

Onder het zwaard van Damocles

De status in Nederland van in het buitenland voltrokken huwelijken die naar normaal toepasselijk recht vernietigbaar zijn

3

Veerle Van Den Eeckhout

In deze bijdrage wordt de problematiek besproken van de status in Nederland van buiten Nederland voltrokken huwelijken die naar normaal toepasselijk recht vernietigbaar zijn. Het gaat daarbij om de vraag naar de status indien deze vraag rijst als hoofdvraag. Doorheen de bijdrage zal worden gewezen op diverse verwickelingen die kunnen ontstaan, bijvoorbeeld bij de afbakening van deze categorie huwelijken van andere problematische huwelijken.

1. Inleiding

Buiten Nederland voltrokken huwelijken zijn soms 'aantastbaar' en wel in die zin dat ze, vanuit Nederlands IPR-perspectief bekeken, voor vernietiging in aanmerking blijken te komen. Bijzonder is dat men in deze hypothese wordt geconfronteerd met een huwelijk dat *vernietigbaar* is maar dat (nog) niet daadwerkelijk vernietigd is. Er hangt een zwaard van Damocles boven het huwelijk, maar onduidelijk is of en wanneer het zal vallen. Men bevindt zich dan als het ware in een 'voorstadium', een 'periode van interval', waarbij niet altijd precies in te schatten is in hoeverre het huwelijk op termijn daadwerkelijk vernietigd zal worden (en in hoeverre bijvoorbeeld gebruik zal worden gemaakt van rechtsfiguren als 'putatief huwelijk'), de status van vernietigbaarheid zal worden opgeheven of het huwelijk blijvend – à la limite zelfs na ontbinding door echtscheiding – de status van 'vernietigbaar' zal houden. In deze bijdrage zal nader ingegaan worden op de status in Nederland van dergelijke huwelijken, als hoofdvraag – als de vraag rijst naar de status als zodanig van het 'huwelijk'. Op de status in Nederland van dergelijke huwelijken als voorvraag – als bijvoorbeeld naar aanleiding van vragen over de afstamming van binnen dat 'huwelijk' geboren kinderen de vraag rijst naar de status van het 'huwelijk' – zal ik in een aparte, later te verschijnen bijdrage ingaan.

De te hanteren regel lijkt eenvoudig: logischerwijze, zo lijkt het toch, zouden naar normaal toepasselijk recht vernietigbare huwelijken eenvoudigweg als zodanig moeten worden beschouwd, mét alle rechtsgevolgen vandien, tot zolang ze nietig verklaard zijn – op welk ogenblik wederom het normaal toepasselijke recht de status op dat ogenblik zou mogen bepalen. Maar doorheen deze bij-

drage zal worden gewezen op diverse verwickelingen die dienaangaande kunnen ontstaan.

Een eerste moeilijkheid zal al blijken te liggen in de precieze afbakening van de genoemde categorie huwelijken. Evident is wel de afbakening in 'territoriaal' en 'temporeel' opzicht: heeft men het over 'hewelijken die in het buitenland zijn voltrokken en naar normaal toepasselijk recht vernietigbaar zijn', dan gaat het immers om *in het buitenland voltrokken huwelijken die (nog) niet vernietigd zijn, maar daarvoor wel (nog) in aanmerking komen*. Problematischer is de invulling van de term 'naar normaal toepasselijk recht voor vernietiging in aanmerkend komend', want hier rijst de vraag aan de hand van wélk recht de vernietigbaarheid moet worden beoordeeld. Aandachtspunt bij classificatie van huwelijken als vernietigbaar is overigens nog de problematiek van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Moeilijk blijkt dikwijls ook het onderscheiden van de genoemde categorie huwelijken van andere types 'problematische huwelijken', met name niet-erkenbare en onbestaande huwelijken.

De afbakeningskwestie is géén zuiver academische kwestie. Ik som een tweetal redenen op die aanduiden in welk opzicht onderscheid relevant kan zijn, ook buiten de vraag om naar de status als zodanig van het huwelijk. Vooreerst kan een zorgvuldige afbakening belangrijk zijn in het licht van de analyse van mogelijkheden tot 'validering' die openstaan voor het gesignaleerde probleem. Afhankelijk van het type 'probleem' waarmee men te maken heeft, kunnen immers heel uiteenlopende mogelijkheden tot 'validering' van het huwelijk openstaan, en afhankelijk van de vraag welk probleem precies geneutraliseerd is, zal mogelijk kunnen worden bepaald wat het statuut van het huwelijk wordt

Dr. V. Van Den Eeckhout is als universitair hoofddocent verbonden aan de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden, afdeling internationaal privaatrecht.

eens het probleem waaraan het onderhevig was is opgelost – welk probleem precies is dan geneutraliseerd, wat is vervolgens het nieuwe statuut van het huwelijk: wel bestaande, maar nog steeds vernietigbaar; niet meer vernietigbaar, maar wel nog niet-erkenbaar; niet meer niet-erkenbaar, maar wel nog vernietigbaar; enkel nog aantastbaar door een nietigverklaring die in het buitenland zou geschieden, enz.? Een tweede reden tot zorgvuldige afbakening komt naar voren als men bekijkt welke rechtsgevolgen kunnen worden gehecht aan het ‘huwelijk’, in het bijzonder als de vraag naar de status van het huwelijk niet als hoofdvraag maar wel als *voorvraag* rijst. In deze context moet met name gewezen worden op art. 7 Wet conflictenrecht huwelijk (hierna ‘WCH’) evenals art. 12 lid 1 en lid 2 Haags Huwelijksverdrag 1978 (hierna ‘Huwelijksverdrag’).

2. ‘Naar normaal toepasselijk recht vernietigbare huwelijken’

2.1. Vooraf: enkele regels omtrent vernietigbaarheid naar Nederlands (intern) recht

Vooraf past het enkele basisregels inzake vernietigbaarheid en nietigverklaring van huwelijken naar Nederlands recht kort in herinnering te brengen. Deze regels, vervat in art. 69 tot en met 77 Book 1 BW, zijn relevant in zuiver interne situaties evenals in internationale rechtsverhoudingen waarbij wordt uitgegaan van toepasselijkheid van Nederlands materieel recht. Het Nederlandse recht kent een aantal in deze afdeling van het BW opgenomen gronden tot nietigverklaring van het huwelijk. Die nietigverklaring dient uitgesproken te worden door een rechterlijke instantie.¹ Een huwelijk dat daadwerkelijk vernietigd is, dient overeenkomstig art. 77 lid 1 met terugwerkende kracht als zodanig beschouwd te worden: de nietigverklaring werkt terug tot het tijdstip van de huwelijksvoltrekking. Wel wordt het effect van nietigverklaring gemitigeerd middels hetgeen is gesteld in art. 77 lid 2.

Zolang huwelijken die voor nietigverklaring in aanmerking komen niet nietig verklaard zijn, dienen ze als rechtsgeldig te worden beschouwd. Dergelijke ‘vernietigbare’ huwelijken dienen uiteraard wel onderscheiden te worden van ‘onbestaande’ huwelijken – als voorbeeld wordt veelal gewezen op zuiver religieuze huwelijken² –, in welk geval gewoonweg geen huwelijk bestaat en het ‘huwelijk’ dan ook niet hoeft nietig verklaard te worden.³ Soms wordt een huwelijk naderhand niet meer als vernietigbaar beschouwd: zo bepaalt art. 71 lid 3 dat de bevoegdheid van de echtgenoot de nietigverklaring wegens bedreiging of dwaling (zoals vermeld in art. 71 lid 1 en 2) te verzoeken vervalt wanneer de echtgenoten zes maanden hebben samengewoond sedert het ophouden van de bedreiging of de ontdekking van de dwaling, zonder dat

het verzoek is gedaan. In een uitspraak van de Hoge Raad van 1 juli 1993⁴ – waarop verder nog wordt ingegaan in het kader van art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag – werd wel al bepaald dat een polygaam huwelijk dat normalerwijze vernietigbaar zou zijn, deze status van vernietigbaarheid niet verliest als het eerder voltrokken huwelijk – op grond waarvan het tweede huwelijk als polygaam was te beschouwen – door echtscheiding ontbonden wordt: het huwelijk blijft vernietigbaar op verdring van het Openbaar Ministerie. Omtrent deze kwestie was in het BW niets expliciet geregeld. Deze hypothese moet wel onderscheiden worden van de hypothese, genoemd in art. 69 lid 1d dat het huwelijk waarvan nietigverklaring zou worden verzocht zélf door echtscheiding is ontbonden: het Openbaar Ministerie kan alleen zolang het huwelijk nog niet is ontbonden nietigverklaring verzoeken.⁵

Art. 71a met betrekking tot vernietigbaarheid, op verzoek van het Openbaar Ministerie, van ‘schijnhuwelijken’ kan volgens de memorie van toelichting alleen betrekking hebben op de hypothese van in Nederland voltrokken huwelijken.⁶ Op de problematiek van de *rechtsmacht* van de Nederlandse rechter tot nietigverklaring van een buitenlands huwelijk zal ik verder, onder 2.2.3 nog kort ingaan.

2.2. Vernietigbaarheid in internationale rechtsverhoudingen

2.2.1. Regels van toepasselijk recht

In zijn conclusie bij HR 16 oktober 1998⁷ gaf advocaat-generaal Strikwerda de in Nederland geldende *conflictenrechtelijke* regels aan omtrent toepasselijk recht op de vernietigbaarheid van internationale huwelijken. Die conclusie⁸, waarin verwezen wordt naar rechtspraak en rechtsleer, is vrij duidelijk: klaarblijkelijk moet de vernietigbaarheid van in het buitenland voltrokken huwelijken worden beoordeeld volgens de *lex loci celebrationis*. Onder het ‘recht’ van het land waar het huwelijk is voltrokken moet overigens allicht ook het IPR van dat land worden betrokken, nu toch art. 5 lid 3 WCH bepaalt dat voor de toepassing van het eerste en tweede lid onder recht mede begrepen wordt de regels van internationaal privaatrecht. In de casus die voorlag aan de Hoge Raad had dit, aldus Strikwerda, moeten leiden tot toepasselijkheid van Pakistaans recht. In de procedure voorafgaand aan HR 16 oktober 1998 was evenwel uitgegaan van de toepasselijkheid van Nederlands recht op het verzoek tot nietigverklaring van het in Pakistan voltrokken huwelijk tussen de Pakistaans-Nederlandse vrouw en een Pakistaanse man, en dit was in Cassatie niet aangevochten. Bij nader toezien blijkt het niet geheel uniek dat een rechter op welhaast laconieke wijze uitgaat van toepasselijkheid van Nederlands recht inzake vernietigbaarheid, zeker als een

Nederlander is betrokken bij een in het buitenland voltrokken huwelijk. Voor het Huwelijksverdrag in werking trad, werd deze handelwijze meermaals verantwoord op grond van de 'distributieve' toepassing van nationale wetten op de vereisten tot aangaan van een huwelijk – ingeval een Nederlander betrokken was bij het huwelijk, zou dan sowieso Nederlands recht (mede) de nietigheidsgronden beheersen, ook al werd het huwelijk in het buitenland voltrokken. Maar ook nog na inwerkingtreding van het Huwelijksverdrag blijken sommige rechters deze zienswijze aan te houden: soms wordt hoegenaamd niet nagegaan of een huwelijk (ook) naar de *lex loci celebrationis* voor vernietiging in aanmerking komt, maar valt men eenvoudigweg terug op Nederlands recht indien een persoon met Nederlandse nationaliteit in de verhouding betrokken is.⁹ Kortom, de visie van Strikwerda inzake toepasselijk recht op de vernietigbaarheid van in het buitenland voltrokken huwelijken blijkt niét altijd in overeenstemming te zijn met de rechtspraktijk. In de uitspraak van de Hoge Raad zelf werd niet ingegaan op de vraag naar toepasselijk recht op de vernietigbaarheid van het huwelijk.

2.2.2. Verhouding tussen de procedure van nietigverklaring/niet-erkenning van buitenlandse huwelijken – de intrigerende visie van Strikwerda

De conclusie van Strikwerda was nog op een ander punt uitgebreider dan de uitspraak van de Hoge Raad, met name op het punt van de verhouding tussen de procedure van nietigverklaring en de procedure van niet-erkenning. In zijn uitspraak stelde de Hoge Raad dat onverenigbaarheid met de Nederlandse openbare orde als zodanig geen grond voor nietigverklaring oplevert. De Hoge Raad volgde hiermee de conclusie van Strikwerda, die evenwel in zijn conclusie enkele opmerkelijk zinnen had toegevoegd, waarin hij eigenlijk een soort rangorde en hiërarchie tussen beide procedures aangeeft. 'Stuit erkenning van een in den vreemde gesloten huwelijk af op de openbare orde, dan mist het huwelijk in Nederland rechtsgeldigheid en komt men aan de vraag of het huwelijk nietig verklaard kan worden niet meer toe. De erkenningsvraag gaat dus logisch aan de vernietigingsvraag vooraf, wordt beantwoord aan de hand van andere maatstaven, en leidt ook tot andere rechtsgevolgen', aldus Strikwerda. Op deze intrigerende passage en de enigszins wonderlijke consequenties bij strikte navolging ervan ben ik al kritisch ingegaan in een eerdere bijdrage in dit tijdschrift.¹⁰ De kwestie speelt ook doorheen hetgeen in deze bijdrage aan de orde komt. Want, gesteld dat men de visie van Strikwerda volgt dat men niet meer toekomt aan de vraag of een huwelijk kan worden nietig verklaard als erkenning van een in den vreemde gesloten huwelijk afstuit op de openbare orde, betekent dit dan dat als in Nederland een declaratoir vonnis

wordt gewezen dat een huwelijk niet kan worden erkend, het huwelijk vervolgens niét meer in aanmerking komt voor nietigverklaring? Beantwoordt men deze vraag bevestigend, dan leent deze visie zich mogelijk tot enige strategische keuze in hoofde van de betrokkenen: een partij in het geding zou een strategische keuze kunnen maken voor het voeren van een procedure tot niet-erkenning, vanuit de wil dienovereenkomstig geen rechtsgevolgen te laten hechten aan het huwelijk (in principe¹¹ leent een niet-erkenbaar huwelijk zich immers niet tot toekenning van rechtsgevolgen) en vanuit de betrachting aldus de weg af te sluiten voor een procedure van nietigverklaring (in welk geval het huwelijk wellicht wél nog rechtsgevolgen zou teweegbrengen, althans in zoverre het normaal toepasselijk recht de terugwerkende kracht van een nietigverklaring verzacht). Een verklaring van niet-erkenbaarheid zou overigens ook de weg afsluiten voor ontbinding van het huwelijk door echtscheiding, dit terwijl een vernietigbaar huwelijk normalerwijze wél in aanmerking komt voor ontbinding door echtscheiding, met alle gevolgen vandien.¹² Zo is dan, à la limite, denkbaar dat een partij sturing kan geven aan de afhandeling van een naar normaal toepasselijk recht vernietig-

1. Zie ook HR 17 november 1966, NJ 1968, 1.

2. Zie C. Asser en J. de Boer, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 149. Zie ook A.P.M.J. Vonken, 'Huwelijk', in *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 11. Zie hierover ook infra, voetnoot 23 en 24.

3. Nietigverklaring is dan overbodig, maar uiteraard kan dan we een declaratoire verklaring dat het huwelijk niet-existent is gevraagd worden.

4. NJ 1994, 105.

5. Zie ook Asser, p. 151 (voetnoot 2), waar hij er ook op wijst dat deze beperking niet wordt gesteld in art. 71a inzake een schijnhuwelijk.

6. Zie hierover al V. Van Den Eeckhout, 'Aanvechting in Nederland van internationale gedwongen huwelijken', FJR 2000, p. 147, voetnoot 29.

7. NJ 1999, 6.

8. Zie hierover al mijn opmerkingen in mijn bijdrage in FJR (voetnoot 6), ook bijvoorbeeld over de hypothese dat men een nietigheidsgrond wil invoeren waarin het normaal toepasselijk recht niet voorziet. Zie ook de opmerkingen die ik daar (vooral voetnoot 11) formuleerde over het onderscheid tussen enerzijds de problematiek van de rechtsgeldigheid van een huwelijk (met de Nederlandse drietrapsraket van de ontkenning van het bestaan/de weigering van erkenning/de nietigverklaring van een huwelijk) anderzijds de rechtsproblematiek (zie in deze context ook, met betrekking tot de registratie van een huwelijk waarvan achteraf de geldigheid/het bestaan terug in vraag wordt gesteld, onder andere Hof Amsterdam 14 juni 2001).

9. Voor rechtspraak waarbij men zich baseerde op IPR-regels voor alee het verdrag in werking trad, zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 19 september 1989, NIPR 1990, nr. 232 (betreffende een in Ghana gesloten huwelijk, waarin een man met Nederlandse nationaliteit betrokken) evenals de houding in de procedure voorafgaand aan HR 1 juli 1993 betreffende het tweede, in Columbia gesloten huwelijk: kennelijk werd enkel op grond van Nederlandse nietigheidsgronden besloten dat het huwelijk als vernietigbaar moest worden beschouwd. Voor rechtspraak daterend van na de inwerkingtreding van het verdrag, zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 24 september 1996, NIPR 1997, nr. 299.

10. Van Den Eeckhout 2000 (voetnoot 6).

11. Zie hierover ook mijn nog te verschijnen bijdrage over de voorvraagproblematiek.

baar huwelijk, met name in de gevallen waar tegen een vernietigbaar huwelijk een weigeringsgrond tot erkenning kan worden ingeroepen.¹³

2.2.3. *De komst van Brussel II: een nieuwe impuls op de verhouding tussen de procedure van nietigverklaring/niet-erkenning van buitenlandse huwelijken?*

Of huwelijken kunnen worden vernietigd in Nederland, wordt mede bepaald door regels van rechtsmacht. Welnu, noch in de conclusie van Strikwerda bij HR 16 oktober 1998, noch in de uitspraak van de Hoge Raad zelf, werd gewag gemaakt van de problematiek van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter tot nietigverklaring van een in het buitenland voltrokken huwelijk. Zelf wees ik in mijn bijdrage in *FJR* wel al op de bijzonderheid in de Nederlandse rechtspraktijk die erin bestaat dat Nederlandse rechters weinig bereidheid tonen rechtsmacht op te nemen voor nietigverklaring van in het buitenland voltrokken huwelijken. Niet helemaal duidelijk daarbij is in hoeverre Nederlandse rechters enkel onwillig zijn in confrontatie met huwelijken die naar de *lex loci celebrationis* volledig rechtsgeldig zijn en/of waar Nederlandse onderdanen bij zijn betrokken, dan wel meer algemeen onwil bestaat tot nietigverklaring van in het buitenland voltrokken huwelijken.¹⁴ In een analyse van polygame huwelijken, geeft Rutten niet duidelijk aan wanneer volgens haar sprake zou zijn van gebrek aan rechtsmacht.¹⁵ Wel beschouwt zij de kwestie van rechtsmacht klaarblijkelijk als zeer relevant: het lijkt er op dat in haar visie de vaststelling dat Nederlandse rechters onwillig zullen zijn rechtsmacht op te nemen, de overstap rechtvaardigt naar een analyse van het polygame huwelijk in termen van erkenbaarheid. Zodoende lijkt Rutten de volgorde van redeneren van Strikwerda als het ware om te keren: daar waar Strikwerda enkel vernietigbaarheid denkbaar lijkt te achten in gevallen waar een huwelijk erkenbaar is, zou in de visie van Rutten de vraag naar erkenbaarheid alleen kunnen spelen in zoverre een huwelijk niet vernietigbaar is¹⁶, met dien verstande dat 'niet vernietigbaar' dan zou moeten worden begrepen als onwil van Nederlandse rechters om rechtsmacht op te nemen tot nietigverklaring van het huwelijk.

De conclusie van Strikwerda bij HR 1998 en het artikel van Rutten zijn geschreven vooraleer de Brussel II-verordening in werking is getreden. Mijns inziens rijst heden, nu Brussel II in werking is getreden, de vraag of met de inwerkingtreding van deze verordening mogelijk een nieuwe situatie is ontstaan die een en ander terug in vraag doet stellen. Want, er is weliswaar discussie over het formeel toepassingsgebied van de regels van rechtsmacht van Brussel II, maar procedures tot nietigverklaring van huwelijken vallen alleszins binnen het materieel toepassingsgebied van Brussel II en nergens in

Brussel II wordt enig voorbehoud gemaakt in de zin dat het bij dergelijke procedures alleen zou mogen gaan om in de lidstaat zelf voltrokken (internationale) huwelijken – het zou overigens ook een buiten een van de Brussel II-lidstaten voltrokken huwelijk kunnen betreffen –, of wordt op enige andere manier gewag gemaakt van enige beperking ten aanzien van in het buitenland voltrokken huwelijken die aansluit bij de Nederlandse praktijk.¹⁷ Binnen Brussel II lijkt zodoende geen ruimte meer te zijn voor voortzetting van de Nederlandse rechtspraktijk in hogergenoemde zin. Mogelijk zijn met de komst van Brussel II ook ruimer – buiten het formeel toepassingsgebied van Brussel II – impulsen ontstaan die maken dat Nederlandse rechters ruimer bereidheid zullen willen tonen om in het buitenland voltrokken huwelijken nietig te verklaren. En met de komst van Brussel II zullen nu ook, onder de voorwaarden van Brussel II, Nederlandse uitspraken tot nietigverklaring in de andere Brussel II-lidstaten erkend kunnen worden. Daarmee moet duidelijk enige nuance worden aangebracht bij de vaststelling in de parlementaire voorbereiding bij art. 71a inzake schijnhuwelijken¹⁸ dat geen supranationale regeling bestaat dat een regime omvat tot erkenning van uitspraken tot nietigverklaring; over en weer tussen de 24 Brussel II-lidstaten zullen voortaan uitspraken tot nietigverklaring erkend worden. Kortom, met Brussel II lijken een aantal bezwaren weggenomen tegen het openstellen van de mogelijkheid tot nietigverklaring in Nederland van in het buitenland voltrokken huwelijken, en daarmee zullen allicht méér huwelijken dan voorheen in Nederland als vernietigbaar kunnen worden beschouwd.

3. De bepaling van de status als hoofdvraag

3.1. Regel en toepassing

Wordt nu een huwelijk als vernietigbaar beschouwd, dan lijkt de regel vrij logisch de volgende te moeten zijn: aan dat huwelijk zal de status moeten worden toegekend die het ook heeft in het land van huwelijksvoltrekking. Een naar normaal toepasselijk recht als vernietigbaar te beschouwen huwelijk lijkt dan ook in Nederland als zodanig te moeten worden beschouwd. Ook het favor matrimonii-beginsel lijkt te wijzen in de richting van het zoveel als mogelijk sauveren van het huwelijk, zolang het huwelijk nog niet daadwerkelijk is nietig verklaard/zolang nog geen initiatief daartoe is genomen. Dit lijkt des te meer het geval te moeten zijn als het huwelijk naar het recht van een ander land zonder enig voorbehoud volledig rechtsgeldig is. Kortom, als basisbeginsel is het wellicht het meest logische mee te gaan in de status die het huwelijk naar normaal toepasselijk recht heeft en bijgevolg een huwelijk dat naar normaal toepasselijk recht vernietigbaar is, maar wel als rechtsgeldig moet worden beschouwd zolang het nog niet is nie-

tig verklaard, ook in Nederland als rechtsgeldig te beschouwen zolang het niet is nietig verklaard – zoals ook naar normaal toepasselijk recht *onbestaande* huwelijken normalerwijze eveneens als zodanig zouden moeten worden beschouwd. Deze regel wordt ook bevestigd in meerdere uitspraken.¹⁹ Deze regel lijkt ook gehanteerd te worden door het Haagse Hof in haar uitspraak van 17 maart 2004²⁰, maar in die uitspraak wordt mijns inziens dan wel het buitenlandse – in casu Belgische – recht verkeerd uitgelegd. In deze procedure betrof het immers de vraag naar de status in Nederland van een in België voltrokken zuiver religieus huwelijk, evenals de verdere gevolgen daarvan, onder meer op het vlak van afstamming. Volgens het Haagse Hof zou dergelijk huwelijk overeenkomstig vermeend Belgisch recht – recht van het land van huwelijksvoltrekking – beschouwd moeten worden als rechtsgeldig zolang het niet is nietig verklaard. Het Hof Den Haag verwijst hierbij naar een uitspraak van het Belgische Hof van Cassatie van 12 december 2003. In dit bewuste Belgische cassatie-arrest is dergelijke zienswijze echter niet terug te vinden: het Belgische arrest gaat over de kracht van gewijsde en voorwaarden naar Belgisch recht tot toekenning van het voordeel van ‘putativiteit’ aan een ‘huwelijk’ en is mijns inziens vrij liberaal als het gaat om toekenning van mogelijkheden tot toekenning van het voordeel van putativiteit aan een welbepaald huwelijk, maar uit dat arrest is mijns inziens geenszins de conclusie te trekken dat een zuiver religieus gesloten huwelijk tot het ogenblik van nietigverklaring als rechtsgeldig moet worden beschouwd.²¹ Over de kwestie of een ‘huwelijk’, ook nog voordat men daadwerkelijk toekomt aan een verzoek tot nietigverklaring/tot toekenning van het voordeel van putativiteit als ‘rechtsgeldig’ moet worden beschouwd, daarover heeft het Hof van Cassatie zich in de genoemde uitspraak niet uitgesproken, al helemaal niet in de

specifieke situatie dat het een zuiver religieus voltrokken huwelijk betreft. *Traditioneel* worden zuiver religieuze huwelijken in België uitgesloten van de categorie ‘rechtsgeldig’ en de categorie ‘vernietigbare’ huwelijken²²: zij worden gebruikelijk eenvoudigweg als ‘onbestaande’ beschouwd, zij het dat wel rechterlijke uitspraken zijn aan te duiden waarbij de rechter bereid werd gevonden een zuiver religieus huwelijk nietig te verklaren om er vervolgens het voordeel van putativiteit aan te verlenen.²³ Overigens moge hierbij worden opgemerkt dat door sommige Belgische rechters ook al het voordeel van putativiteit werd toegekend aan consulaire huwelijken die nochtans in eerste instantie

12. Allicht zal de vraag of een huwelijk na ontbinding door echtscheiding nog steeds vernietigbaar is, eveneens moeten worden beantwoord aan de hand van de *lex loci celebrationis*.

13. Wel past hier de volgende nuancerende opmerking: als een uitspraak wordt gegeven waarbij een huwelijk niet-erkenbaar wordt verklaard, en vervolgens met referentie naar de visie van Strikwerda wordt betoogd dat het huwelijk daardoor niet meer vernietigbaar is, en de Nederlandse rechter die visie volgt, is daarmee uiteraard nog niet gezegd dat in het land van de huwelijksvoltrekking het huwelijk niet meer vernietigbaar is. Wordt in één van de landen die partij zijn bij de Brussel II-verordening naderhand een nietigverklaring uitgesproken, dan valt deze nietigverklaring in Nederland normalerwijze te beoordelen onder het erkenningsregime van de Brussel II-verordening – vanaf 1 maart 2005 vervangen door Brussel IIbis.

14. Wel bereid tot nietigverklaring van een in het buitenland (Ghana) voltrokken huwelijk waarbij een Nederlander betrokken was (zij het met toepassing Nederlands recht, zonder te kijken of ook naar Ghanees recht vernietigbaar) toonde zich de Rechtbank 's-Gravenhage in haar uitspraak van 19 september 1989, *NIPR* 1990, nr. 232. Zie ook de procedure voorafgaand aan HR 1 juli 1993, waarbij men het had over de status van vernietigbaarheid van het tweede, in Columbia voltrokken huwelijk en daarbij alleszins niet als voorbehoud werd geformuleerd dat een eventuele nietigverklaring enkel in Columbia had kunnen worden uitgesproken.

15. S. Rutten ('Enkele beschouwingen over het polygamievraagstuk in een Westerse context', *NIPR* 2001, p. 49) lijkt overigens de visie van de Hoge Raad in de uitspraak van 16 oktober 1998 te interpreteren in die zin dat die visie bepaald werd door de overtuiging dat het als zodanig onmogelijk zou zijn in Nederland een in het buitenland voltrokken huwelijk nietig te verklaren. Daarvan blijkt echter noch in de uitspraak van de Hoge Raad, noch in de conclusie van Strikwerda.

16. Rutten geeft overigens niet aan in hoeverre aan een huwelijk dat wél vernietigbaar is in Nederland al of niet erkenning kan worden onthouden.

17. Brussel II huldigt een principe van 'liberal acces to justice': mensen worden niet systematisch 'teruggestuurd' naar het buitenland om aldaar eventueel een procedure te starten. Conform ook recent de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage 19 maart 2004, *NIPR* 2004, nr. 231, waarin voor de rechtsmacht tot nietigverklaring gerefereerd werd naar Brussel II. In deze procedure ging het overigens ook over de vraag of het huwelijk nietig was. Procedures tot vaststelling dat een huwelijk niet-existent zijn lijken niet te vallen onder Brussel II.

18. Zie hierover ook al supra, voetnoot 6.

19. Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2004, *NIPR* 2004, nr. 231; Rb. 's-Gravenhage 19 oktober 1992, *NIPR* 1993, nr. 88; Rb. Arnhem 2 juni 1983, *NIPR* 1984, nr. 82; Rb. Haarlem 14 oktober 2003, *NIPR* 2004, nr. 123, waarbij het telkenmale in het buitenland voltrokken huwelijken betrof en onder verwijzing naar de *lex loci* het huwelijk in Nederland als onbestaande werd beschouwd.

20. *NIPR* 2004, nr. 231.

21. Daarbij moet mede in overweging worden genomen dat in België om toekenning van het voordeel van putativiteit moet worden verzocht (zie R. Van Eeckhout, 'Het putatieve huwelijk', *Jura Falconis* 1996-1997, p. 243-269) en in de procedure die voorlag aan het Haagse Hof was dat geenszins het geval (in de procedure voorafgaand aan de uitspraak van het Belgische Hof van Cassatie, was in het in cassatie bestreden arrest op verzoek van de vrouw nietigverklaring van het huwelijk uitgesproken en was daarbij aan de vrouw het voordeel van putativiteit verleend; daartegen was de man in cassatie gegaan).

22. Die daadwerkelijk moeten worden beschouwd als rechtsgeldig zolang ze niet zijn nietig verklaard. Overigens moge hierbij worden opgemerkt dat als een huwelijk in België wordt nietig verklaard, dit huwelijk wel nog afstammingsgevolgen teweegbrengt – terwijl, als een huwelijk als onbestaand wordt beschouwd (hetgeen de vrouw in casu betrachtte), normalerwijze géén afstammingsgevolgen ontstaan.

23. Zie hierover V. Van Den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 38-39 en p. 50 en volgende (in het bijzonder ook voetnoot 222). Zie daar (p. 3, voetnoot 168) ook voor de hypothese van consulaire registratie van zuiver religieus voltrokken huwelijken. Voor in Nederland voltrokken zuiver religieus gesloten huwelijken die als onbestaande worden beschouwd, zie al hoger (onder 2.1) (zie ook Vonken aant. 11 (voetnoot 2)); zie ook Rb. Utrecht 24 april 2003, *NIPR* 2004, nr. 18 waar (vergeefs) werd gepoogd een in Nederland zuiver religieus voltrokken huwelijk als rechtsgeldig te laten beschouwen middels registratie naderhand in Indonesië (de rechtbank bleef het huwelijk beoordelen onder art. 4 WCH en wees het argument af dat het huwelijk door registratie in Indonesië op grond van het bepaalde in art. 5 WCH rechtsgeldig was geworden).

als onbestaande werden beschouwd.²⁴ Het principieel categoriseren van huwelijken als onbestaande in het Belgische recht betekent kennelijk nog niet dat aan dergelijk huwelijk nooit of te nimmer rechtsgevolgen zullen worden toegekend: via het toelaten van nietigverklaring²⁵ en/of het toekennen van het voordeel van putativiteit aan dergelijk huwelijk wordt het soms toch, paradoxalerwijze²⁶, mogelijk als het ware, middels de procedure van nietigverklaring en toekenning van het voordeel van putativiteit *rechtsgevolgen in het leven te roepen* van een in wezen als onbestaande beschouwd huwelijk, dit vanuit bekommernis om de rechtsgevolgen. Met het oog op het toekennen van het voordeel van putativiteit werden sommige zuiver religieus voltrokken huwelijken al nietig verklaard. Maar nergens werd totnogtoe bij mijn weten de mening verkondigd dat zodanige huwelijken dan ook maar als rechtsgeldig dienen te worden beschouwd zolang ze niet zijn nietig verklaard. Zover werd het laten verworden van religieuze huwelijken tot huwelijken die voor vernietiging in aanmerking komen om ze het voordeel van putativiteit te kunnen toekennen, bij mijn weten nog niet opgerecht.

Door het Haagse Hof is buiten het Cassatie-arrest om in Belgische regelgeving, rechtspraak of rechtsleer geen verdere ondersteuning voor de gehanteerde visie gezocht. Daarmee lijkt de Haagse uitspraak alleszins onvoldoende gemotiveerd. Vraag is of de Hoge Raad het hof hiermee zal laten weggelaten.²⁷ Het benieuwt mij tevens of de Hoge Raad en/of de advocaat-generaal in deze procedure mogelijk ook regels zal formuleren inzake omgang in Nederland met in het buitenland voltrokken onbestaande, vernietigbare of mogelijk zelfs niet-erkenbare huwelijken als hoofdvraag en als voorvraag²⁸, én of in die overwegingen aangeknoopt zal worden bij de art. in de WCH en het Huwelijksverdrag zelf. Zal ook voor de terminologie aansluiting gezocht worden bij termen als 'rechtsgeldig' in deze bronnen? Wat betreft de in de materie van het internationaal huwelijksrecht gebruikte terminologie en interpretatie ervan, blijkt telkenmale goed voor ogen te moeten worden gehouden wat precies bedoeld wordt met een term als 'rechtsgeldig'. Wordt bedoeld dat het huwelijk minstens bestaande is, maar mogelijk wel nog vernietigbaar; wordt bedoeld dat het huwelijk in Nederland erkenbaar is – maar mogelijk toch nog vernietigbaar? –; bovenal ook: vanuit het oogpunt van welke rechtsorde wordt de kwalificatie van een huwelijk als 'rechtsgeldig' (of 'rechtsgeldig geworden') bekeken? De nood tot zorgvuldigheid in deze context moge ook blijken in de hierna te volgen bespreking van de term 'rechtsgeldig' en 'rechtsgeldig geworden' in art. 9 (5 WCH) evenals art. 11 lid 1 en lid 2 Huwelijksverdrag.

3.2. Verwickelingen inzake niet-erkenbare huwelijken die volgens de *lex loci celebrationis* vernietigbaar zijn – art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag

3.2.1. *De hypothese van art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag*
Art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag biedt de mogelijkheid in geval van polygamie de weigeringsgrond tot erkenning te 'neutraliseren' in een welbepaalde hypothese: overeenkomstig art. 11 lid 1 onder 1 kan Nederland als verdragsluitende staat weigeren de geldigheid van een huwelijk te erkennen indien, volgens het recht van die staat, een der echtgenoten op het tijdstip van het huwelijk reeds gehuwd was; overeenkomstig art. 11 lid 2 kan in dit geval de erkenning niet worden geweigerd indien het huwelijk later geldig is geworden door de ontbinding of de nietigverklaring van het eerdere huwelijk. Maar omtrent art. 11 lid 2 bleek al tijdens de voorbereiding van het Huwelijksverdrag enige verwarring te bestaan, en blijkt zeker ook in de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer onduidelijkheid te bestaan, onder meer betreffende de vraag wanneer men kan toekomen tot de situatie van art. 11 lid 2 en de vraag onder welke voorwaarden precies de weigeringsgrond tot erkenning kan worden opgeheven. Om de vraag te beantwoorden wanneer men kan toekomen tot situaties waarin art. 11 lid 2 kan worden ingeroepen, is nodig goed voor ogen te houden dat om tot art. 11 lid 2 te komen, eerst art. 9²⁹ en vervolgens art. 11 lid 1³⁰ moeten zijn doorlopen. Daarbij blijkt het te moeten gaan om een vanuit Nederlands oogpunt³¹ bekeken polygaam huwelijk, dat in het buitenland³² is voltrokken. Hier komt men nu, langsheen de confrontatie met een exotische rechtsfiguur als polygamie, terecht in verwickelingen inzake de verhouding tussen vernietigbaarheid en erkenbaarheid van een huwelijk. In Nederland blijkt de analyse van omgang met in het buitenland voltrokken polygame huwelijken vooral te gebeuren in de sleutel van erkenbaarheid³³; de zaken compliceren echter als dit polygame huwelijk volgens normaal toepasselijk recht vernietigbaar is. Ik breng hier terug de hoger (onder 2.2.2 en 2.2.3) weergegeven discussies in herinnering. Afhankelijk van de visie op de verhouding vernietigbaarheid/erkenbaarheid van een huwelijk, zullen dan meer of minder huwelijken kunnen worden ondergebracht in de regeling van art. 11. Duidelijk lijkt mij overigens wel te zijn dat het huwelijk in het land waar het voltrokken is minstens wel als 'bestaande' moet worden beschouwd, want zoniet zou het allicht niet onder de erkenningsregeling van art. 9 verdrag (art. 5 WCH) kunnen worden gebracht. Want art. 9 verdrag gaat logischerwijze voor aan art. 11 lid 2: zoals gezegd kan men niet toekomen tot de situatie van art. 11 als men niet eerst art. 9 doorlopen heeft, en mij lijkt het dat art. 9 toch niet de mogelijkheid geeft op enigerlei wijze 'erkenning' te geven aan huwelij-

ken die als onbestaande dienen te worden beschouwd.³⁴ Wat nog wel denkbaar is, is dat een oorspronkelijk in het land van huwelijksvoltrekking als onbestaand beschouwd huwelijk naderhand, volgens deze *lex loci*, als 'rechtsgeldig' blijkt te moeten worden beschouwd, en zodoende voldaan is aan de voorwaarde van art. 9, waarna men toekomt tot de hypothese van art. 11. Art. 9 Huwelijksverdrag spreekt immers van huwelijken die volgens de *lex loci* 'rechtsgeldig zijn of rechtsgeldig geworden zijn'. Hier blijkt al dat de hypothese van art. 9 Huwelijksverdrag duidelijk moet worden onderscheiden van art. 11 Huwelijksverdrag, én dat het 'rechtsgeldig geworden' in art. 9 een gans andere lading dekt en vanuit een gans ander perspectief moet worden bekeken dan de neutralisering van de weigeringsgrond tot erkenning in art. 11 lid 2. Vonken³⁵ haalt beide situaties door elkaar waar hij in het kader van een bespreking van art. 5 WCH art. 11 lid 2 betreft en daarbij aangeeft dat het geldig worden dient voort te vloeien uit het recht, het internationaal privaatrecht daaronder begrepen, van de staat van erkenning. Voor wat betreft art. 9 is het perspectief dat men moet hantieren duidelijk – het blijkt uit het verdragsartikel zelf: het moet gaan om in een welbepaald land voltrokken huwelijken die volgens de aldaar geldende *lex loci* rechtsgeldig³⁶ zijn geworden.³⁷ Na vaststelling dat aan deze voorwaarde is voldaan, kan dan nog wel eventueel voorbehoud gemaakt worden vanuit Nederland tegen erkenning. De discussie over het aan te nemen perspectief situeert zich in art. 11 lid 2.

Welnu, mijns inziens rees tijdens de voorbereiding van het Huwelijksverdrag de discussie waarover Vonken spreekt doordat men bij de opstelling van art. 11 lid 2 zeker niet alleen de situatie voor

ogen had dat een huwelijk waarvan in een verdragsstaat erkenning wordt geweigerd omwille van polygamie voltrokken was in een land waar polygamie geen huwelijksbeletsel vormde. Minstens evenzeer blijkt men de situatie voor ogen te hebben gehad dat een polygaam huwelijk wordt gesloten in een land waar het statuut van polygamie het huwelijk juridisch problematisch maakt en vervolgens in een verdragsstaat erkenning ervan wordt geweigerd omwille van de status van polygamie. Uit de gehouden discussies omtrent het in te nemen perspectief bij hantering van art. 11 lid 2 – naar het recht van welk land moet het huwelijk 'la-

26. Normalerweise vindt immers door nietigverklaring een juridische fictie plaats: het huwelijk wordt geacht nooit bestaan te hebben. In geval van toekenning van het voordeel van putativiteit heft de ene fictie als het ware de andere op.

27. Over de mogelijkheid tot cassatie omwille van gebrek motivering in de toepassing van vreemd recht – te onderscheiden van verkeerde toepassing als zodanig van vreemd recht, zie ook HR 13 juli 2001, *NIPR* 2001, nr. 241.

28. In de procedure werd geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen behandeling van het huwelijk als hoofd- of voorvraag. Waar door de ABS werd betoogd dat het huwelijk naar Saoudisch recht rechtsgeldig was, werd daarbij al zeker niet verwezen naar art. 12 lid 2 Huwelijksverdrag.

29. Volgens hetwelk het huwelijk volgens het recht van de staat waar het is voltrokken rechtsgeldig tot stand moet zijn gekomen, of volgens dat recht later rechtsgeldig geworden.

30. Volgens hetwelk erkenning moet zijn geweigerd omdat volgens het recht van de verdragsluitende staat waar erkenning wordt verzocht, een der echtgenoten op het tijdstip van dat huwelijk reeds gehuwd was.

31. In art. 11 staat immers 'volgens het recht van die Staat'. Opmerkelijk is dat tijdens de voorbereiding van dit art. (Conférence de la Haye de droit international privé, Actes et documents de la Treizième session, Tome III, p. 138 (hierna 'Actes et documents')) werd overwogen '(...) the Special Commission meant by refusal of recognition the determination of the non-existence of a marriage in the Contracting State where the validity of the marriage is contested on the basis of articles 9 and 10. The Convention is silent on the question of whether the non-recognition of the existence should entail nullity or annulment of the marriage'. Vermeldenswaard in deze context is dat de Nederlandse Hoge Raad in haar uitspraak van 16 oktober 1998 stelde dat onverenigbaarheid met de Nederlandse openbare orde op zichzelf geen grond tot nietigverklaring van een huwelijk kan opleveren.

32. Anders kan men immers logischerwijze niet de vraag opwerpen naar 'erkenbaarheid'.

33. Zie Rutten 2001 (voetnoot 15).

34. Doorstaat men wel de toets van art. 9, dan kan eventueel daarna de vraag opduiken van art. 11 lid 1 én vervolgens lid 2. Maar middels beroep op art. 11 lid 2 kan met andere woorden niet een huwelijk 'valideren' dat in wezen als onbestaande moest worden gehouden, want zulk huwelijk zal in Nederland niet moeten worden beoordeeld in de sleutel van erkenbaarheid – en overigens al evenmin in de sleutel van vernietigbaarheid –, maar eenvoudigweg als onbestaande moeten worden gehouden. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2004, *NIPR* 2004, nr. 231 met betrekking tot een in Nevada voltrokken huwelijk, waarbij het eerder voltrokken huwelijk inmiddels door echtscheiding ontbonden was. Het huwelijk bleek volgens het recht van Nevada als onbestaanbaar te moeten worden beschouwd. De rechter wees daarop zowel het verzoek tot echtscheiding als het verzoek tot nietigverklaring af: het huwelijk werd ook in Nederland als onbestaande beschouwd. Tot art. 11 Huwelijksverdrag kwam men zodoende al helemaal niet toe.

35. Vonken, aant. 6.1 (voetnoot 2).

36. Zij het mogelijk onder het voorbehoud van vernietigbaarheid, zo kan als vraag rijzen?

37. Zie hierover Actes et documents, Dyer Report, p. 56, waar ter illustratie gewezen wordt op verboden interracial huwelijken die later alsnog geldig worden verklaard (evenals Vonken, aant. 6.1, (voetnoot 2)).

24. Zie hierover Van Den Eeckhout 1998 p. 38 voetnoot 168 evenals p. 41, met daarbij ook voetnoot 178 (supra, voetnoot 23). Zie ook Hof Luik 16 november 1993, *TBBR* 1994, p. 503, waarbij gesteld werd dat het huwelijk nietig was maar daaraan niet in de weg stond dat de echtgenoten die te goeder trouwe zijn, kunnen genieten van de gevolgen van het putatief huwelijk. Voor de beoordeling in Nederland van op buitenlandse consulaten in Nederland voltrokken huwelijken, waarbij in geval van schending van regels die Nederland hanteert inzake nationaliteit van de betrokkenen, men termen hanteert als 'niet voor erkenning in aanmerking komen' en 'niet rechtsgeldig achten', zie o.a. Rb. 's-Hertogenbosch 20 november 1995, *NIPR* 1996, nr. 72; Rb. 's-Hertogenbosch 17 juni 1995, *NJ* 1936, 633; Rb. Amsterdam 14/19 april 1982, *NIPR* 1983, nr. 263, Rb. 's-Gravenhage 31 januari 1996, *NIPR* 1996, nr. 206, Centrale Raad van Beroep 22 maart 1995, *NJB* 1995, nr. 24; Pres. Rb. Haarlem 18 januari 1994, *NIPR* 1994, nr. 107. Zie ook HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 469.

25. In de procedure die voorlag aan Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2004 (*NIPR* 2004, nr. 231) erkende de vrouw dat een huwelijk dat gesloten is terwijl een van de echtgenoten nog met een ander gehuwd was, naar het recht van Nevada nietig is zonder dat een rechterlijke vernietiging nodig is. Zij stelde echter dat het recht van Nevada niet uitsluit dat die nietigheid desalniettemin wordt uitgesproken (daarbij werd overigens niet gemeld dat op grond van zodanige nietigverklaring mogelijk rechtsgevolgen zouden kunnen worden toegekend aan het huwelijk). De Nederlandse rechter verklaarde het huwelijk onbestaande.

ter geldig (zijn) geworden' door de ontbinding of de nietigverklaring van het eerdere huwelijk – blijkt dat men zelfs vooral de tweede hypothese voor ogen had. De discussie draaide immers vooral rond de vraag of 'rechtsgeldig geworden' mocht beoordeeld worden naar het recht (daarin inbegrepen het IPR) van het land van erkenning, dan wel (tevens) moest beoordeeld worden naar het recht van het land van huwelijksvoltrekking (bijvoorbeeld of zij buitenlandse echtscheiding erkennen/überhaupt willen laten valideren). Alleen in de tweede hypothese kan men de vraag stellen of (ook) het land van huwelijksvoltrekking de aantastbaarheid van het huwelijk zou willen opheffen bij ontbinding of nietigverklaring van het eerdere huwelijk. In de eerste hypothese zou het immers enigszins absurd zijn te eisen dat het huwelijk naderhand rechtsgeldig moest zijn geworden, want in zodanige situatie zou het huwelijk in het land van huwelijksvoltrekking sowieso van meetaf aan als volledig rechtsgeldig en onaantastbaar beschouwd zijn. Uiteindelijk bleek men te kiezen voor het perspectief van beoordeling volgens het recht van het land van erkenning.³⁸

3.2.2. Invulling in Nederland van art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag

Maar wat is dan wel het Nederlandse perspectief terzake? Beoordeling vanuit het perspectief van het land van erkenning betekent mijns inziens alleszins dat, als in Nederland erkenning wordt gevraagd, bijvoorbeeld de echtscheiding waardoor het eerste huwelijk is ontbonden, naar Nederlandse IPR-normen rechtsgeldig moet zijn gebeurd. Maar soms gaat men verder. Opmerkelijk is met name de visie van Rutten terzake. Rutten toont zich in haar bijdrage 'Enkele beschouwingen over het polygamievraagstuk in een Westerse context'³⁹ op het eerste gezicht vrij liberaal ten aanzien van de omgang in Nederland met polygame huwelijken, maar blijkt zich in de context van art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag bij nader inzien zeer rigide op te stellen. Zij baseert zich hierbij op de reeds hogervermelde uitspraak van de Nederlandse Hoge Raad van 1 juli 1993, waarbij een in Nederland gesloten polygaam huwelijk volgens de Hoge Raad nog steeds voor vernietiging vatbaar was, ook al was het eerder gesloten huwelijk – op basis waarvan het later gesloten huwelijk als polygaam was te beschouwen – inmiddels door echtscheiding ontbonden. Onder verwijzing naar deze uitspraak stelt Rutten⁴⁰: 'Als het tweede huwelijk buiten Nederland tot stand komt, er ten tijde van deze huwelijksluiting voldoende verbondenheid bestond met de Nederlandse openbare orde, en op dat moment erkenning aan het huwelijk zou worden onthouden wegens strijd met de openbare orde, zie ik onvoldoende redenen waarom, ook als het gaat om de vraag naar *erkenning* van het tweede huwelijk, de door de Hoge Raad gevolgde regel niet zou be-

hoeven te worden toegepast. Strijd met de openbare orde zou dan niet mogen worden beoordeeld naar het moment van erkenning maar naar het moment van de huwelijksluiting zelf.' Vastgesteld moet worden dat Rutten op zodanige wijze voor Nederland uiteindelijk elke betekenis ontnemt aan het bestaan van art. 11 lid 2 ingeval het eerder gesloten huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden.⁴¹ Bij die visie kunnen echter een aantal aantekeningen worden geformuleerd, die maken dat de visie die Rutten construeert met beroep op HR 1 juli 1993 minder evident is dan ze op het eerste gezicht moge lijken. Vooreerst kan worden gewezen op een uitspraak van het Hof Amsterdam van 9 april 1998⁴² waarbij art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag niet van toepassing werd verklaard⁴³, maar vervolgens los van art. 11 lid 2 een beoordeling werd gemaakt van de schending van de openbare orde, daarbij wél rekening werd gehouden met de ontbinding door echtscheiding van het eerste huwelijk, en na verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 1 juli 1993 betoogd werd dat de openbare orde in de context van het al dan niet aantastbaar zijn van in Nederland gesloten huwelijken (zonder internationale elementen) niet zonder meer dezelfde inhoud heeft als in de context van de erkenning van polygame huwelijken die in het buitenland geldig zijn voltrokken.⁴⁴

Bovendien kan ten aanzien van de uitspraak van de Hoge Raad zelf worden opgemerkt dat in casu sprake was van een in Nederland voltrokken huwelijk⁴⁵ én daarbij werd uitgegaan van de toepasselijkheid van Nederlands recht, mét alle (mogelijkheden tot) 'mitigaties' van dien indien het daadwerkelijk tot een nietigverklaring komt.⁴⁶ Hier kan duidelijk worden dat Rutten door de manier waarop ze de uitspraak van de Hoge Raad extrapoleert een veel strengere sanctie uitspreekt dan de sanctie die in de uitspraak van de Hoge Raad zelf is terug te vinden.⁴⁷ Ik breng hier immers het principiële verschil in rechtsgevolgen in herinnering⁴⁸ tussen vernietigbare/vernietigde huwelijken en niet-erkende huwelijken. Vernietigbare huwelijken moeten logischerwijze in principe rechtsgeldig worden geacht tot ze zijn nietig verklaard en op het ogenblik dat ze zijn nietig verklaard, zullen ze mogelijk toch nog steeds rechtsgevolgen kunnen teweegbrengen – niet-erkende huwelijken daarentegen kennen in principe⁴⁹ eenvoudigweg géén rechtsgevolgen. Het voorgaande komt ook tot uiting in de uitspraak van Rb. 's-Gravenhage 6 december 1995⁵⁰, waarin gesteld werd dat een polygaam huwelijk niet kon worden ontbonden door echtscheiding, omdat het nog steeds als niet-erkenbaar moest worden beschouwd, ook al was inmiddels het eerder gesloten huwelijk door echtscheiding ontbonden. Had men het huwelijk eenvoudig als vernietigbaar beschouwd, dan had het normalerwijze wel voor ontbinding door echtscheiding in

aanmerking moeten komen⁵¹: dan zou immers normalerwijze het huwelijk als rechtsgeldig moeten worden beschouwd, tot het nietig verklaard was.⁵²

3.2.3. *De status van een huwelijk na honorering van beroep op art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag: erkenbaar maar wel nog vernietigbaar, of algehele validering?*

Wordt nu beroep op art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag gehonoreerd⁵³, dan kan nog de vraag worden opgeworpen wat de status is van een huwelijk dat op dusdanige manier 'gevalideerd' is. Nvolging van de visie van de verdragsopstellers over 'het aan te nemen perspectief' leert alleszins dat, nu het voor honorering van beroep op art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag niet nodig is dat het huwelijk ook gevalideerd is naar de *lex loci celebrationis*, het in Nederland erkenbare huwelijk wel nog aantastbaar kan zijn in het buitenland.⁵⁴ Als dan het huwelijk volgens de *lex loci celebrationis* nog steeds vernietigbaar is, moet het huwelijk dan ook nog steeds als zodanig worden beschouwd in Nederland – ook al is inmiddels de weigeringsgrond tot erkenning geneutraliseerd? Kortom, is het huwelijk na succesvol beroep op art. 11 lid 2 'geldig' geworden in die zin dat het erkenbaar is geworden, maar zegt dit nog niet noodzakelijk iets over de vernietigbaarheid ervan? Of moet daarentegen het huwelijk na honorering van beroep op art. 11 lid 2 als geheel en al onaan-

tastbaar worden beschouwd?⁵⁵ Overigens is wel nog de verwikkeling denkbaar dat een huwelijk op meerdere gronden voor vernietiging in aanmerking komt en kunnen ook in die zin complicaties rijzen. Mij is geen rechtspraak of rechtsleer beken-

38. Zie *Actes et documents*, rapport Malmstrom, p. 305-306.

39. Zie al voetnoot 15.

40. Rutten 2001(voetnoot 15), p. 47-48.

41. Want het artikel wordt in Rutten's visie hetzij overbodig (in het geval het polygame huwelijk sowieso – nog voor ontbinding van het eerste huwelijk – al erkenbaar was geweest) hetzij betekenisloos (in het geval het polygame huwelijk niet erkenbaar was, blijft het ook niet erkenbaar). Over de impact van een nietigverklaring van het eerder gesloten huwelijk, zie Rutten 2001, p. 45 (voetnoot 15).

42. *NIPR* 1998, nr. 271.

43. Overigens op grond van een argumentatie die mijns inziens niet ter zake deed: in Nederland worden huwelijken die vernietigbaar zijn als rechtsgeldig beschouwd zolang ze niet nietig verklaard zijn, maar onder omstandigheden kunnen in het buitenland voltrokken huwelijken zeker wel niet-erkenbaar zijn.

44. Ik verwijs hierbij ook naar de stelling van Rutten zelf waarin zij stelt dat het feit dat bigamie naar Nederlands recht niet toegelaten is niet betekent dat aan een buitenlands geldig polygaam huwelijk geen rechtsgevolgen zouden kunnen worden toegekend. Zie ook algemeen de manier waarop de internationale openbare orde beoordeeld wordt, namelijk mede rekening houdend met de gevolgen die hantering ervan meebrengt in een rechtsorde. Zie ook in deze context infra, de kwestie van rekening houden met 'rechtens te respecteren belangen'.

45. Daar waar bij confrontatie met in Nederland zelf voltrokken huwelijken logischerwijze niet de kwestie van 'erkenning' kan spelen – maar enkel de kwestie van (on)bestaanbaarheid en vernietigbaarheid – kan aan een in het buitenland voltrokken huwelijk erkenning onthouden worden.

46. Zie op dit punt expliciet de conclusie bij HR 1 juli 1993. Bovendien wijst Asser, p. 151 (voetnoot 2) er in een bespreking van art. 69 lid 1 op dat het Openbaar Ministerie niet verplicht is nietigverklaring te verzoeken. In internationale gevallen is denkbaar dat, indien een ander dan Nederlands recht toepasselijk is, een vernietigd huwelijk niet (of niet in dezelfde mate) mitigaties zal kennen als in Nederland. In hoeverre, zo rijst dan de vraag, kan dan nog steeds ongenueanceerd de visie van de Hoge Raad aangehouden worden dat vernietigbaarheid mogelijk moet blijven?

47. Overigens – zo zal verder blijken – is een visie denkbaar waar neutralisering van de weigeringsgrond tot erkenning nog niet per se de mogelijkheid tot nietigverklaring uitschakelt.

48. Zie Van Den Eeckhout 2000 (voetnoot 6).

49. Zie hierover mijn nog te verschijnen bijdrage over de voorvraag, problematiek.

50. *NIPR* 1996, nr. 64. Gesteld werd: 'Ten overvloede merkt de R – naar aanleiding van het betoog zijdens de man dat het huwelijk van partijen is gevalideerd op het moment dat het eerder door de vrouw aangegane huwelijk werd ontbonden – nog op dat dit betoog afstuit op de beslissing van de HR d.d. 1 juli 1993, *NJ* 1993, 105, waarin werd uitgemaakt dat een in Nederland in strijd met art. 1:33 BW gesloten huwelijk dient te worden nietig verklaard ongeacht of na die sluiting het toen bestaande eerdere huwelijk ontbonden. Echtscheiding kan in zo'n geval uiteraard niet in plaats van nietigverklaring worden verkozen wegens het verschil in de rechtsgevolgen van deze beide figuren.'

51. Uiteraard, indien het polygaam huwelijk van meet af aan erkend wordt, is het sowieso vatbaar voor echtscheiding. Uit de uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch van 4 juli 1985, *NJ* 1987, 92 blijkt niet expliciet dat men het polygame huwelijk wilde erkennen: alleszins werd het betoog van de man dat door het uitspreken van echtscheiding naar Nederlands recht gehandeld wordt in strijd met de Nederlandse openbare orde omdat daardoor bigamie erker wordt verworpen, 'omdat niet valt in te zien waarom de wetenschap van de rechter dat er nog een eerder geldig huwelijk van de man met een andere vrouw bestaat, aan het uitspreken van de onderhavige echtscheiding in de weg zou staan'.

52. Zie ook de procedure voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad van 1 juli 1993, betreffende de omgang met het tweede, in Columbia voltrokken huwelijk dat door de Nederlandse rechters omwille van het polygaam karakter ervan vernietigbaar werd beschouwd en zodoende moest worden rechtsgeldig beschouwd tot het daadwerkelijk nietig verklaard was, waardoor het ook voor ontbinding door echtscheiding in aanmerking kwam. Zie hierover ook de conclusie bij HR 1 juli 1993.

53. In diverse Nederlandse rechterlijke uitspraken werden polygame huwelijken, al dan niet met beroep op art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag, reeds gevalideerd na ontbinding door echtscheiding van het eerder gesloten huwelijk. Zie ook de referenties bij Vonken, art. 10.1 (voetnoot 2). Als het gaat om huwelijken die gevalideerd kunnen worden, is het in deze context ook belangrijk er op te wijzen dat in Nederland in de rechtspraak nogal eens – ondanks art. 11 en het door Nederland gemaakte voorbehoud (Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid op grond van art. 15 lid 2 Huwelijksverdrag een voorbehoud te maken, hetgeen betekent dat Nederland de erkenningsregels van het Huwelijksverdrag in beginsel alleen zal toepassen op huwelijken die zijn voltrokken na inwerking treding van het verdrag) – 'retroactieve werking' wordt verleend aan het Huwelijksverdrag en ook 'oude' huwelijken in die zin mogelijk voor validering in aanmerking komen (zie hierover E.N. Froh 'Erkenning buitenlands huwelijk en terugwerkende kracht echtscheidingsregime', in: *Het NIPR geannoteerd*, Liber amicorum M. S. Mampouw, 's-Gravenhage 1996, p. 72, in een bespreking van R. Amsterdam 13 april 1993, *NIPR* 1995, nr. 211. Zie ook Vonken aant. 13 en verwijzingen (voetnoot 2)). Huldigt men een 'liberal' omgang met art. 11 lid 2, dan zou dat in die zin ook ten gunne kunnen komen aan huwelijken die zijn voltrokken nog voor inwerking treding van het Huwelijksverdrag en in die zin niet voor validering middels de technieken van het Haagse verdrag in aanmerking zouden komen.

54. Voor onderkenning daarvan, zie ook *Actes et documents*, proces-verbaal nr. 8, p. 202.

55. Maar ook dan kan nog wel de complicatie opduiken dat het huwelijk in het buitenland naderhand daadwerkelijk wordt nietig verklaard? Zie hierover, *mutatis mutandis*, supra voetnoot 13. Acmen een naderhand in het buitenland uitgesproken nietigverklaring erkenbaar in Nederland, dan zou in die zin nog steeds een zwaai van Damocles boven het huwelijk blijven hangen.

waar specifiek op dit punt wordt ingegaan.⁵⁶ Wel merk ik hier op dat als men in deze context vasthoudt aan de visie van Strikwerda op de verhouding erkenbaarheid-vernietigbaarheid van een huwelijk, dan zelfs à la limite betoogd zou kunnen worden dat met het erkenbaar worden van een huwelijk de weg openstaat voor vernietigbaarheid, daar waar eerder de niet-erkenbaarheid de vernietigbaarheid blokkeerde. Paradoxaalwijze zou dan precies honorering van beroep op art. 11 lid 2 het mogelijk maken ook in internationale gevallen de visie van de Hoge Raad in de uitspraak van 1 juli 1993 aan te houden dat een polygaam huwelijk ook na ontbinding van het eerder gesloten huwelijk door echtscheiding vernietigbaar blijft.

4. De status van het huwelijk en de aan het huwelijk te hechten rechtsgevolgen

Maar of nu een huwelijk na honorering van art. 11 lid 2 nog vernietigbaar is of niet, honorering van beroep op art. 11 lid 2 zal alleszins impact hebben op de afhandeling van de voorraag: als men na beroep op art. 11 lid 2 bereikt dat een huwelijk 'rechtsgeldig' is – zij het mogelijk met het voorbehoud dat het nog wel vernietigbaar is –, dan zal dit huwelijk normalerwijze met beroep op art. 7 WCH⁵⁷ alle rechtsgevolgen kunnen teweegbrengen die een 'normaal' huwelijk teweegbrengt⁵⁸, en heeft men alleszins geen vangnetconstructies zoals art. 12 lid 2 Haags Huwelijksverdrag nodig om rechten waarop men normalerwijze enkel op basis

van een geldig huwelijk aanspraak kan maken toe te kennen. Op de specifieke problematiek van de status van vernietigbare huwelijken als 'voorraag' ga ik nader in in een weldra te verschijnen afzonderlijke bijdrage. Mogelijk zal tegen die tijd de Hoge Raad zich hebben uitgesproken in het momenteel hangend cassatieberoep tegen de uitspraak van het Haagse Hof van 17 maart 2004.

56. Wel vermeldt Vonken, aant. 10.1 (voetnoot 2) de uitspraak van het Hof Amsterdam van 26 september 1996, *NIPR* 1997, nr. 299 als een casus waarbij het huwelijk niet werd gevalideerd. In deze casus werd echter géén gewag gemaakt van art. 11 lid 2 Huwelijksverdrag. Daarbij gaat Vonken bovendien niet nader in op het feit dat het in deze casus de vraag betrof naar vernietigbaarheid (en als zodanig dus niet naar erkenbaarheid) van een polygaam huwelijk nadat het eerder gesloten huwelijk door echtscheiding was ontbonden (volgens het hof diende het huwelijk nog steeds als vernietigbaar beschouwd te worden). Onduidelijk is of Vonken dit gegeven over het hoofd heeft gezien, of dat hij het feit dat men het huwelijk nog steeds vernietigbaar achtte eenvoudigweg begreep als een algehele niet-bereidheid het huwelijk te valideren – zou hij dan ook in omgekeerde zin bij neutralisering van de weigeringsgrond van erkenning een huwelijk niet meer vernietigbaar achten? Ik wijs in deze context ook terug naar de hoger vermelde uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 6 december 1995.

57. Of parallel redenerend aan dit artikel, indien men zou menen dat in confrontatie met vernietigbare huwelijken art. 7 niet als zodanig kan gelden.

58. Zie ook betreffende de voorraag Vonken, aant. 12 (voetnoot 2) over het gegeven dat de regel van art. 7 – art. 12 lid 1 verdrag – in bepaalde situaties kan conflicteren met enkele andere verdragen die ook een bepaling betreffende de voorraag bevatten. Vonken bespreekt in dit kader de Overeenkomst van München inzake het recht dat van toepassing is op geslachtsnamen en voornamen. Ook vanuit dit oogpunt bekeken is het lopend cassatieberoep tegen de uitspraak van het Haagse Hof interessant.

Het AMK een schakel in de keten?

4

Paul Pollmann

Wat ging er mis?

Savanna, het meisje van drie jaar dat dood in de kofferbak gevonden werd. Haar jongere zusje van de laatste nieuwe vriend van moeder heette Rowena, naar het in stukken gesneden gevonden 'meisje van Nulde'. Eerdere kinderen van de moeder van Savanna en Rowena waren uithuisgeplaatst. Als u wilt weten wat er nou mis ging in deze casus dan zouden de volgende drie vragen moeten worden beantwoord: 1. (Wat) Is er gediagnosticeerd inzake kindermishandeling? 2. Is er een lege artis risicotaxatie aan die diagnostiek gekoppeld geworden? 3. Zijn deze inhoudelijke bevindingen ongeschonden door de keten heen overgedragen en op waarde geschat?

Inleiding

Bij calamiteiten waarbij kinderen slachtoffer worden van ernstige mishandeling of doding wordt al gauw gesproken van een falende hulpverlening en

slechte samenwerking tussen de ketenpartners. Ik denk terecht, al doet men in elke schakel in de keten zijn werk zoals men meent dat het behoort. Het verweer is meestal uiterst defensief en zwak. Dat is menselijk en begrijpelijk want niemand

Drs. P.M. Pollmann is vertrouwensarts inzake kindermishandeling.