

Kinderdoop met een onwillige ouder (II)

Een civielrechtelijke benadering

Dr. mr. K.W. de Jong*

Een predikant van de Protestantse Kerk in Nederland (PKN) legde mij onlangs de volgende vraag voor: ‘Wat doe je als een van de ouders wel het kindje wil laten dopen en de andere niet?’ In een eerste artikel over de kerkrechtelijke benadering concludeerde ik dat het volgens de kerkorde van de PKN voldoende is als één van de ouders de doop van het kind verlangt.¹ Het behoort tot de verantwoordelijkheid van de kerkenraad in hoeverre hij het standpunt van de onwillige ouder laat meewegen. Als hij dat doet zal hij vermoedelijk vooral kijken naar de waarborgen die het gezin biedt voor de geloofsgroei van het kind.

In deze bijdrage bespreek ik de privaatrechtelijke kant van de zaak en stel ik de vraag of, en zo ja, in hoeverre de kerkenraad ten opzichte van de onwillige ouder onrechtmatig handelt als hij een enkele maanden oud kind tegen de wens van deze ouder in laat dopen. Net als in het eerste artikel ga ik ervan uit dat beide ouders gezag hebben en de onwillige ouder niet tot een kerkgenootschap behoort. Onder ‘onwillig’ versta ik het desgevraagd niet willen toestaan van de doop. Dit kan variëren van ‘eigenlijk liever niet willen’ tot ‘beslist niet willen’.

Het is de vraag wat de onwillige ouder met een onrechtmatigedaadsactie te winnen heeft, zeker als de doop heeft plaatsgevonden. Die valt op zich niet meer ongedaan te maken. Een eventuele schadevergoeding zal vermoedelijk beperkt of zelfs nihil zijn. Hij zal waarschijnlijk vooral het eigen recht en eigen gelijk bevestigd willen zien. In de praktijk spreken ouders in dit soort situaties voor de rechter in eerste instantie de andere ouder aan, onder meer met de eis van eenhoofdig gezag.² Het gelijk krijgen in relatie tot de andere betrokken partij, zoals een arts of school, loopt veelal via tuchtrecht en alternatieve geschil-

* DOI 10.7590/ntkr_2017_008

Dr. mr. Klaas-Willem de Jong (1961) is predikant en werkzaam aan de Protestantse Theologische Universiteit (PThU) als Universitair Docent Kerkrecht en vervult daar tevens enkele taken in het onderwijsmanagement.

¹ K.W. de Jong, ‘Kinderdoop met een onwillige ouder (I). Een kerkrechtelijke benadering’, *NTKR* 2017, afl. 1, p. 91-102. Ik refereer in het vervolg in de hoofdtekst aan dit artikel met ‘het eerste artikel’.

² Zie bijvoorbeeld de zaak waarin de doop van een kind centraal staat: Hof Den Haag 3 april 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE3503. Enkel het laten dopen zonder toestemming is in deze zaak onvoldoende om over te gaan tot eenhoofdig gezag (vgl. m.n. r.o. 6).

beslechting.³ De onwillige ouder kan waar het de kerk betreft die weg echter slechts voor het tuchtrecht bewandelen, maar de kans op succes is zeer klein.⁴ Voor hem staat daarmee in feite alleen de weg naar de burgerlijke rechter open. De desbetreffende kerkelijke gemeente en daarmee de PKN als geheel heeft bij een dergelijke zaak alleen maar te verliezen. Ik denk in de eerste plaats aan de morele kant. Als het tot een rechtszaak komt, is de ontwrichting van het gezinsleven al een feit, met ook het kind als slachtoffer. Dat staat haaks op het ideaal dat de kerk zal willen uitdragen. Verlies is er ook in reputatieschade, zowel voor de kerk als voor de betrokken ouders. De samenleving kijkt kritisch naar religie en kerk. Dat geldt a fortiori als de kerk, zoals in dit geval, bij niet-leden ingrijpt in het privédomein. De kerk heeft er daarom alle belang bij een dergelijke situatie te voorkomen. De achterliggende vraag is daarom of er aanleiding is bij de kinderdoop in de PKN-regelgeving en/of -praktijk aan te passen.

In par. 1 bespreek ik de kerkelijke organisatievrijheid in het licht van het burgerlijk recht. In par. 2 beschrijf ik de reikwijdte van het gezag van ouders met betrekking tot hun kind. In par. 3 werk ik de resultaten van de voorafgaande paragrafen uit in het licht van enkele aspecten van het onrechtmatigedaadsrecht. Par. 4 besluit met enkele conclusies.

I. Het recht van de kerk: organisatievrijheid

De eerste vraag die gesteld moet worden is of, en zo ja, in hoeverre de PKN het recht heeft ten aanzien van haar eigen organisatie regels te stellen.

Bestudering van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM maakt duidelijk dat volgens vaste rechtspraak van het EHRM art. 9 EVRM kerken in het licht van art. 11 EVRM organisatieautonomie biedt: ‘Seen from this perspective, the right of believers to freedom of religion encompasses the expectation that the community will be allowed to function peacefully, free from arbitrary State intervention. The autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords’.⁵ Dat geldt volgens *Svyato-Mykhaylivska Parafiya/Oekraïne* uit 2009 nadrukkelijk ook voor ‘the manner in

³ Denk voor de alternatieve geschilbeslechting in dit soort zaken bijvoorbeeld aan de Stichting Onderwijsgeschillen (bijv. Landelijke Klachtencommissie Islamitisch Onderwijs 18 november 2014, 106291), Kifid (bijv. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2 maart 2012, 2012-67), en dergelijke.

⁴ Vgl. De Jong 2017, p. 99. De bezwaarprocedure staat niet voor hem open.

⁵ EHRM 26 oktober 2000, 30985/96 (*Hasan & Chaush/Bulgarije*), par. 62. In dezelfde zin recent nog: EHRM 24 april 2016, 62649/10 (*Izzettin Dogan/Turkije*), par. 93.

which new members are admitted and existing members excluded'.⁶ Deze regelingen 'must be seen as a means by which such organisations are able to express their beliefs and maintain their religious traditions'.⁷ Als een individu zich om inhoudelijke of organisatorische redenen niet kan verenigen met zijn geloofsgemeenschap, dan kan hij zijn individuele recht op godsdienstvrijheid uitoefenen in 'the option of freely leaving the community', zoals de Grote Kamer van het EHRM in het verlengde van jarenlange rechtspraak opnieuw in de zaak *Martinez/Spanje* in 2014 uitsprak.⁸

Het recht op godsdienstvrijheid en daarmee op organisatievrijheid kan onder de in art. 9 lid 2 EVRM genoemde voorwaarden worden beperkt. Bij botsing met andere grondrechten vindt in beginsel een belangenafweging plaats.

De grondrechten, zoals die onder meer in het EVRM zijn neergelegd, hebben (indirecte) horizontale werking.⁹

Het recht op godsdienstvrijheid is ten aanzien van de kerkelijke organisatie in Nederland uitgewerkt in art. 2:2 BW. Kerkgenootschappen 'worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet'. Zij zijn autonoom in het regelen van hun interne verhoudingen. Dit neemt niet weg dat deze autonomie een beperking kent in de zinsnede 'voor zover ...'. Het begrip 'wet' is in de doctrine als volgt afgebakend. Het gaat om een wet in formele zin. Daaronder valt in het bijzonder de strafwetgeving. Civielrechtelijk gaat het om een strikte categorie rechtsnormen waarvan de omschrijving varieert, zoals 'fundamentele dwingende regels met voorrangspretentie', 'fundamentele beginselen van burgerlijke wetgeving', 'fundamentele rechtsbeginselen van de rechtsorde, zoals goede trouw, redelijkheid, billijkheid en goede zeden' en 'regels van openbare orde'.¹⁰ De vraag naar de betekenis van het 'in strijd met' blijft hiermee nog open. Vanwege de met het oog op de godsdienstvrijheid vereiste interpretatieve terughoudendheid van de rechter kan de autonomie van het kerkgenootschap slechts dan worden ingeperkt als sprake is van een grove schending van de genoemde regels en/of beginselen.¹¹

⁶ EHRM 14 juni 2007, 77703/01 (*Svyato-Mykhaylivska Parafiya/Oekraïne*), par. 150; EHRM 15 september 2009, 798/05 (*Mirolubovs/Litouwen*), par. 80d.

⁷ EHRM 14 juni 2007, 77703/01 (*Svyato-Mykhaylivska Parafiya/Oekraïne*), par. 150.

⁸ EHRM 12 juni 2014, 56030/07 (*Martinez/Spanje*), par. 128. Vgl. ECRM 8 maart 1976, 7374/76 (*X/Denemarken*).

⁹ Asser/*Hartkamp 3-I* 2015/226.

¹⁰ P.T. Pel, *Geestelijken in het recht. De rechtspositie van geestelijke functionarissen in het licht van het eigen recht van kerken en religieuze gemeenschappen in de Nederlandse rechtsorde* (Bakelsreeks), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 212.

¹¹ Vgl. HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173; A.P.H. Meijers, *Op het snijvlak van civiel en canoniek recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, p. 17; A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen* (diss. Groningen), Meppel: Boom Juridische uitgevers 2002 (= Santing-Wubs 2002), p. 45.

Op grond van het voorgaande kan met het oog op de casus worden vastgesteld dat de PKN in beginsel het recht heeft eigen regels vast te stellen en te hanteren voor de toelating tot de doop. Zij kan deze regels toepassen op haar eigen leden.

2. Het recht van de ouders: uitoefening van gezag

De volgende vraag is die naar de reikwijdte van het gezagsrecht dat de ouders in de onderhavige casus beiden hebben.

2.1. Oriëntatie

De rechtsverhouding tussen met gezag belaste ouders en hun kind wordt in belangrijke mate bepaald door het grondrecht op eerbiediging van het familieleven, zoals dat onder meer in art. 8 EVRM is neergelegd. Het EHRM heeft uitgesproken dat ook het ouderlijk gezag onder de werking van dit verdragsartikel valt: ‘the exercise of parental rights constitutes a fundamental element of family life’.¹²

De basis voor de rechtsverhouding van de ouders tot het kind en wat betreft die rechtsverhouding de verhouding tot elkaar is in het Burgerlijk Wetboek in een aantal beknopt geformuleerde basisbepalingen neergelegd. ‘Minderjarigen staan onder gezag.’¹³ Daaronder wordt onder meer het ‘ouderlijk gezag’ verstaan.¹⁴ Dat gezag heeft betrekking op ‘de persoon van de minderjarige, het bewind over zijn vermogen en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen’.¹⁵ Het ‘omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.’¹⁶ ‘Ouderlijk gezag wordt door de ouders gezamenlijk (...) uitgeoefend.’¹⁷ HR 10 september 1999 bevestigt in dat opzicht de ondergrens die het hof in casu aangaf voor het gezamenlijk gezag, namelijk dat ouders ‘beslissingen van enig belang over hun kind in gezamenlijk overleg kunnen nemen, althans tenminste in staat zijn vooraf afspraken te maken over situaties

¹² EHRM 14 juni 2011, 38058/09 (*Osman/Denemarken*), par. 64. Vgl. EHRM 28 november 1988, nr. 10929/84, par. 61 (*Nielsen/Denemarken*).

¹³ Art. 1:245 lid 1 BW.

¹⁴ Art. 1:245 lid 2 BW.

¹⁵ Art. 1:245 lid 4 BW.

¹⁶ Art. 1:247 lid 1 BW.

¹⁷ Art. 1: 245 lid 3 BW (vgl. m.n. art. 1:251 lid 1, art. 253aa lid 1 BW). Vgl. ook art. 1:253i lid 1 BW.

die zich rond het kind kunnen voordoen'.¹⁸ Algemeen wordt aangenomen dat de ouders in beginsel alle bevoegdheden hebben om naar eigen inzicht vorm te geven aan de opvoeding. Ook het lid (doen) worden en het lid zijn van een kerkgenootschap behoort daartoe.¹⁹ Leidend in de gezagsuitoefening is 'het belang van het kind'.²⁰ De wet geeft daarvan geen nadere omschrijving. Dit belang is sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden. Ik ga daar hieronder in het kader van de jurisprudentie nog nader op in.

Als ouders het op een bepaald punt niet eens worden, kan een van hen of kunnen beiden dat voorleggen aan de burgerlijke rechter (art. 1:253a BW).²¹ De wet stelt geen voorwaarden aan de aard of zwaarte van het geschil. De rechter dient in eerste instantie aan te sturen op 'een vergelijk tussen de ouders'.²² Pas als dat niet lukt neemt hij een beslissing 'in het belang van het kind'.²³ In de praktijk is dat belang er dan een 'van de eerste orde', maar worden alle omstandigheden en alle belangen meegewogen.²⁴

Asser-De Boer stelt dat het belang van het kind niet alleen de invalshoek is waarmee het recht zich met de jeugdige inlaat, maar impliciet tevens de 'sterke rechtspositie van de ouders tegenover inbreuken op hun gezag' markeert.²⁵ Slechts de wet biedt mogelijkheden om deze te doorbreken, extreme situaties daargelaten.²⁶

Op het eerste gezicht geldt de sterke rechtspositie niet alleen voor de ouders gezamenlijk, maar in het verlengde daarvan ook voor de individuele ouders.

¹⁸ HR 10 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2963, *NJ* 2000, 20. De omschrijving keert sindsdien met regelmaat terug in de Concl. A-G bij familierechtszaken.

¹⁹ *Asser/De Boer 1** 2010/818e. Wortmann, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247, aant. 2. Vgl. voor de achterliggende verdragen: M. de Blois, 'Jongensbesnijdenis en het recht', *NTKR* 2012, p. 58v.

²⁰ Vgl. *IVRK*, art. 3.

²¹ Hof Leeuwarden 10 november 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK2889 (zie ook *JPF* 2010/45, m.nt. Vlaardingerbroek), r.o. 6 en 9, vgl. 13, neemt een plicht tot voorleggen voor beide ouders aan, waar de een eenzijdig een beslissing neemt ten aanzien van de schoolkeuze van het kind, terwijl de ander daar in eerste instantie in berust maar in een later stadium de beslissing alsnog wil aanvechten. Deze benadering heeft echter, voor zover ik kan zien, niet breed navolging gevonden (vgl. echter Rb. Alkmaar 20 juli 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AT9598, r.o. 4.11, waarin volgens de rechtbank 'bij verschil van mening (...) in beginsel de weg van art. 1:253a BW gevolgd moet worden').

²² Art. 1:253a lid 5 BW.

²³ Art. 1:253a lid 1 en 5 BW.

²⁴ Vaste rechtspraak: zo bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 29 januari 2015, r.o. 3.9. Vgl. *IVRK* art. 3 lid 1: 'the best interests of the child shall be a primary consideration' (zie verder HR 25 april 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC5901 (concl. P-G F.F. Langemeijer), r.o. 2.7).

²⁵ *Asser/De Boer 1** 2010/813-814. Vgl. *IVRK*, art. 3.

²⁶ Vgl. HR 25 september 1998, *NJ* 1999, 379, r.o. 3.2, verwijzend naar rechtspraak van het EHRM aangaande art. 8 EVRM.

Beiden zijn nodig om van gezamenlijkheid te kunnen spreken. Toch staat de individuele ouder met zijn rechtspositie volgens mij aanzienlijk zwakker, met name als het gaat om een bepaalde actie, zoals het laten dopen. Hij moet immers tot een vergelijk zien te komen met de ander, anders kan hij zijn recht niet doen gelden. Als de individuele ouder iets niet wil, zoals de onwillige ouder in de onderhavige casus, en de ander juist wel, staat de weigerende ouder doorgaans sterker. Simpelweg door te volharden kan hij immers zijn standpunt doorslaggevend doen zijn, tenzij uiteraard de ander de gang naar de rechter maakt. Structureel volharden in de eigen standpunten in deze en andere situaties staat echter op gespannen voet met de gezamenlijkheid in de aanpak van de opvoeding. De gevolgen voor de onderlinge relatie laten zich raden. In extreme situaties kan dit ertoe leiden dat een ouder of zelfs beide ouders het gezag kwijtraken.²⁷ Het is geen toeval dat vrijwel alle procedures ex art. 1:253a BW betrekking hebben op ouders die geen gezamenlijke huishouding voeren.²⁸

2.2. Jurisprudentie

Hoe wordt het belang van het kind in de rechtspraak uitgewerkt? Twee Utrechtse juristen, J. Tigchelaar en M. Jonker, hebben de digitaal gepubliceerde Nederlandse jurisprudentie en de jurisprudentie van het EHRM met het oog op deze vraag geanalyseerd in situaties waarin de ouders van opvatting verschillen over godsdienstige aspecten in de opvoeding.²⁹ Zij komen tot de volgende factoren die de rechter in zijn overwegingen meeneemt.³⁰ In de eerste plaats noemen zij stabiliteit en continuïteit in de situatie van het kind. Een tweede factor die in de overwegingen van de rechter een rol speelt is mogelijk sociaal isolement en/of de kans op sociale integratie. Een derde is het fysieke en psychologische welbevinden van het kind. In de vierde plaats weegt de rechter de keuze van het kind, op het moment van het oordeel en in de toekomst. Tot slot zijn er praktische overwegingen die losstaan van de godsdienstige opvoeding door de ouders.

Eén Nederlandse zaak licht ik eruit, omdat die qua thematiek enigszins in de buurt komt van de casus van dit artikel. Ze diende in 2006 in kort geding voor de Rechtbank Middelburg. De biologische vader eiste dat de rechter de jeugdzorginstelling die alleen de voogdij over zijn minderjarige kind had, ver-

²⁷ Zie hiervoor A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Redelijk recht en eenhoofdig gezag na scheiding', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 129-141.

²⁸ Rb. Utrecht 15 mei 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI7161, vormt een uitzondering op de regel.

²⁹ J. Tigchelaar & M. Jonker, 'How is a Judicial Decision Made in Parental Religious disputes? An analysis of determining factors in Dutch and European Court of Human Rights case law', *Utrecht Law Review* 2016, afl. 2, p. 24-40.

³⁰ Tigchelaar & Jonker 2016, p. 37v.

bood toestemming te geven voor de doop van dat kind. De vader, zelf niet-religieus opgevoed, stelde dat het kind te zijner tijd zelf een keuze moest maken en dat dat dopen op deze leeftijd in de weg stond. De rechter overwoog dat het belang van de vader niet was ‘ingegeven door een eigen religieuze levensovertuiging waar hij [de minde[r]jarige] op de een of andere manier deelgenoot van wil laten zijn als onderdeel van zijn afkomst’.³¹ Daar stond tegenover dat het kind, wiens leeftijd in de gepubliceerde uitspraak niet nader aangeduid wordt, zelf ook gedoopt wilde worden. Het groeide op in een katholiek pleeggezin en op een katholieke school. Het was volgens de rechter ‘voor een kind van zijn leeftijd (...) belangrijk om niet het gevoel te hebben daarbuiten te vallen en dus deel te kunnen nemen aan de daarbij behorende activiteiten en festiviteiten’. Daar kwam bovendien nog bij dat de uit het ouderlijk gezag ontheven biologische moeder deze doop mede vanwege haar katholieke achtergrond wenste. De keuzevrijheid van het kind werd in de optiek van de rechter niet ‘beperkt c.q. aangetast door de doop. Indien [de minde[r]jarige] later geen of een ander geloof wenst aan te hangen staat hem dat vrij.’ De rechter wees de eis van de vader af.

In deze zaak kent de rechter met name gewicht toe aan de huidige en toekomstige keuze van het kind, dit in relatie tot de factor van sociale integratie/sociaal isolement. De inbreng van de andere genoemde gezichtspunten, als stabiliteit en continuïteit, fysiek en psychologisch welbevinden, zouden volgens mij niet tot een andere conclusie hebben geleid. Het geheel van de uitspraak overtuigt in het wegen van verschillende betrokken belangen, in het bijzonder die van het kind. Niettemin teken ik aan dat de rechter mijns inziens op onjuiste gronden de inbreng van de vader terzijde schuift. Ook een niet-religieuze overtuiging is een overtuiging, waarin iemand zijn kind in kan willen laten delen. Verder is het kind, anders dan de rechter meent, na deze doop niet meer geheel vrij in zijn geloofskeuze. Ik kom daar in par. 3.2 op terug.

Het genoemde onderzoek van de Utrechtse juristen laat verder zien dat het EHRM geneigd is geschillen tussen ouders ten aanzien van de religieuze opvoeding van hun kinderen te beoordelen in het licht van het discriminatieverbod van art. 14 EVRM, in samenhang met art. 8 en/of 9 EVRM.³² In de zaak *Hoffmann/Oostenrijk* heeft het hof de hoofdregel gegeven: ‘Notwithstanding any possible arguments to the contrary, a distinction based essentially on a difference in religion alone is not acceptable’.³³ Een verschil in religieuze overtuiging tussen twee ouders mag geen verschil maken in de toepasselijkheid van art. 8 EVRM op die beide ouders. Zij hebben in beginsel beiden gelijke rechten. De keuze

³¹ Rb. Middelburg (vzr.) 14 november 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ8230, r.o. 4.2., evenals de overige citaten in deze alinea.

³² Tigchelaar & Jonker 2016, p. 30v.

³³ EHRM 23 juni 1993, 12875/87 (*Hoffmann/Oostenrijk*), par. 36.

om te laten dopen heeft als zodanig in principe geen pre boven de keuze dat niet te doen, en omgekeerd. In het vrij recente arrest *Vojnity/Hongarije* heeft het EHRM evenwel uitgesproken dat het maken van verschil op grond van het gewicht van art. 9 EVRM alleen is toegestaan in het geval van ‘very weighty reasons’, waarbij het belang van, c.q. de mogelijke schade voor, het kind centraal staat.³⁴ Het hof zoekt hiermee bewust aansluiting bij eerdere uitspraken inzake geslacht, geslacht bij de geboorte, seksuele oriëntatie en nationaliteit, waarbij in deze gevallen uitsluitend bij ‘very weighty reasons’ onderscheid geoorloofd werd geacht. De precieze reikwijdte van deze uitspraak is nog niet vast te stellen. Het is tot op heden de enige uitspraak in een zaak als deze.³⁵ Bovendien gaat het om een extreme situatie, zowel wat betreft de godsdienstige overtuigingen van de ouder en de wijze waarop hij die aan zijn kind oplegde, als de door de staat opgelegde maatregel. Duidelijk is evenwel het volgende. Waar het de beoordeling van de individuele wensen van ouders ten aanzien van de opvoeding van hun kind betreft, mag de religieuze opvatting die eraan ten grondslag ligt geen rol spelen. In casu mag de wens om het kind te laten dopen niet om het religieus geïnspireerde karakter ervan worden afgewezen. Dat is alleen mogelijk onder zeer bijzondere condities, gerelateerd aan het belang van het kind. Van dergelijke condities is in de casus echter geen sprake.

2.3. Conclusie

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat voor het laten dopen van een kind in beginsel de instemming van beide ouders noodzakelijk is (of de rechter in voorkomend geval daarvoor vervangende toestemming moet geven). Echter, waar de zaak aan een rechter voorgelegd wordt, en deze niet tot een vergelijk tussen de ouders kan komen, zal deze weliswaar het belang van het kind sterk laten wegen, maar in zijn oordeel alle omstandigheden en alle belangen betrekken.

3. De onrechtmatige daad door een kerkgenootschap

Nu de posities van kerkgenootschap en gezaghebbende ouders geschetst zijn, kom ik toe aan de vraag of de inbreuk van een kerkgenootschap op het gezagsrecht van een van de ouders gekwalificeerd kan worden als onrechtmatige daad. Ik geef een korte schets van de opvattingen over het onrechtmatigedaadsrecht ten aanzien van kerken, maak daarin een keuze, om vervolgens in het licht van de casus een aantal aspecten te bespreken.

³⁴ Vgl. EHRM 12 februari 2013, 29617/07 (*Vojnity/Hongarije*), par. 36.

³⁵ Vgl. Tigchelaar & Jonker 2016, p. 35v.

3.1. Oriëntatie

Het is algemeen aanvaard dat het onrechtmatigedaadsrecht ook op kerken van toepassing kan zijn.³⁶ De opvattingen verschillen met name over de zorgvuldigheidsnormen die van toepassing zijn. Een van de eersten die zich met een onrechtmatige daad door een kerkgenootschap heeft beziggehouden is de Groningse hoogleraar F.T. Oldenhuis. Hij formuleert als vuistregel: ‘hoe meer de betwiste gedraging of mededeling “naar binnen bericht” is, des te groter de invloed wordt van de specifieke kerkrechtelijke regels bij de beantwoording van de vraag of de zorgvuldigheidsnorm is geschonden.’³⁷ Hij lijkt dit later enigszins te nuanceren. Hij maakt dan onderscheid tussen meer naar binnen en meer naar buiten gerichte uitingen en noemt dat met nadruk ‘een handvat in het kader van de rechtsvinding en niet meer dan dat’.³⁸ Het gebruik van de vuistregel beperkt hij tot het meer interne handelen en dan nog impliciet.

Enkele auteurs modificeren Oldenhuis’ onderscheid in de gerichtheid van meer naar binnen en meer naar buiten gerichte uitingen. D.A.C. Slump, van binnenuit bekend met de rechtspraak, houdt het bijvoorbeeld in een bijdrage aan de Oldenhuis-bundel op de ‘interne en externe *werking* van kerkelijke besluiten’ (curs. KWdJ).³⁹ De stap naar de emeritus hoogleraar aan de VU, T.J. van der Ploeg, is dan in ieder geval qua terminologie klein. Hij spreekt over uitingen ‘die een maatschappelijke (externe) *uitwerking* hebben’ (curs. KWdJ) en gedragingen die dat niet hebben.⁴⁰ De eerste categorie kan een onrechtma-

³⁶ Zie ter introductie: T.J. van der Ploeg, ‘De verhouding tussen het interne recht van geloofsgemeenschappen en het burgerlijke recht’, in: L.J. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Geloofsgemeenschappen en recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014 (= Van Drimmelen & Van der Ploeg 2014), p. 335-347, m.n. p. 345-347. Een belangrijk deel van de bevindingen in par. 3.1 heb ik ontleend aan mijn niet gepubliceerde masterscriptie ‘Recht in de wereld, maar niet van de wereld. De invloed van het eigen kerkrecht op de uitkomst van een onrechtmatigedaadsactie van een individu tegen het kerkgenootschap waarbij hij betrokken is’ (op internet: <http://njb.nl/Uploads/2014/4/Scriptie-De-Jong.pdf>, geraadpleegd op 15-05-2017).

³⁷ F.T. Oldenhuis, ‘Kerkgenootschappen en privaatrecht; kanttekeningen bij “de zaak Kruis”’, in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 303-313, m.n. p. 313.

³⁸ F.T. Oldenhuis, ‘Het spanningsveld tussen kerkrecht en privaatrecht’, in: A. Haan-Kamminga & E.F. Stamhuis, *Religie, cultuur en het recht van de overheid* (CRBS-reeks 5), Meppel: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 37-46, m.n. p. 46; vgl. F.T. Oldenhuis, ‘Kerkelijke geschillen; de burgerlijke rechter en kerkelijke conflicten’, in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg, *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 175-187, m.n. p. 186. Echter de opvatting uit 1994 wordt zonder voorbehoud geciteerd in F.T. Oldenhuis e.a., *Schuurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Van Gorcum 2007, p. 115.

³⁹ D.A.C. Slump, ‘Burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen’, in: G.R. Rutgers (red.), *Kerk, Recht en Samenleving* (Oldenhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 67-86, m.n. p. 77 en 79. Vgl. Santing-Wubs in een weergave (!) van Oldenhuis’ opvattingen die spreekt van “intern” en “extern” *werkende gedragingen*’ (Santing-Wubs 2002, p. 48 (curs. KWdJ)).

⁴⁰ T.J. van der Ploeg, ‘Het recht en de geschilbeslechting in private organisaties en kerkgenootschappen onder of boven de wet’, in: R.J.C. Flach e.a., *Amice* (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 263-273, m.n. p. 271.

tige daad vormen – Van der Ploeg noemt als voorbeeld de opzegging van huur –, de tweede niet. Hij tekent daarbij aan dat dit onderscheid wat hem betreft losstaat van de gerichtheid van de uiting. In zijn optiek dient bij een gedraging met externe uitwerking een volle toetsing aan redelijkheid en billijkheid plaats te vinden.

In de onderhavige casus is het dopen en de besluitvorming daaromtrent aan te merken als sterk naar binnen gericht, terwijl de uitwerking naar de niet-kerkelijke onwillige ouder die geconfronteerd wordt met de inbreuk op een fundamenteel persoonlijk recht sterk extern is. Mijn eigen positie hierin is als volgt. Voor zover het de eigen leden betreft, i.c. de ouder die de doop vraagt, zal bij een kerkelijk ritueel als de doop bij het hanteren van de kerkelijke regels de zorgvuldigheidsnorm niet snel geschonden worden. De organisatieautonomie van kerken zoals die in art. 9 EVRM en in de jurisprudentie van het EHRM is neergelegd, ondersteunt dat. Waar het echter derden betreft, in casu de onwillige ouder, zal de betrachte zorgvuldigheid in beginsel getoetst worden aan de hand van algemeen maatschappelijk aanvaarde normen. In dat verband wijs ik op de vaste jurisprudentie van het EHRM dat autonomie van het kerkelijk collectief begrensd wordt door het recht van het individu om uit te treden. Zou in de onderhavige casus de kerkelijke regelgeving ook onverkort op de onwillige ouder van toepassing zijn, dan heeft deze begrenzing in feite geen betekenis. Ik maak bij het toetsingscriterium wel de kanttekening dat de rechter in zijn oordeel zo veel mogelijk rekenschap moet geven van het in par. 1 genoemde vereiste van de interpretatieve terughoudendheid.

Ik werk mijn benadering met name voor wat betreft het ‘zo veel mogelijk rekenschap’ geven van de interpretatieve terughoudendheid uit aan de hand van een zaak die speelde in 1989, in kort geding voor de Rechtbank Arnhem. Een dooplid liet zich uitschrijven uit de registers van de Christelijke Gereformeerde Kerk van Ede en vermeldde daarbij duidelijk dat dit niet automatisch ‘een breuk met God’ betekende.⁴¹ In een kerkdienst waarin de uitschrijving werd meegedeeld bad de predikant evenwel voor de betrokkene, die ‘U [God] (...) de rug toekeert’.⁴² De Arnhemse rechter overwoog: ‘Naarmate betrokkenen echter met de kerk minder juridische en feitelijke band hebben, zullen zij zich van de zijde van de kerk (steeds) minder inbreuk op hun levenssfeer behoeven te laten welgevallen.’⁴³ De rechter nam zijn uitgangspunt in het recht op godsdienstvrijheid van het kerkgenootschap. Dat legde veel gewicht bij hem in de schaal, temeer daar de eiser nog maar net lid-af was. Hij woog dat af tegen de

⁴¹ Rb. Arnhem (pres.) 24 februari 1989, *KG* 1989, 114, par. 1.b.

⁴² Rb. Arnhem (pres.) 24 februari 1989, *KG* 1989, 114, par. 1.f.

⁴³ Rb. Arnhem (pres.) 24 februari 1989, *KG* 1989, 114, par. 10.

schending van de persoonlijke levenssfeer. Hij stelde de eiser in het gelijk, omdat de kerk vrij eenvoudig ook de zienswijze van de eiser naar voren had kunnen brengen. Ik acht dit een evenwichtig oordeel, al moet de vraag gesteld worden of de rechter voldoende rekening hield met de plaats van de uiting, een kerkdienst. Bescherming daarvan behoort tot het hart van het grondrecht.⁴⁴ De rechter leek een sterk accent te leggen op het openbaar karakter van de kerkdienst, hetgeen gelet op de Edese context in die jaren en de aard van de uiting niet vreemd is. De rechter deed in deze uitspraak recht aan het gewoonterecht van het kerkgenootschap. Het kerkgenootschap had in dit geval slechts iets méér moeten zeggen, zonder dat het daarmee afbreuk zou hoeven doen aan zijn eigen opvatting en de daaruit voortvloeiende gebruiken en regels.

3.2. Onrechtmatige daad

Ik bespreek hieronder enkele elementen die in de gepresenteerde casus een rol kunnen spelen bij een eventuele onrechtmatigedaadsactie.

Onrechtmatigheid

Algemeen wordt aangenomen dat bij een inbreuk op het ouderlijk gezag sprake kan zijn van een onrechtmatige daad.⁴⁵ Als de kerk zich bewust is van het feit dat de andere ouder de doop niet wil toestaan en het kind toch doopt, maakt ze jegens deze ouder inbreuk op diens fundamentele recht gezamenlijk met de ander gezag te voeren en zal in beginsel sprake zijn van onrechtmatig handelen.⁴⁶ De zeer beperkte (gepubliceerde) jurisprudentie waarin een derde zoals in casu de kerkelijke gemeente, wordt aangesproken op de inbreuk op de schending van het recht van een ouder, volgt een vergelijkbare lijn, zoals uit het navolgende zal blijken.

In een zaak uit 2005 voor de Rechtbank Alkmaar stelt een vader in een zaak tegen zowel de moeder als een therapeute die zijn dochter heeft behandeld laatstgenoemde aansprakelijk voor de aantasting van zijn eer en goede naam (door het trekken van een ongefundeerde conclusie ten aanzien van misbruik), schending van zijn privacy (door verspreiding van deze informatie) en inbreuk op zijn gezagsrecht (door geen instemming te vragen voor de behandeling). Wat dit laatste betreft stelt de rechtbank onder verwijzing naar de relevante wetsartikelen zonder er verder veel woorden aan vuil te maken dat de gedane

⁴⁴ Art. 9 lid 1 EVRM: 'in worship', vgl. art. 6 Gw: 'het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden'.

⁴⁵ Wortmann, GS Personen- en familierecht, art. 1:247 BW, aant. 3.

⁴⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/46.2, p. 47 en 48; vgl. ook K.J.O. Jansen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:163, m.n. aant. 4.1 en 4.4.1.

inbreuk op het ouderlijk gezag onrechtmatig is.⁴⁷ De schadevergoeding is evenwel slechts gebaseerd op de privacy-schending. Het belang van de dochter komt met name in het kader van die schending ter sprake. Bij het ouderlijk gezag speelt dit belang hoegenaamd geen rol.

Enigszins vergelijkbaar in dit opzicht is de conclusie van de Rechtbank Groningen in 2009. Een moeder die alleen gezag heeft, stelt dat de school haar had moeten informeren over haar van huis weggelopen zoon. De rechtbank meent met haar dat de school toerekenbaar tekortgeschoten is in het nakomen van de (met haar) gesloten onderwijsvereenkomst.⁴⁸ Tot een veroordeling inzake onrechtmatige daad komt het evenwel niet. De schade in de aantasting van de persoon ten gevolge van deze wanprestatie is niet dermate dat een financiële vergoeding op zijn plaats wordt geacht: ‘Het onvoldoende betrekken van [de moeder] verergerde weliswaar het onbehagen bij haar, maar kan op zichzelf beschouwd niet worden aangemerkt als dermate beschadigend dat een financiële vergoeding billijk dient te worden geacht.’⁴⁹ De aantasting van het gezagsrecht als zodanig blijft buiten beschouwing.

In de eerste zaak is met de opzettelijke en directe schending van het grondrecht ook de schending van het daarmee beoogde belang gegeven, eerbiediging van het gezinsleven en het daarmee verbonden gezagsrecht. Het belang van kind blijft wat dat betreft goeddeels buiten beschouwing. Dit vind ik een juiste benadering. Het ouderlijk gezagsrecht kan niet beperkt worden tot het daarmee beoogde belang van het kind. Dat zou immers betekenen dat als de andere ouder of een derde het handig aanpakt en zijn handelen baseert op wat in het belang van het kind geacht kan worden te zijn, deze een beroep op het ouderlijk gezag zou kunnen pareren. In de tweede zaak ligt het accent en daarmee ook de uitkomst anders. Het gaat primair om niet-nakoming van een overeenkomst en de gevolgen daarvan. Ik zou mij kunnen voorstellen dat vanuit het oogpunt van het gezagsrecht van de ouder het handelen van de school onrechtmatig zou zijn geacht. De uitspraak beperkt zich nu tot de impact die de niet-nakoming op de ouder heeft gehad.

⁴⁷ Rb. Alkmaar 20 juli 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AT9598, r.o. 4.32 (vgl. 4.33).

⁴⁸ Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947, r.o. 5.2.1 (vgl. 5.1).

⁴⁹ Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947, r.o. 5.2.3. Vgl. voor schadevergoeding in situaties als deze: K.J.O. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162, aant. 34.1. Vgl. art. 6:106 lid 1 sub b BW. Vgl. Ti Hanh Nguyen, ‘Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel’, *NJB* 2009, 1408, die aangeeft dat het moet gaan om een ernstige inbreuk van dit fundamentele recht.

Het belang van het kind

Hoe moet het belang van het kind in de onderhavige casus gewaardeerd worden? In par. 2.2 registreerde ik in navolging van Tigchelaar en Jonker vijf aspecten met betrekking tot het belang van het kind: afgezien van praktische overwegingen de keuze van het kind en/of de mogelijkheid die keuze later alsnog te maken, sociale integratie en sociaal isolement, fysiek en psychisch welbevinden, stabiliteit en continuïteit. Ik bespreek ze achtereenvolgens en maak daarbij onderscheid tussen het dopen als zodanig en het directe gevolg van het dopen, het kerklidmaatschap.⁵⁰

Het eerste aspect is de keuze van het kind. Dat betreft in de casus vanwege de zeer jonge leeftijd van het kind een toekomstige keuze. De vraag is of, en zo ja, in hoeverre de eenmaal bediende doop als zodanig onomkeerbaar is. Over de onomkeerbaarheid valt te twisten, ook los van eventuele leerstellingen.⁵¹ Tegen onomkeerbaarheid pleit dat het vanuit seculier oogpunt om niet meer gaat dan het begieten met wat water onder begeleiding van een religieuze formule. Het brengt geen verandering teweeg voor wie er geen betekenis aan toekent, al wordt de doop in het doopboek opgenomen. Vanuit deze invalshoek blijft er voor het kind op zich voldoende ruimte om op latere leeftijd een eigen keuze te maken. Datzelfde geldt als het kind later van kerkgenootschap zou willen wisselen: er bestaat in Nederland tussen de grootste en enkele andere kerken een wederzijdse dooperkenning.⁵² Voor onomkeerbaarheid pleit aan de andere kant dat de doop wel degelijk heeft plaatsgevonden. Hij kan niet meer teruggedraaid kan worden.⁵³ Dat heeft repercussies voor het zelfbeschikkingsrecht van het kind. In bijvoorbeeld de PKN zal de doop als zuigeling tot gevolg hebben dat het eenmaal volwassen geworden kind zich niet nogmaals kan laten dopen. Dat zal in verreweg de meeste kerkgenootschappen waar de zuigelingen-doop gepraktiseerd wordt, niet anders zijn. Toegegeven, de categorie die als kind gedoopt is en als volwassene opnieuw verlangt naar een zelfgekozen volwassenendoop is binnen de PKN niet groot. Afgezien daarvan zullen kerkge-

⁵⁰ De doop leidt direct tot inschrijving als lid: P. van den Heuvel, *Kerkorde van de Protestantse Kerk in Nederland inclusief de ordinanties, overgangsbepalingen en generale regelingen*, Zoetermeer: Boekencentrum 2013 (= PKO), ord. 2-2.

⁵¹ De Rooms-Katholieke Kerk bijvoorbeeld beschouwt de doop als een karakter indelebilis, een onuitwisbaar merkteken (CIC, par. 849). Vgl. verder O.G.M. Boelens, 'Het doopsel in het canoniek recht' (www.luceedia.nl/media/www_lucepedia_nl/dossiers/doopsel/doop%20%28boelens%29.pdf, geraadpleegd 13-05-2017).

⁵² Zie 'Een gemeenschappelijke verklaring van kerken in Nederland. De Doop', d.d. 29 mei 2012 (www.raadvankerken.nl/fman/3760.pdf, geraadpleegd 18-08-2017).

⁵³ Schrappen van de vermelding uit het doopboek, in de volksmond 'ontdopen', is in de Protestantse Kerk niet mogelijk (L.J. Koffeman in: P. van den Heuvel (red.), *Toelichting op de kerkorde van de Protestantse Kerk in Nederland*, Zoetermeer: Boekencentrum 2013 (= Van den Heuvel 2013), p. 226).

nootschappen die principieel kiezen voor de volwassendoop doorgaans geen bezwaar hebben om een eenmaal als zuigeling gedoopte als volwassene (opnieuw) te dopen. Dit neemt niet weg dat in het licht van het voorgaande anders dan de eerder aangehaalde Middelburgse rechter aannam, in mijn optiek de keuze om ‘een ander geloof’ aan te hangen niet geheel vrij is.⁵⁴ Zou hij tot de overtuiging komen dat hij zich (alsnog) als volwassene zou moeten laten dopen, dan kan hij daar binnen de PKN en verreweg de meeste andere kerkgenootschappen die de zuigelingendoop kennen, geen gestalte aan geven. Die vrijheid is er wel ten aanzien van het gevolg van het dopen, lidmaatschap en inschrijving in de ledenregisters. Schrapping uit deze registers is zonder veel formaliteiten mogelijk.⁵⁵

Al met al concludeer ik dat naar mate meer waarde gehecht wordt aan de argumenten van onomkeerbaarheid van de doop als zodanig ze het zelfbeschikkingsrecht van het kind meer beperken. Deze argumenten zijn voor een belangrijk deel ingegeven door theologisch-inhoudelijke overwegingen. Juist in dat opzicht zal de rechter zich terughoudend dienen op te stellen. Op deze gronden mag worden aangenomen dat het belang van het kind weliswaar afhangt van de beoordeling van genoemde inhoudelijke argumenten, maar naar objectieve maatstaven vermoedelijk slechts in beperkte mate geschaad is.

Het tweede aspect is die van de (te verwachten) sociale integratie. Daarbij gaat het niet alleen om de doop als zodanig, maar om het directe gevolg ervan, het lidmaatschap van de kerk. Vanuit deze optiek zal het belang van het kind met de doop gediend zijn in situaties waarin het kind zal opgroeien in een hechte, overwegend of vrijwel geheel christelijke (dorps)gemeenschap, en/of waarin de verdere (christelijke) familie een grote rol in de opvoeding zal hebben.⁵⁶ Dat geldt wel in het bijzonder als de ouders door de spanningen uit elkaar zijn en het kind hoofdverblijf heeft bij de christelijke ouder.

De tegenhanger van integratie is isolement. De doop heeft in onze samenleving geen sociaal isolement tot gevolg. Dat is evenmin het geval bij kerklid-

⁵⁴ Vgl. Rb. Middelburg (vzr.) 14 november 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ8230, r.o. 4.2. Zie par. 2.

⁵⁵ Beëindiging registratie/uitschrijving: vgl. PKO Generale Regeling Ledenadministratie, art. 9. Verwacht mag worden dat als de onwillige ouder het kind uit wil doen schrijven het op tegenstand zal stuiten van de ouder die om de doop – en daarmee om het lidmaatschap – van het kind heeft gevraagd.

⁵⁶ Vgl. Rb. Middelburg (vzr.) 14 november 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ8230, r.o. 4.2: ‘[de minderjarige] groeit op in een rooms-katholieke omgeving (zowel pleeggezin als school zijn rooms-katholiek) en voor een kind van zijn leeftijd is het belangrijk om niet het gevoel te hebben daarbuiten te vallen en dus deel te kunnen nemen aan de daarbij behorende activiteiten en festiviteiten’. Zie voor het kader de beschrijving in par. 2.2.

maatschap als zodanig. In bepaalde, met name niet-christelijke religieuze kringen, kan dit echter anders zijn. Zou het kind daar opgroeien, dan kunnen de doop en het kerklidmaatschap strijdig zijn met het belang van het kind. Het zou door het feit dat het gedoopt is, achtergesteld en/of gepest kunnen worden.

De twee resterende aspecten, zowel fysiek en psychisch welbevinden als stabiliteit en continuïteit, kunnen bij het dopen uit de aard der zaak uitsluitend betrekking hebben op het eruit voortvloeiende kerklidmaatschap. De kans is groot dat inschrijving in de kerkelijke registers gevolgen heeft. De kerk kan bijvoorbeeld gebruikmaken van de mogelijkheid op basis van de inschrijving het kind voor bepaalde activiteiten actief uit te nodigen. Dat zal dan een zekere druk opleveren. De onwillige ouder zal zich mogelijk iedere keer opnieuw tegen deelname verzetten. Dat heeft zijn weerslag op de sfeer van het gezin en daarmee ook op het kind. Uiteraard is het onzeker of dit ook gebeuren zal, maar dat geldt eveneens voor hetgeen bij het tweede aspect omtrent sociale integratie en sociaal isolement gesteld is. Verhuizing en/of verandering in de familieverhoudingen kan ertoe leiden dat de omstandigheden in de loop der jaren fundamenteel veranderen. Bij dit alles is het overigens de vraag of de spanningen rond de opvoeding in de gepresenteerde casus zich niet per definitie zullen voordoen, onafhankelijk van de vraag of het kind nu wel of niet gedoopt is en kerkelijk staat ingeschreven. Zo bekeken kan niet of nauwelijks vastgesteld worden of het met de doop gegeven kerklidmaatschap het belang van het kind zal schaden.

Concluderend. Het gevolg van de doop, het lidmaatschap van de kerk, heeft meer consequenties waar het de belangen van het kind betreft, dan de doop zelf. Naarmate meer gewicht gegeven wordt aan het belang van het kind, zal de omgeving waar het kind opgroeit en wordt opgevoed, een zekere rol spelen in een onrechtmatigedaadsactie. Het zal, mede vanwege de in vrijwel alle omstandigheden aanwezige aannames en onzekerheden, een inbreuk op het gezag van de onwillige ouder echter niet snel kunnen rechtvaardigen.

Toerekening – kerkenraad en gemeente

De kerkenraad van een Protestantse Gemeente heeft geen rechtspersoonlijkheid. De kerkelijke gemeente waarvan de kerkenraad een orgaan is heeft die wel.⁵⁷ De eventuele onrechtmatige daad van de kerkenraad zal in rechte derhalve aan de kerkelijke gemeente worden toegerekend.

De kerkenraad zal zich ten aanzien van de onwillige ouder niet kunnen beroepen op haar eigen regel dat het voor het dopen van een kind voldoende is als een van de ouders daarom vraagt. Als niet-kerklid heeft deze ouder zich op

⁵⁷ PKO ord. 11-5-1 (vgl. 4-6-1). Vgl. art. 2:2 BW; Van den Heuvel 2013, p. 292-294.

geen enkele wijze aan die regel gecommiteerd. Voor het verkondigen van een bepaalde doopleer, zoals dat kinderen van gelovigen gedoopt behóren te worden, kan ze het recht op godsdienstvrijheid wel inroepen, maar dat staat hier verder niet ter discussie, nog afgezien van het feit dat de gemeente in kwestie deze doopleer lijkt af te zwakken.⁵⁸

Met de casus is gegeven dat de kerkenraad weet heeft van het standpunt van de onwillige ouder. Diens standpunt kan volgens de casus uiteenlopen van ‘eigenlijk liever niet willen’ tot ‘beslist niet willen’. Veel hangt dan af van de duidelijkheid waarmee hij zich uit. Met name bij een ‘eigenlijk liever niet willen’ is de kans op misverstanden groot. In hoeverre heeft de kerkenraad een actieve onderzoekspflicht?

Art. 1:253i BW bepaalt dat bij gezamenlijke gezagsuitoefening de ouders het kind gezamenlijk vertegenwoordigen in burgerlijke handelingen.⁵⁹ Een ouder alleen is echter ook bevoegd, ‘mits niet van bezwaren van de andere ouder gebleken is’.⁶⁰ Dit is een verschil met het oude recht. Volgens de nieuwe bepaling hoeft een derde zich in de regel niet meer te vergewissen van het standpunt van de andere ouder.⁶¹ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het bij enkelvoudige vertegenwoordiging primair om ‘zaken van geringe importantie’ gaat, zoals ‘de handtekening van de ouder op het aanmeldingsformulier voor de voetbalvereniging van de zoon’.⁶² De wetstekst zelf echter geeft geen aanleiding tot deze beperking.

Met de doop is de facto het lidmaatschap van de kerk gegeven.⁶³ Ik ga er daarom vanuit dat het laten dopen van het kind beschouwd kan worden als een ‘burgerlijke handeling’.⁶⁴ Los van de vraag of rekening gehouden moet worden met het gewicht van de zaak en wat dan het gewicht van dopen is, is onderzoek mijns inziens in alle gevallen geboden vanuit de zinsnede die op alle situaties

⁵⁸ Zie De Jong 2017, p. 98.

⁵⁹ Vgl. art. 1:245 lid 4 BW.

⁶⁰ Vgl. art. 3:15 jo. art. 3:11 BW.

⁶¹ J.H.M. ter Haar, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253i, aant. 4. Iets voorzichtiger: *Asser/De Boer 1** 2010/828.

⁶² *Kamerstukken II* 1979/80, 16247, 3, p. 7 (MvT).

⁶³ Zie noot 50.

⁶⁴ Vgl. Rb. Haarlem 15 juli 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR2432, r.o. 3.11, waar de inschrijving in het bevolkingsregister beschouwd wordt als een publiekrechtelijke verplichting waarop art. 1:253i BW niet van toepassing is. Daarbij dringt de volgende parallel zich op. Als beide ouders kerklid zouden zijn geweest, zou het dopen van het kind in het licht van de achterliggende theologische overwegingen (zie De Jong 2017, m.n. p. 98v) als een kerkelijke verplichting kunnen worden beschouwd. Echter ook dan zal niet snel worden aangenomen dat de onwillige ouder enkel door het kerklidmaatschap geacht wordt afstand gedaan te hebben van zijn gezagsrecht. In beginsel zal tevens een ondubbelzinnig wilsverklaring nodig zijn.

van toepassing is: ‘mits niet van bezwaren van de andere ouder gebleken is’.⁶⁵ Als de kerk contact gelegd heeft, maar de onwillige ouder ambivalent is in zijn opvattingen, is dat een eerste indicatie. Als diens standpunt niet bekend is, zijn er nog ten minste drie andere belangrijke indicaties voor eventuele bezwaren. De eerste is de ledenadministratie. Daaruit blijkt dat de andere ouder niet ingeschreven is, daarmee niet onder het kerkelijk recht valt, mogelijk andere opvattingen zal hebben, enzovoort. Een tweede indicatie is de inhoud van het verplichte doopgesprek.⁶⁶ Ook als dat met de ene ouder plaatsvindt, zal het bijna onmogelijk zijn om niet te spreken over het standpunt van de andere ouder. Maar zelfs als dat niet het geval zou zijn, is de afwezigheid van de andere ouder als zodanig al een indicatie, gelet op het feit dat doorgaans beide ouders bij het dopen betrokken zijn. De facto is in voorkomende gevallen nader onderzoek geboden en dient de kerkenraad zich ervan te vergewissen dat er bij de andere ouder geen bezwaren tegen het dopen bestaan.

Toerekening – predikant

Ik concludeerde in het eerste artikel dat de predikant een specifieke, eigen verantwoordelijkheid heeft voor het dopen.⁶⁷ Of dat betekent dat hij naast de kerkenraad als predikant aansprakelijk gesteld kan worden, laat ik hier onbesproken. Dat is een onderwerp op zich, waarbij het voor de hand ligt aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie over de aansprakelijkheid van zzp'ers.

Vordering

De onwillige ouder kan bij een onrechtmatigedaadsactie zelf bepalen in welke vorm hij schadevergoeding wenst.⁶⁸ Voor zover hij vraagt dat het kind zal worden uitgeschreven uit de registers van de PKN, zou hij bij gebrek aan medewerking van de andere ouder ook de relatief laagdrempelige procedure ex art. 1:253a BW kunnen entameren.⁶⁹ In beide gevallen zal het belang van het kind zwaar wegen (zie voor een duiding van dat belang hierboven). De uitkomst

⁶⁵ Vgl. ‘KNMG-Wegwijzer dubbele toestemming gezagdragende ouders voor behandeling van minderjarige kinderen’ (licht gewijzigde versie d.d. 27 oktober 2011): bij niet-ingrijpende behandelingen is de toestemming van een ouder voldoende. Wat ‘niet-ingrijpend’ betekent, wordt evenwel niet uitgewerkt. Kritiek op het uitgangspunt zonder toestemming van beiden te behandelen: M.R. Bruning, ‘Zorg om het kind. Bescherming van minderjarigen en het gezondheidsrecht’, *TvGR* 2013, afl. 2, p. 115-135, m.n. p. 124-126.

⁶⁶ Zie De Jong 2017, p. 95v. Vgl. in de KNMG-Wegwijzer de verplichting bij een eerste contact te informeren naar de gezagsrelatie.

⁶⁷ Vgl. De Jong 2017, p. 100v.

⁶⁸ Art. 6:103 BW.

⁶⁹ Vgl. bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY6982. Een moeder had zonder toestemming van de vader (en met diens vervalste handtekening) het kind op een andere school ingeschreven. Het hof nam alle belangen en omstandigheden in overweging, stelde tegen het advies van de Raad voor de Kinderbescherming in vast dat het belang van het kind zich niet verzette tegen terugkeer naar de oude school, en besloot aldus.

zal niet wezenlijk anders zijn. De rechterlijke vaststelling van de aansprakelijkheid van de kerk en daarmee van het eigen recht en gelijk ten opzichte van de kerk blijft dan echter achterwege. Dat echter kan ondanks de al snel wat complexere procedure voor een boze, verontwaardigde onwillige ouder nu net de meerwaarde zijn van een onrechtmatigedaadsactie.⁷⁰ Verder treft dan het voornoemde voorbeeld van de uitschrijving direct degene die uitvoering kan geven aan de vordering: de kerk. Bovendien, ook niet onbelangrijk: de andere, willige ouder blijft in de gang naar de rechter meer op afstand dan bij art. 1:253a BW.

4. Conclusies

In het eerste artikel concludeerde ik dat de kerkenraad in de onderhavige casus op grond van de kerkorde van de PKN naar de letter over mag gaan tot de doop op verzoek van één ouder, ook als hij weet dat de andere ouder de doop niet toe wil laten.

Op grond van hetgeen in dit artikel naar voren is gebracht stel ik vast dat de kerkenraad in het laatste geval in beginsel onrechtmatig handelt. Hij maakt inbreuk op het gezagsrecht van de onwillige ouder. Hoewel het belang van het kind gewicht in de schaal kan leggen, zal dat zich in casu niet snel verzetten tegen het aannemen van een onrechtmatige daad.

Met de casus was gegeven dat de kerkenraad op de hoogte was van de keuze van de onwillige ouder. Als dat niet zo zou zijn, of als diens uitingen voor meerderlei uitleg vatbaar zijn, dan zijn er goede gronden om aan te nemen dat de kerkenraad een onderzoeksplicht heeft. Ik voeg daaraan toe dat ook zonder de juridische benadering de kerk er alle reden toe heeft zichzelf een onderzoeksplicht op te leggen. In mijn waarneming doen gemeenten van de PKN doorgaans onderzoek. Daarmee kunnen ze ook los van juridische overwegingen laten zien dat ze zichzelf en hun handelen serieus nemen. Dopen *is* ingrijpend. De samenleving mag daar wellicht anders over denken, de kerk heeft goede theologische gronden voor haar standpunt. In feite gaat het om een onderzoekswil: vanwege de ernst van het ritueel en de daaraan verbonden consequenties wil ze weten wat de opvattingen van beide ouders zijn en wil ze in die lijn handelen. Ik liet in de eerste bijdrage over de kerkrechtelijke benadering van

⁷⁰ Vgl. de hierboven kort beschreven zaak Rb. Alkmaar 20 juli 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AT9598.

de casus zien dat de kerkorde, en in het verlengde daarvan de kerkelijke praktijk, nadrukkelijk ruimte voor nader onderzoek biedt.⁷¹

De rechter kan zich bij het vaststellen van onrechtmatigheid in hoge mate terughoudend opstellen bij de interpretatie van de kerkelijke regels. Hij hoeft slechts te oordelen dat de kerkenraad méér moet doen dan de kerkelijke regels voorschrijven. De kerkenraad moet namelijk niet alleen vaststellen dat ten minste één ouder de doop van het kind begeert, zoals de kerkorde voorschrijft, maar tevens dat de andere ouder geen bezwaar heeft tegen het dopen. Over dat laatste spreekt de kerkorde zich niet uit: ze gebiedt noch verbiedt. Niettemin oordeelt de rechter hier op het scherp van de snede. Hoewel ik er persoonlijk van overtuigd ben dat de PKN-kerk orde niet uitsluit dat rekenschap gegeven wordt van de opvattingen van de onwillige ouder, is dat mijn interpretatie op grond van de kerkordelijke tekst en zijn wordingsgeschiedenis.⁷² De betrokken kerkenraad kan een andere overtuiging zijn toegedaan.

Hoewel het voor de duidelijkheid van haar regelgeving misschien wel verstandig zou zijn als de PKN haar kerkorde op dit punt zou aanpassen, is het niet noodzakelijk. Het is de kerkenraad in voorkomende gevallen op zich niet verboden zich met de onwillige ouder te verstaan en op basis daarvan te besluiten al dan niet te dopen.⁷³ De PKN zou ervoor kunnen kiezen richtlijnen vast te stellen die een dergelijke procedure aanbevelen.⁷⁴ In aansluiting bij het hervormde *Pastoraal Advies* (1960) dat ik in het eerste artikel besprak, denk ik dan aan het volgende.⁷⁵ Een kerkenraad zoekt bij een doopaanvraag zo enigszins mogelijk het gesprek met beide ouders. De eindverantwoordelijkheid voor het al dan niet laten dopen ligt primair bij hen. De kerkenraad verzekert zich ervan dat geen der beide ouders onwillig is in de zin van dit en mijn eerste artikel. Is dat wel het geval, dan wordt er niet gedoopt.⁷⁶

⁷¹ Zie De Jong 2017, p. 101.

⁷² Zie De Jong 2017, p. 101, waar ik aangeef dat dit mijns inziens niet uitsluit dat de kerk zich rekenschap geeft van de opvattingen van de andere ouder.

⁷³ Bij gebrek aan jurisprudentie in de PKN is niet duidelijk hoeveel ruimte er is om de doop te weigeren.

⁷⁴ Vgl. PKO, ord. 6-2-1. Gelet op de formulering is de generale synode in ieder geval meer in het algemeen gehouden richtlijnen vast te stellen met het oog op de toelating tot de doop.

⁷⁵ Zie De Jong 2017, p. 93.

⁷⁶ Voor een theologische onderbouwing, zie De Jong 2017, p. 93 en 96vv.