.

Ten tweede wordt in geen enkele zaak waarin een beroep is gedaan op artikel 8 EVRM (voldoende) gemotiveerd waarom de openbare orde – oftewel het polygamieverbod – boven de belangen van het kind en het recht op familielevens prevaleert. Dit staat op gespannen voet met het standpunt van zowel de wetgever als de Hoge Raad dat artikel 8 EVRM een belangenafweging vereist. Het feit dat artikel 8 EVRM een belangenafweging vereist, betekent dat er ruimte moet worden gelaten aan situaties, waarin de belangen van het kind en het recht op familielevens zwaarder wegen dan de openbare orde. Een dergelijke belangenafweging zou ook overeenkomen met de overweging van de Hoge Raad uit 2016 dat de openbare orde niet tegen de erkenning van een familierechtelijke betrekking tussen vader en kind kan worden ingeroepen, wanneer dit kind geboren en getogen is in een feitelijke gezinssituatie met beide ouders. Mede gelet op de motivering die wordt gebruikt in de jurisprudentie, lijkt een belangenafweging tussen de openbare orde en de belangen van het kind geheel te ontbreken. Dit is in strijd met artikel 8 EVRM.

Ten derde is door verschillende auteurs en rechters opgemerkt dat de erkenning van een familierechtelijke betrekking tussen een kind dat is geboren uit een polygaam huwelijk en zijn ‘vader’ niet in strijd hoeft te zijn met de openbare orde. De openbare orde-toets, die is neergelegd in artikel 10:101, eerste lid, BW in samenhang met 10:100, eerste lid, onderdeel c, BW, ziet immers niet op de erkenning van een huwelijk, maar op de erkenning van een familierechtelijke betrekking. Bovendien speelt het leerstuk van de voorvraag naar de rechtsgeldigheid van het huwelijk geen rol nu de wetgever het conflictenrecht heeft uitgeschakeld.

Ten slotte betreft het gemaakte onderscheid een verdacht onderscheid naar geboorte, waarop het EHRM de very weighty reasons-toets toepast. Gelet op het bovenstaande, is het onwaarschijnlijk dat het polygamieverbod als ‘objectieve rechtvaardiging’ een dergelijke toets

kan doorstaan. Het feit dat het in de praktijk weinig voorkomt dat een onderscheid de very weighty reasons-toets doorstaat, maakt dit nog onwaarschijnlijker.

Literatuur

Boele-Woelki, Curry-Sumner & Schrama 2010

K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner & W. Schrama, *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010.

Cate, Ten, *NJB* 2013, afl. 33, p. 2250-2254

R. Ten Cate, 'De ratio van het polygamieverbod', *NJB* 2013, afl. 33, p. 2250-2254.

Council of Europe: European Court of Human Rights, *Handbook on European non-discrimination law* 2018

Council of Europe: European Court of Human Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, 21 maart 2018,

https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_ENG.pdf.

Curry-Sumner, *JPF* 2013/102

I. Curry-Sumner, annotatie bij Rb. Den Haag 7 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3170, *JPF* 2013/102.

Dikke Van Dale 2018

Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse taal, Utrecht: Van Dale Uitgevers 2018 (ook online).

Forder e.a., in: *Sdu Commentaar EVRM* 2015

C.J. Forder e.a, commentaar op art. 8 EVRM, in: J.H. Gerards (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015 (losbladig en online).

Gerards, in: *Sdu Commentaar EVRM* 2018

J.H. Gerards, commentaar op art. 14 EVRM, in: J.H. Gerards (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018 (losbladig en online).

Gerards, *NJCM-Bulletin* 2004, nr. 2, p. 176-198

J.H. Gerards, 'Gelijke behandelbaar en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'?', *NJCM-Bulletin* 2004, nr. 2, p. 176-198.

Groot, De, *JV* 2018/26

G.R. de Groot, annotatie bij Afdeling 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3009, *JV* 2018/26.

Hammerstein-Schoonderwoerd, *NJ* 1994, 105

W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, annotatie bij HR1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1035, *NJ* 1994, 105.

Hoogen, Van den, *FJR* 2010/39

E.J.A. van den Hoogen, ‘Bi-, poly- of toch maar monogaam huwelijk?’, *FJR* 2010/39, afl. 4, p. 86-92.

Introductiedossier Ministerie van Buitenlandse Zaken 2017

Introductiedossier Ministerie van Buitenlandse Zaken (introductiedossier van 26 oktober 2017 voor nieuwe bewindslieden), 2017 (online publiek).

Kidjan & Van Houwelingen, *JV* 2017/162

V. Kidjan & T. van Houwelingen, annotatie bij HR19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, *JV* 2017/162.

Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw 2016

Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw (advies van de Staatscommissie Herijking Ouderschap van 7 december 2016 aan de minister van Veiligheid en Justitie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 33836, nr. 18.

Rutten, *NIPR* 2001, afl. 1 p. 44-52

S.W.E. Rutten, ‘Enkele beschouwingen over het polygamievraagstuk in een Westerse context’, *NIPR* 2001, afl. 1, p. 44-52.

Rutten, *NIPR* 2018-346

S.W.E. Rutten, ‘Erkenning van in het buitenland gevestigde afstamming’, *NIPR* 2018-346, nr. 3, p. 472-492.

Saarloos & Singh, *A&MR* 2014, nr. 3, p. 154-161

K.J. Saarloos & M. Singh, ‘Wie is de vader? De betekenis van buitenlandse geboorteakten voor het Nederlanderschap’, *A&MR* 2014, nr. 3, p. 154-161.

‘Wanneer heb ik een verklaring van ongehuwdheid nodig?’, Amsterdam.nl

‘Wanneer heb ik een verklaring van ongehuwdheid nodig?’,

[amsterdam.nl/veelgevraagd/?caseid=%7B33CA8F85-9F24-43CB-B7CD-](https://www.amsterdam.nl/veelgevraagd/?caseid=%7B33CA8F85-9F24-43CB-B7CD-077953D1E6FC%7D)

[077953D1E6FC%7D](https://www.amsterdam.nl/veelgevraagd/?caseid=%7B33CA8F85-9F24-43CB-B7CD-077953D1E6FC%7D) (geraadpleegd op 27 december 2018).

Jurisprudentie

Jurisprudentie met betrekking tot de vaststelling van het Nederlanderschap

Uitspraken van rechtbanken

Rb. 's-Gravenhage 5 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW2921.

Rb. Den Haag 7 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3170.

Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16713

Rb. Midden-Nederland 31 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6374, m.nt. I. Curry-Sumner.

Rb. Den Haag 17 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5785.

Rb. Den Haag 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10145.

Rb. Den Haag 17 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14425

Rb. Den Haag 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10088.

Rb. Den Haag 29 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8472.

Uitspraken van de Afdeling

ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:805.

ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1499.

ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2580.

ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3009, m.nt. G.R. de Groot.

ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120.

ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3337.

Uitspraken van de Hoge Raad

HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942 (concl. A-G P. Vlas), m.nt. V. Kidjan en T. van Houwelingen.

Overige jurisprudentie

Uitspraken van rechtbanken

Rb. Den Haag 13 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5771.

Uitspraken van het Gerechtshof

Hof Den Haag 1 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4394.

Uitspraken van de Hoge Raad

HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1035, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd.

HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1689.

HR 20 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB9094.

HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB8076.

HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9500.

HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:186.

HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:293.

HR 19 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:59.

HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2377.

Uitspraken van het EHRM

EHRM 8 juni 1976, ECLI:NL:XX:1976:AC0386 (*Engel e.a. t. Nederland*).

EHRM 21 februari 1997, 108/1995/614/702, *JB* 1997/64, afl. 0.

EHRM 8 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003187196 (*Sommerfeld t. Duitsland*).

EHRM 13 januari 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0113JUD003698397 (*Haas t. Nederland*).

EHRM 11 oktober 2011, 53124/09 (*Genovese t. Malta*).

EHRM 17 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0117JUD000603313 (*A.H. e.a. t. Rusland*).

Uitspraak van het HvJ EU

HvJ EU 2 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:104 (*Rottman*).

Parlementaire stukken

Aanhangsel Handelingen II 2005/06, 219.

Aanhangsel Handelingen II 2013/14, 819.

Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32175, nr. 17.

Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33526, nr. 3.

Kamerstukken II 1995/96, 24649, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1996/97, 24649, nr. 8.

Kamerstukken II 1997/98, 24649, nr. 11a (MvA).

Kamerstukken II 1999/2000, 26672, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2009/10, 32137, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2010/11, 32840, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2012/13, 33488, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2012/13, 33488, nr. 6 (NEV II).

Kamerstukken II 2012/13, 33526, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2012/13, 33526, nr. 6 (NEV II).

Kamerstukken II 2014/2015, 33488, nr. C (MvA).

Kamerstukken II 2017/18, 33836, nr. 24.