

het internationale namenrecht opnieuw onder de loep zal worden genomen, kan de wetgever de gelegenheid benutten een verdergaande vereenvoudiging te realiseren. In geval van bipatridie zou de effectiviteitstoets en de voorrang van de Nederlandse nationaliteit moeten worden vervangen door een rechtskeuzemogelijkheid voor de rechtsstelsels van de betrokken nationaliteiten. Daarnaast moet de totstandkoming van nieuwe geünificeerde regels inzake het internationale namenrecht worden bevorderd. Mij lijkt onderzoek naar vorm en in-

houd van een nieuw internationaal namenrecht in Europa in hoge mate wenselijk.

41. Zie K. Boele-Woelki, 'De toekomst van het IPR na het Verdrag van Amsterdam', in: Van Buren-Dee, e.a. (red.), 'Privaatrecht en Gros', *Intersentia* 1999, p. 355-375 (366, 368).

42. Art. 65 EG-Verdrag valt onder Titel IV: Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen.

43. Zie ook het advies van de Staatscommissie voor IPR van 15 april 1997 (noot 33), waarin wordt opgemerkt dat het namenrecht niet een obstakel mag vormen voor het vrije verkeer van personen, een van de uitgangspunten van het EG-Verdrag.

Aanvechting in Nederland van internationale 'gedwongen' huwelijken

Dr. Veerle Van Den Eeckhout

Bespreking van Hoge Raad 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 6

1. HR 16 oktober 1998 als aanzet tot een ruimere analyse

Een Nederlandse vrouw van Pakistaanse afkomst verzoekt de Rechtbank van Maastricht het huwelijk dat tussen haar en een Pakistaanse man werd voltrokken nietig te verklaren. De vrouw betoogt dat zij door onrechtmatige ernstige bedreiging van haar vader en zuster ertoe gebracht was de huwelijksakte te ondertekenen. Zowel in eerste aanleg¹ als in beroep² wordt haar verzoek afgewezen. Ook bij de Hoge Raad³ vindt de vrouw geen gehoor.

De Hoge Raad is formeel. Hetgeen de vrouw aanvoert, kan volgens de Hoge Raad überhaupt niet tot nietigverklaring van het huwelijk leiden. Het komt er op neer dat volgens de Hoge Raad, enerzijds, de vrouw haar energie verspeeld heeft in een procedure die bij voorbaat tot mislukken was gedoemd, anderzijds, dat het hof terecht mocht besluiten dat er in casu geen sprake was van een onrechtmatige ernstige bedreiging. Het verzoek van de vrouw blijkt dus op twee gronden te stranden: één van eerder juridisch-technische aard, nu zij kennelijk argumenten heeft aangehaald die niet passen in een verzoek tot nietigverklaring van een huwelijk, en een van meer feitelijke aard, nu het hof kennelijk terecht kon besluiten dat de

vrouw niet aan een onaanvaardbare onrechtmatige druk blootstond om het huwelijk te sluiten.

Voor een bespreking van het tweede aspect verwijst ik naar de noot bij dit arrest, verschenen in *Nemesis*.⁴ In deze bijdrage maak ik enige aantekeningen

1. Rb. Maastricht 3 januari 1997, *NIPR* 1997, 330 en *Migrantenrecht* 1997, 56 (katern) noot L. Jordens-Cotran.

2. Hof 's-Hertogenbosch 24 september 1997, *NIPR* 1997, 274.

3. HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 6.

4. *Nemesis* 2000, nr. 1, Actualiteitenkatern, p. 11-15. In deze noot heb ik onder meer uiteengezet waarom de kans dat in casu het huwelijk daadwerkelijk onder dwang werd gesloten mij vrij reëel lijkt. Nu er in haar geval op het eerste gezicht geen redenen zijn aan te geven om voorbehoud aan te tekenen ten aanzien van hetgeen zij aanvoert en toch geen geloof wordt gehecht aan de beweringen van de vrouw, is het overigens interessant deze uitspraak te plaatsen tegenover een uitspraak van de Hoge Raad van 18 september 1998 (*RvdW* 1998, nr. 156, 1083), waar de Hoge Raad wel bijzonder tegemoetkomend was ten aanzien van de beweringen van de vrouw – het volstond voor de Hoge Raad dat de situatie door de betrokkene als bedreigend werd ervaren –, terwijl het betoog van de vrouw toch gesitueerd moet worden in een materie waar mijns inziens wél reden bestaat enige achterdocht ten aanzien van de beweringen van de (ex-)echtgenoten aan de dag te leggen en bovendien bepaalde angsten, ook waar ze niet gespeeld zijn, in sommige gevallen veeleer gebaseerd lijken te zijn op gangbare voorstellingen en angstbeelden omtrent de houding van niet-Nederlandse vaders dan op de werkelijkheid. Zie hierover ook V. Van Den Eeckhout, 'Voetangels bij pleidooien voor recht op respect voor culturele identiteit' in P. Cliteur e.a. (red.), *Sociale cohesie en multiculturalisme*, te verschijnen.

De auteur is universitair docente internationaal privaatrecht Universiteit Leiden.

omtrent het eerste aspect. Ik situeer hierna de uitspraak van de Hoge Raad in de ruimere context van aanvechting van internationale 'gedwongen' huwelijken. Centraal daarbij staat de verhouding erkenning-nietigverklaring van buitenlandse huwelijken. Daarbij zal ik meermaals verwijzen naar de Belgische situatie terzake: een korte uitstap naar het Belgische recht moge duidelijk maken dat de visie van de Hoge Raad – waarbij de conclusie van advocaat-generaal Strikwerda wordt gevolgd – niet de enig mogelijke visie is op de verhouding erkenbaarheid – mogelijkheid tot nietigverklaring van een huwelijk.

2. De verhouding erkenning-nietigverklaring van een buitenlands huwelijk en de situering daarbinnen van de Nederlandse openbare orde

In het arrest van de Hoge Raad komt de verhouding erkenning-nietigverklaring van een huwelijk in de bespreking van de twee eerste middelen naar voren: vooreerst inzake de stelling dat niet voldaan zou zijn aan de vereiste 'legalisatie' van de huwelijksakte en de consequenties die de rechter daaruit zou moeten trekken⁵; vervolgens inzake de stelling dat het huwelijk onder bedreiging werd voltrokken en de daaruit voortvloeiende consequenties. In het kader van deze laatste stelling wordt gewag gemaakt van de exceptie van Nederlandse openbare orde.

In eerste aanleg en hoger beroep was door de rechter nauwelijks aandacht besteed aan het onderscheid tussen enerzijds erkenning, anderzijds nietigverklaring. Zowel de rechtbank als het hof waren er zonder meer vanuit gegaan dat kennelijk voldaan was aan de voorwaarde gesteld in art. 5 lid 4 WCH, met name dat een huwelijksverklaring is afgegeven door een bevoegde autoriteit. Het huwelijk van de vrouw met de man diende volgens deze rechters naar Pakistaans recht als een geldig huwelijk te worden aangemerkt. De rechtbank ging daarop over tot het bezien in hoeverre de erkenning van het onderhavige huwelijk, naar Nederlands internationaal privaatrecht, diende af te stuiten op de in art. 6 WCH neergelegde onverenigbaarheid met de Nederlandse openbare orde. Aan het oordeel dat in casu geen sprake was van onverenigbaarheid met de Nederlandse openbare orde, op grond waarvan de erkenning aan het in Pakistan geformaliseerde huwelijk zou moeten worden onthouden, haakt de rechtbank de conclusie vast dat bijgevolg ook de verzochte nietigverklaring moet worden afgewezen. Zodoende wordt de vraag of het huwelijk de toets van de openbare orde kan doorstaan niet scherp onderscheiden van de vraag of het huwelijk kan worden nietigverklaard. In hoger beroep wordt de kwestie van de verhouding tussen erkenbaarheid en vernietigbaarheid van huwelijken niet nader uitgeklaard. Daar herhaalt het

hof enkel dat de omstandigheden niet zijn aan te merken als een onaanvaardbare onrechtmatige bedreiging 'op grond waarvan nietigverklaring van het huwelijk tussen partijen als in strijd met de Nederlandse openbare orde zou kunnen worden uitgesproken.'

In het arrest van de Hoge Raad wordt wél ingegaan op de thematiek van de verhouding erkenning-nietigverklaring. De Hoge Raad stelt dat de eerste twee middelen van de vrouw een gemis aan belang vertonen, nu de argumentatie van de vrouw in geen van beide gevallen kan leiden tot verbreking van het arrest in beroep; de vrouw had immers een verzoek tot *nietigverklaring* ingediend in plaats van een verklaring voor recht dat aan het huwelijk erkenning diende te worden onthouden. Het is dus niet omdat aan een huwelijk erkenning zou moeten worden onthouden, dat daarom sowieso een grond tot nietigverklaring van dit huwelijk voorhanden is. Een automatische tussen beide procedures in die zin dat niet-erkenning omwille van strijdigheid met de Nederlandse openbare orde als vanzelf tot nietigverklaring leidt, wordt bijgevolg afgewezen.⁶ Tegenover het eerste middel stelt de Hoge Raad dat de omstandigheid dat het huwelijk mogelijk in Nederland niet kan worden erkend wegens het ontbreken van de vereiste legalisatie en verificatie van de huwelijksakte, geen grond oplevert voor toewijzing van een verzoek tot nietigverklaring. Tegenover het tweede middel stelt de Hoge Raad dat onverenigbaarheid met de Nederlandse openbare orde geen grond voor nietigverklaring oplevert. In eenzelfde gedachtegang wordt ook het pleidooi van de vrouw dat erkenning van het huwelijk zeer zeker onverenigbaar was met de Nederlandse openbare orde, nu het huwelijk alleszins in strijd met de bepalingen van het verdrag van New York was gesloten⁷ – met name zonder de 'volledige en vrije toestemming', vereist in art. 1 van het verdrag –⁸ afgewezen: de vrouw zou ook hier belang missen aangezien onverenigbaarheid met de openbare orde op zichzelf geen grond voor nietigverklaring van het huwelijk kan opleveren.⁹

De Hoge Raad volgde in dit arrest de conclusie van advocaat-generaal Strikwerda. Volgens Strikwerda is niet alleen niet-erkenning op grond van schending van de Nederlandse openbare orde geen grond voor nietigverklaring van het huwelijk en staan beide procedures los van elkaar. Wat meer is: volgens Strikwerda moet de vraag naar nietigverklaring als niet langer terzake doend terzijde geschoven worden eens men is overgegaan tot het onthouden van erkenning aan een huwelijk. De kwestie van de vernietigbaarheid van een huwelijk zou dan enkel kunnen opduiken in de gevallen dat een huwelijk normalerwijze wél voor erkenning in aanmerking komt. Kortom, de vraag naar erkenbaarheid gaat volgens Strikwerda de vraag naar vernietigbaarheid vooraf, en een oordeel van niet-

erkenning zou de mogelijkheid van nietigverklaring al onmiddellijk blokkeren. Ik teken hierbij aan dat uit rechtspraak¹⁰ bovendien blijkt dat de vraag naar nietigverklaring reeds in een nog eerdere fase kan worden afgewezen: indien geoordeeld wordt dat tussen partijen eenvoudigweg geen huwelijk tot stand is gekomen, zal de Nederlandse rechter het 'huwelijk' ook niet (kunnen) nietigverklaren. De kwestie van de *rechtsgeldigheid* moet daarbij uiteraard wel onderscheiden worden van de *bewijsproblematiek*.¹¹

Het voorgaande moet volgens Strikwerda in samenhang gezien worden met de omstandigheid dat de vraag naar de erkenning van een huwelijk volgens andere maatstaven moet worden beoordeeld dan de vraag naar de vernietigbaarheid. Erkenning van een buitenlands huwelijk kan worden geweigerd wegens strijd met de Nederlandse openbare orde, ook al is dat huwelijk volgens het toepasselijke recht formeel en materieel rechtsgeldig tot stand gekomen; omgekeerd kan een huwelijk volgens het toepasselijke recht blootstaan aan vernietiging, zonder dat de Nederlandse openbare orde zich tegen erkenning van dat huwelijk verzet, aldus Strikwerda.¹² *'De erkenningsvraag gaat dus logisch aan de vernietigingsvraag vooraf, wordt beantwoord aan de hand van andere maatstaven, en leidt ook tot andere rechtsgevolgen'*, besluit Strikwerda.

3. Rechtsgevolgen van niet erkende dan wel nietigverklarde huwelijken

Ik sta hierna even stil bij de vraag in hoeverre de niet-erkenning dan wel de nietigverklaring van een huwelijk uiteenlopende gevolgen meebrengen. Ik beperk me hierbij tot gevolgen van familierechtelijke aard. Welnu, volgens de Nederlandse rechtspraak¹³ moeten de gevolgen van een nietigverklaring gezocht worden in het rechtstelsel dat van toepassing is op de vraag of het huwelijk formeel en materieel geldig tot stand is gekomen. Nu blijkt dat in meerdere rechtssystemen rechtsgevolgen (kunnen) worden toegekend aan nietigverklarde huwelijken. De rechtsgevolgen van een nietigverklaring die op basis van Nederlands recht is uitgesproken, zijn te vinden in art. 77 BW. Nietigverklarde huwelijken blijken volgens deze bepaling gevolgen mee te brengen als ware een echtscheiding uitgesproken. Zo worden volgens deze bepaling afstammingsgevolgen gehecht aan een nietigverklard huwelijk. Bij weigering van erkenning van een huwelijk zijn dergelijke regels niét voorzien.¹⁴ Nietigverklarde huwelijken kunnen dus in principe méér rechtsgevolgen teweegbrengen dan huwelijken waaraan erkenning wordt onthouden – of die als onbestaand worden gehouden. Vandaar kunnen partijen (overeenkomstig de rechtsgevolgen die zij in de Nederlandse rechtsorde aan hun 'huwelijk' willen toegekend zien) belang hebben bij het voe-

5. De perikelen rond de kwestie van legalisatie worden pas in cassatie te berde gebracht. Over de kwestie van legalisatie, zie ook J.A. Kroes en M.A.G. Reurs, 'Voortdurende perikelen rond legalisatie en verificatie in de probleemlanden', *Migrantenrecht* 1998, p. 287-292 (deel I) en 1999, p. 3-6 (deel II); W. Van Arnhem, 'Legalisatie van buitenlandse documenten', *Migrantenrecht* 1994, p. 127-130; P. Vonken, Internationaal privaatrecht, in: *Personen- en familie-recht*, Deventer (losbl.), onder Titel 5, Huwelijk, p. 55 e.v. en X, 'Evaluatie maatregel legalisatie en verificatie documenten probleemlanden', *Migrantenrecht* 1999, p. 165-166. Zie in dit verband ook Rechtseenheidskamer 11 juli 1996, *Migrantenrecht* 1996, 157 (katern).

6. Overigens blijkt dat in bepaalde Nederlandse rechtspraak eveneens het omgekeerde automatisme wordt afgewezen: het feit dat naar Nederlands recht een nietigheidsgrond aanwezig is, betekent volgens die rechtspraak kennelijk nog niet dat aan een huwelijk erkenning zal worden onthouden omwille van strijdigheid met de Nederlandse openbare orde. Zo meen ik althans te mogen afleiden uit het vonnis van de rechtbank van Arnhem van 6 juni 1991, *NIPR* 1991, 330. Wel moet m.b.t. dit vonnis worden opgemerkt dat in casu volgens de gangbare Nederlandse IPR-regels niet Nederlands recht maar Marokkaans recht op de nietigverklaring toepasselijk ware geweest en de nietigheidsgrond dus normalerwijze in het Marokkaanse recht moest worden gezocht.

7. Zie hieromtrent overigens ook het Vrouwenverdrag van de Verenigde Naties (opmerkelijk is wel dat het argument van het gedwongen karakter van het huwelijk in België ook reeds werd opgeworpen door een *man*. Zie bijvoorbeeld Vred. Antwerpen 9 oktober 1997, *RW* 1997-98, 1395, noot J. Verhellen) evenals art. 23 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, waarin eveneens vastgelegd is dat een huwelijk niet kan worden aangegaan zonder de vrije en volledige toestemming van partijen. Omtrent de vraag naar de betekenis van art. 27 van dit laatste verdrag ter zake, zie o.a. HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 201, met noot E. Alkema, waarbij de Hoge Raad overwoog dat het in art. 27 neergelegde recht op beleving van de eigen cultuur 'niet zodanig mag worden uitgeoefend, dat men de rechten en vrijheden van anderen – i.c. van dochter Fatima – dreigt aan te tasten.'

8. Schending van de openbare orde was volgens de vrouw zeker voorhanden, nu zij de Nederlandse nationaliteit bezit, de sterkste band bezit met Nederland en 'een deel van de huwelijksvoltrekking in Nederland is voltrokken.'

9. Bovendien had de vrouw zelf haar verzoek gesteund op een onrechtmatige ernstige bedreiging, en niet op het ontbreken van de volledige en vrije toestemming van partijen, aldus nog de Hoge Raad. De vrouw maakte pas in cassatie gewag van het verdrag van New York.

10. Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 2 juni 1983, *NIPR* 1984, 82 en Rb. 's-Gravenhage 19 oktober 1992, (*NIPR* 1993, 88).

11. Zo gingen bepaalde Nederlandse rechters reeds over tot het uitspreken van een *echtscheiding*, ondanks het ontbreken van bewijsstukken van een in Afghanistan voltrokken huwelijk (Rb. 's-Gravenhage 15 januari 1997, *NIPR* 1997, 198), ondanks het ontbreken van een afschrift van de huwelijksakte van een in Iran gesloten huwelijk (Rb. 's-Gravenhage 5 februari 1997, *NIPR* 1997, 201) of nog, ondanks het ontbreken van authentieke bescheiden van een in Iran gesloten huwelijk (Rb. Alkmaar 22 mei 1997, *NIPR* 1997, 195). Zie eveneens, inzake de bewijsproblematiek, Rb. Amsterdam 5 oktober 1983, *NIPR* 1984, 93.

12. Strikwerda geeft zelf geen voorbeeld van deze laatste hypothese. Mijzelf staat als voorbeeld van deze laatste hypothese onder meer de situatie voor ogen dat een huwelijk werd voltrokken naar vreemd recht, het huwelijk niet werd 'geconsumeerd' en de regeling van de bruidsschat gebrekkig was, en deze omstandigheid naar vreemd recht een nietigheidsgrond uitmaakt.

13. Zie verder, noot 22.

14. Een *afhankelijke* oplossing van de voorvraag kan geen uitweg bieden om bijvoorbeeld toch afstammingsgevolgen toe te kennen; zie art. 7 WCH – tenzij beroep kan worden gedaan op art. 12 tweede lid van het Haagse Huwelijksverdrag. Zie hierover S. Rutten, *Erven naar Marokkaans recht*, Antwerpen: Intersentia 1997, p. 159-160 en P. Vonken (noot 5), p. 74 e.v.

15. Het voeren van de ene dan wel de andere procedure vertoont eveneens belang vanuit het oogpunt van de *uitwerking van de Nederlandse uitspraak naar het buitenland toe*. Zie hierover reeds L. Jordens-Cotran, noot onder Rb. Maastricht 3 januari 1997, *Migrantenrecht* 1997, 56, p. 67-68.

ren van een procedure tot nietigverklaring van het huwelijk in plaats van een procedure tot verklaring voor recht dat aan het huwelijk erkenning moet worden onthouden.¹⁵ Maar in de visie van Strikwerda is op dit vlak nauwelijks keuze mogelijk: ofwel komt het huwelijk voor erkenning in aanmerking, waarna alsnog een procedure tot nietigverklaring zou kunnen worden gevoerd; ofwel komt het huwelijk niet voor erkenning in aanmerking en dan stopt het daar ook bij. Ik vind het betreurenswaardig dat zodoende de rechtsgevolgen die – hetzij op basis van Nederlands recht, hetzij op basis van buitenlands recht – aan nietigverkleerde huwelijken kunnen worden toegekend en in bepaalde situaties zeer opportuun zijn, niet meer toegekend kunnen worden in de gevallen waar erkenning geweigerd wordt en bijgevolg geen ruimte meer zou bestaan voor een procedure tot nietigverklaring.

Strikte navolging van Strikwerda's visie brengt mee dat een huwelijk dat zowel in strijd met de Nederlandse openbare orde werd voltrokken als volgens het op de nietigverklaring toepasselijke recht vernietigbaar zou zijn, in Nederland niet meer in aanmerking kan komen voor nietigverklaring. Daarnaast staat mij ook volgende situatie voor ogen: stel dat een Nederlands paar – al dan niet van vreemde herkomst – of een nationaliteitsgemengd paar waarvan een van beide de Nederlandse nationaliteit bezit in België een huwelijk heeft gesloten, op dat huwelijk overeenkomstig Belgische IPR-regelen Nederlands recht – of, distributief, Nederlands recht en vreemd recht – wordt toegepast, en nadien in Nederland wordt opgeworpen dat dit huwelijk onder dwang werd gesloten. Welnu, volgens Nederlandse IPR-regelen zou op de nietigverklaring van dat huwelijk Nederlands recht van toepassing zijn; tegelijk echter kan worden betoogd dat erkenning van het huwelijk tegen de Nederlandse openbare orde ingaat.¹⁶ Moet dan aan dergelijke huwelijken onverrichter zake erkenning worden onthouden zonder enige mogelijkheid tot nietigverklaring, of komt dergelijk huwelijk toch in aanmerking voor nietigverklaring, in casu op een Nederlandse nietigheidsgrond? In hoeverre is bij dit alles overigens van belang dat de weigering van erkenning op grond van onverenigbaarheid met de Nederlandse openbare orde *facultatief* is?¹⁷ Is het denkbaar dat een rechter tot erkenning overgaat terwijl toch goede argumenten zijn aan te geven om aan te nemen dat het huwelijk in strijd met de Nederlandse openbare orde werd gesloten, louter met de bedoeling op die manier het huwelijk te kunnen nietigverklaren?

In België wordt in de procedure tot nietigverklaring van buitenlandse huwelijken geenszins als voorwaarde gesteld dat het huwelijk erkenbaar moet zijn opdat het zou kunnen worden nietigverkleerd. Wel integendeel, de nietigverklaring lijkt eenvoud-

digweg een stap verder uit te maken in de afweer van buitenlandse huwelijken. Een huwelijk dat niet in aanmerking komt voor erkenning kan nog steeds nietigverkleerd worden. Niet-erkenning blokkeert dus geenszins de nietigverklaring. In België situeert de procedure van nietigverklaring zich veeleer *in het verlengde* van de procedure tot niet-erkenning. Daar lijkt dus eerder sprake te zijn van een verschil in gradatie – op het vlak van de afweer van buitenlandse huwelijken – tussen beide procedures.¹⁸ Opmerkelijk is bovendien dat in België het streven aan partijen desgevallend het voordeel van het 'putatief huwelijk' te bieden zover gaat, dat zelfs daar waar een huwelijk als onbestaand moet worden gehouden¹⁹ en bijgevolg niet kan worden nietigverkleerd, bepaalde rechtspraak aan (een) partij(en) het voordeel van putativiteit verleent.²⁰ Bovendien is in de Belgische rechtspraak een tendens vast te stellen om de putativiteit van een huwelijk mogelijk te maken, ook in de gevallen waar een vreemde wet toepasselijk is op de nietigverklaring van het huwelijk en die vreemde wet de rechtsfiguur van het putatief huwelijk niet kent.²¹

4. Recht toepasselijk op de nietigverklaring

Wat betreft het op de nietigverklaring van een huwelijk toepasselijke recht, geeft Strikwerda in zijn conclusie enkel aan dat de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer²² in die zin gevestigd zijn dat de vraag of een huwelijk kan worden vernietigd en wie de nietigheid op welke gronden en met welke gevolgen kan invoeren, onderworpen is aan het rechtsstelsel dat van toepassing is op de vraag of het huwelijk formeel en materieel geldig tot stand is gekomen. In casu zou dit er op neerkomen dat de Nederlandse rechter de nietigheidsgronden had moeten zoeken in het Pakistaanse recht. De Nederlandse rechter nam echter geenszins de proef op de som, maar ging mee in het verzoek van de vrouw, dat klaarblijkelijk gebaseerd was op Nederlands recht, nu de door de vrouw ingeroepen grond tot nietigverklaring, zoals geformuleerd in het verzoekschrift, ontleend was aan het Nederlandse BW.²³ Onderzoek van Pakistaans recht terzake ware bepaald geen sinecure geweest, zeker nu in Pakistan een systeem van interconfessioneel recht is ingesteld.²⁴

Strikwerda gaat in zijn conclusie niet in op de vraag of, als het vreemde, volgens Nederlandse IPR-regels normaal toepasselijke recht geen nietigheidsgrond voorziet, toch nog nietigverklaring op grond van een Nederlandse nietigheidsgrond zou kunnen worden uitgesproken – d.w.z. in welke mate Nederlandse nietigheidsgronden kunnen worden 'opgedrongen', of nog, als een soort 'voorrangsregels'²⁵ kunnen functioneren. Waar het schijnhuwelijken betreft, kan in dit kader wel gewezen worden op art. 71a Nederlands BW, waarbij bepaald

wordt dat een huwelijk dat als schijnhuwelijk is aan te merken kan worden nietigverklaard, en waarbij geen voorbehoud wordt gemaakt voor het geval dat het huwelijk is gesloten tussen twee vreemdelingen, op de vraag naar de huwelijksbevoegdheid vreemd recht werd toegepast, en dit vreemde recht geen nietigverklaring op basis van het motief tot het aangaan van het huwelijk voorziet.

Strikwerda gaat overigens evenmin in op de vraag in hoeverre nietigheidsgronden naar vreemd recht in Nederland kunnen worden afgeweerd, zo mogelijk via de techniek van de openbare orde. Ik denk hierbij onder andere aan de hypothese dat naar vreemd recht geloofsafvalligheid van een echtgenoot een grond tot nietigverklaring uitmaakt.

Wat betreft het op de nietigverklaring van een huwelijk toepasselijke recht, wordt in het *Belgische* IPR gekeken naar de wet die de geldigheidsvoorwaarden van het huwelijk beheerst ten tijde van de huwelijksluiting. Het voorgaande brengt mee dat de nietigverklaring eventueel beheerst wordt door vreemd recht. Toch blijkt dat sommige Belgische rechters in bepaalde gevallen geen toepassing maken van de verwijzingsregels en de rechtsverhouding onmiddellijk volgens regels van Belgisch materieel recht beoordelen. Zo gaan bij confrontatie met vermeende schijnhuwelijken bepaalde rechters louter na welke bedoeling bij het huwelijk voorlag. Een analoge beweging laat zich voelen in de bestaande strafrechtelijke huwelijken.²⁶ Dit is enigszins verwonderlijk, nu bij nader toezicht blijkt dat vele buitenlandse wetgevers in hun wetgeving in een of andere vorm een sanctie op het ontbreken van de toestemming tot aangaan van een huwelijk hebben ingebouwd. Veelal kan dus de nationale wet zelf van de betrokkene de mogelijkheid bieden het huwelijk nietig te verklaren, zo in de hypothese van gedwongen huwelijk.²⁷ Ziet men deze mogelijkheid, al dan niet bewust, over het hoofd, dan mist men hierbij in bepaalde gevallen de kans de voorstelling te ontcrachten dat nietigverklaring van het huwelijk op grond van het recht van het forum zou ingaan tegen de regels geformuleerd in de nationale wet van de betrokkenen. Bijkomend voordeel van toepassing van vreemd recht is tevens dat op die manier minder behoefte bestaat de intensiteit van de band van de rechtsverhouding met de eigen rechtsorde te onderzoeken, evenals dat allicht de kansen op erkenbaarheid van de nietigverklaring in het buitenland zullen verhogen, nu toch toepassing werd gemaakt van een in het vreemde recht zelf voorziene nietigheidsgrond.

5. De rechtsmacht van de Nederlandse rechter tot nietigverklaring van een huwelijk

Zelfs als zou blijken dat in Pakistaans recht een nietigheidsgrond omwille van huwelijksdwang is voorzien of dat men bereid is de Nederlandse nietigheidsgronden in te schakelen, dan kan nog steeds in Nederland een complicatie van een ander type rijzen: het betreft de vraag naar de rechtsmacht van de Nederlandse rechter inzake nietigverklaring van buitenlandse huwelijken. Een deel van de Nederlandse rechtspraak blijkt zeer terughoudend²⁸ om ten aanzien van in het buitenland voltrokken huwelijken²⁹ de nietigheid uit te spreken. Zo bijvoorbeeld

16. Althans indien men de openbare orde-exceptie de functie toebedeelt voorbehoud te kunnen maken tegen huwelijken die weliswaar voltrokken werden onder toepassing van een rechtsstelsel, als het Nederlandse, dat geen bepalingen bevat die voor Nederland onaanvaardbaar zijn, maar die de facto gesloten werden op een voor de Nederlandse rechtsorde onaanvaardbare manier.

17. Over het facultatief karakter van de weigering van erkenning, zie L. Jordens-Cotran, noot onder Rb. Maastricht 3 januari 1997, *Migrantenrecht* 1997, p. 56.

18. Wel bestaan in België in de praktijk problemen inzake de vraag in hoeverre niet-rechterlijke instanties (zoals Belgische ambassades in het buitenland; de Dienst Vreemdelingenzaken) zelf een specifiek onderzoek naar de geldigheid van een huwelijk mogen voeren, bijvoorbeeld in het kader van een beslissing over het visum van gezinshereniging, en vervolgens – al dan niet na inwinnen van een advies van het Openbaar Ministerie – vermogen te weigeren aan bepaalde huwelijken rechtsgevolgen toe te kennen, dit nog vooraleer enige rechtbank zich heeft uitgesproken over de erkenbaarheid of nietigverklaring van het betreffende huwelijk (waar wel eensgezindheid over lijkt te bestaan, is dat enkel een rechterlijke instantie de eventuele nietigheid van een huwelijk kan beoordelen. Zie o.a. J. Roodhooft, 'Schijnhuwelijken: het huwelijksinstituut misbruikt', *RW* 1991-92, p. 218).

19. Het gaat hierbij vooral om op Belgisch territorium louter op religieuze wijze voltrokken huwelijken.

20. Zie V. Van Den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 38-39.

21. Zie hierover o.a. de rechtspraak geciteerd bij M.-Cl. Foblets en G. Franssens, 'L'établissement et la validité du lien conjugal entre époux d'une même nationalité étrangère ou de nationalité différente. Les grands principes et leur application en droit international privé belge illustrés au moyen de la jurisprudence', *RDE* 1998, p. 716 evenals J. Roodhooft, 1991-92 (noot 18). Hier blijkt hoe materieelrechtelijke concepten, correctiemechanismen en rechtsfiguren kunnen 'omhoogstoten' (dit in de terminologie van D. Beukenhorst, 'Een ideaal domiciliebegrip', *WPNR* 1977, p. 120) naar het IPR, mogelijk zelfs als 'ipr-overstijgende' normen kunnen functioneren – dit voornamelijk waar het de hantering van 'blanco-normen' betreft.

22. Cfr. de door hem in zijn conclusie gemaakte verwijzingen.

23. Rechtbank noch hof onderzochten het normaal toepasselijke recht. Op dit vlak werd in cassatie geen klacht geformuleerd. Uitgangspunt voor cassatie was derhalve dat Nederlands recht op het verzoek tot nietigverklaring van toepassing was, aldus Strikwerda.

24. Cfr. Ferid en Bergmann, *Internationales Ehe- und Kindesrecht*, onder 'Pakistan'. Over de geloofsovertuiging van de in casu betrokken partijen wordt geen informatie verschaft.

25. In zoverre men in deze beroep zou doen op het leerstuk van de *mensenrechten*, rijst de vraag in hoeverre ook deze als voorrangregels kunnen functioneren.

26. Cfr. o.a. J. Erauw e.a. 'Overzicht van rechtspraak', *TPR* 1992, p. 531 en p. 536.

27. Zie bijvoorbeeld Bergen, 7 februari 1995, *J. Dr. Jeun* 1995, 471 en Brussel 17 oktober 1995, *AJT* 1995-96, p. 291, waarbij telkens gesteund werd op Marokkaans recht. Overigens moet worden opgemerkt dat in Marokko in 1993 art. 12 Mudawwanah werd gewijzigd in die zin dat de voorheen in dit artikel in uitzonderlijke omstandigheden voorziene mogelijkheid tot dwang werd opgeheven.

stelde het Hof Amsterdam in een arrest van 12 november 1998³⁰ voorop dat *'een in het buitenland volgens buitenlands recht geldig voltrokken polygaam huwelijk als zodanig niet kan worden vernietigd door een beslissing van de Nederlandse rechter bij gebreke aan rechtsmacht, hoe zeer een dergelijk huwelijk op zichzelf ook moge strijden met de Nederlandse openbare orde en niet-tegenstaande de omstandigheid dat de man in het onderhavige geval (ook) de Nederlandse nationaliteit bezit.'* Of is de terughoudendheid in casu volledig te verklaren door het gegeven dat het huwelijk naar vreemd recht rechtsgeldig was, en zou de rechtsmacht dus anders zijn beoordeeld als (ook) naar vreemd recht een nietigheidsgrond voorhanden ware geweest, ongeacht het feit dat het huwelijk in het buitenland was voltrokken? Mogelijk lag in casu hier wel een motief; het hof³¹ vervolgde immers *'Toewijzing van het verzoek van verzoeker, neerkomende op nietigverklaring van het te Marokko naar Marokkaans recht geldig huwelijk van de man en de vrouw, zou derhalve ten aanzien van de geldigheid van dit huwelijk als zodanig geen effect sorteren en niet met terugwerkende kracht tot 15 februari 1993 elk rechtsgevolg aan dit huwelijk ontnemen.'* In deze zienswijze zou de Nederlandse rechter door het weigeren van opnemen van bevoegdheid anticiperen op de onmogelijkheid het huwelijk met toepassing van buitenlands recht nietig te verklaren evenals op de niet-erkenbaarheid van een in Nederland nietigverklaard huwelijk in het buitenland.³²

Duitse jurisdicties hebben in sommige gevallen in de materie van echtscheiding hun bevoegdheid afgewezen, met name wanneer de beslissing niet erkend zou worden in geen van de Staten waartoe de echtgenoten behoren. Erauw en Spanoghe³³ noemen dit respect voor internationale harmonie terecht een te duur betaald streefdoel. Dergelijke bekommernis om de internationale harmonie, tot uitdrukking komend in de regels van bevoegdheid, gaat te ver.

Belgische rechters vertoonden in het verleden eveneens terughoudendheid: Belgische rechters achtten zich enkel bevoegd tot de niet-erkenning van in het buitenland gesloten huwelijken, zelfs in de gevallen waar naar vreemd recht een nietigheidsgrond aanwezig was. Maar vandaag bestaat in Belgische rechtspraak en rechtsleer eensgezindheid over de vraag of een Belgische rechter gemachtigd is tot nietigverklaring van een huwelijk, ook al is dit gesloten door een vreemde autoriteit.³⁴ De Belgische rechter hoeft zich met andere woorden niet te beperken tot een loutere niet-erkenning van een huwelijk waarvan de geldigheid in twijfel wordt getrokken. Het zou immers de private rechtshandeling (het *'negotium'*) zijn die wordt vernietigd en niet de akte (het *'instrumentum'*) opgesteld door de vreemde ambtenaar. Daarenboven wordt bij de aanname van bevoegdheid in België soepel geredeneerd, zeker als het de nietigverklaring betreft van

een huwelijk waarin een Belgische partner is betrokken.³⁵

In Nederland ligt de situatie vooralsnog kennelijk enigszins anders. Wordt de Nederlandse rechter onder geen beding bereid gevonden een in het buitenland voltrokken huwelijk nietig te verklaren, dan ontstaat de merkwaardige en mijns inziens onverkwikkelijke situatie dat er een jurisdictioneel vacuüm ontstaat voor vreemdelingen, uitzondering gemaakt voor die vreemdelingen die het zich kunnen veroorloven de reis naar het buitenland te maken ter regeling van de nietigverklaring van hun huwelijk.³⁶

6. Mogelijkheid van echtscheiding als veiligheidsklep van een rigide systeem?

Jordens-Cotran³⁷ meldt dat uit verschillende uitspraken blijkt dat de Nederlandse rechter de voorkeur geeft aan het ontbinden van het huwelijk middels echtscheiding, indien de vrouw subsidiair de nietigheid of de niet-erkenning verzoekt. Zij maakt allicht een juiste inschatting als zij stelt dat dit allicht te wijten is aan de grotere vertrouwdheid van de Nederlandse rechter met het Nederlandse (internationale) echtscheidingsrecht. Mijns inziens speelt in deze allicht tevens de factor mee dat echtscheiding in Nederland, ook in rechtsverhoudingen die zich in internationale context afspelen, wel zeer gemakkelijk te verkrijgen is. Overigens kan uit hoofde van de rechter ook een andere bekommernis spelen, met name het streven een onderscheid te maken tussen relaties die vertroebeld zijn en huwelijken waarbij een der partners daadwerkelijk gedwongen werd tot huwelijk.³⁸

In een casus die voorlag aan de Rechtbank van Breda³⁹ poogde een vrouw het argument dat zij uitgehuwelijkt⁴⁰ was als *echtscheidingsgrond* in te passen in de Marokkaanse echtscheidingswetgeving, meer bepaald in art. 54 Mudawwanah. Zij betoogde met name dat zij als gevolg van het huwelijk psychisch nadeel had ondervonden doordat zij, kort samengevat, door haar vader aan de man werd uitgehuwelijkt en nooit met deze man had kunnen opschieten. De rechtbank stelde daartegenover dat dit nadeel niet kan worden gebracht onder de in de Mudawwanah bedoelde schade: *'Van schade in de zin van die bepaling is immers slechts sprake ingeval van opzettelijk handelen van de man. Een dergelijk handelen is gesteld noch gebleken'*, aldus de rechtbank. In hoger beroep oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch⁴¹ dat een werkelijke maatschappelijke band van de vrouw met Marokko ontbrak, waarna op grond van Nederlands echtscheidingsrecht alsnog de echtscheiding werd uitgesproken.

7. Concluderend

Allicht had de vrouw ook in de zaak die voorlag aan de Hoge Raad probleemloos een echtscheiding kunnen bekomen. Maar de in casu door de vrouw gevolgde procedure maakte volgens de Hoge Raad geen kans op slagen. Wat betreft de betekenis van dit arrest voor latere rechtsgedingen moet worden geconcludeerd dat dit arrest geenszins in de weg staat van een uitspraak waarin een rechter de niet-erkenning uitspreekt van een in het buitenland onder bedreiging of dwang voltrokken huwelijk.⁴² Bovendien zijn ook bij navolging van de visie die de Hoge Raad in dit arrest uiteenzet zeer zeker nog steeds hypothesen denkbaar waarbij een Nederlandse rechter de nietigverklaring kan uitspreken van een internationaal huwelijk, hetzij op grond van de Nederlandse nietigheidsgrond 'ernstige onrechtmatige bedreiging'⁴³, hetzij – hetgeen, zo het buitenlandse recht deze mogelijkheid biedt, mijn voorkeur verdient – op grond van een gelijkaardige nietigheidsgrond in het buitenlandse recht. De Hoge Raad en Strikwerda houden het bij een

28. Maar zie bijvoorbeeld ook Rb. 's-Gravenhage 19 september 1989, *NIPR* 1990, 232 en de uitspraak waarnaar L. Jordens-Cotran, 'Wet voorkoming schijnhuwelijken', *Migrantenrecht* 1995, noot 49, verwijst. Zie ook i.v.m. de vraag of door de Nederlandse rechter de rechtsgeldigheid van *consulaire* huwelijken kan worden beoordeeld Rb. Haarlem 30 juni 1998, *NIPR* 1998, 286 en HR 13 december 1996, *NIPR* 1997, 68.

29. Ook als het een schijnhuwelijk zou betreffen. Cfr. L. Jordens-Cotran, 'Wet voorkoming schijnhuwelijken', *Migrantenrecht* 1995, p. 47 waar zij tevens de mening weergeeft van het Nederlandse kabinet als zou art. 71a boek 1 BW uitsluitend gericht zijn op de ongedaanmaking van in Nederland aangegane schijnhuwelijken. De wetgever zou terzake om verschillende redenen hebben gekozen voor niet-erkenning i.p.v. nietigverklaring van buitenlandse en consulaire huwelijken die zonder de medewerking van uitvoerende instanties in Nederland tot stand komen, en die op een later tijdstip schijnhuwelijken blijken te zijn – zie de opsomming van Jordens-Cotran. Vooral het feit dat de gevolgen bij niet-erkenning en nietigverklaring in Nederland gelijk zijn, heeft volgens de regering geleid tot de keuze voor niet-erkenning – maar zie mijn korte bespreking hierboven van de gevolgen van niet-erkenning dan wel nietigverklaring). Zie evenwel ook de uitspraak waarvan zij in haar bijdrage in noot 49 melding maakt.

30. Hof Amsterdam 12 november 1998, *NIPR* 1999, 137.

31. Het hof zag overigens evenmin reden aan het huwelijk erkenning te onthouden. Ook de openbare orde wordt door het hof gesitueerd in de context van erkenning van een polygaam huwelijk dat in het buitenland naar aldaar geldig recht geldig is voltrokken. Van strijd met de Nederlandse openbare orde zou volgens het hof alleszins geen sprake meer geweest zijn sinds het eerste huwelijk van de man was ontbonden.

32. Tomson (H. Tomson, 'Een bigaam huwelijk en de openbare orde', *Burgerzaken en Recht* 1999, nr. 3, p. 58-59) situeert de houding van het Amsterdamse Hof mede binnen een 'respect voor de andere cultuur': 'ook gelet op de verhouding die tussen staten onderling geldt zou vernietiging niet getuigen van respect voor een andere cultuur, doch van ethnocentrisme', aldus Tomson.

33. J. Erauw en E. Spanoghe, 'Het huwelijk en de echtscheiding in het internationaal privaatrecht', *TPR* 1982, p. 269-310.

34. Cfr. hierover P. Graulich, 'Nullité du mariage conclu à des fins étrangères à cette institution' (noot onder Gent 25 februari 1956), *RCJB* 1957, p. 184-191; K. Lambein en W. Wauters, 'Enkele IPR-beginselen inzake het internationale (consulaire) huwelijk en de internationale echtscheiding' (noot onder Gent 12 september 1994), *AJT* 1994-95, p. 226 en de verdere referenties daar en F. Rigaux en M. Fallon, *Droit international privé* Tome 2, Bruxelles: Larcier 1993, p. 320.

louter negatieve formulering van hun visie: 'x' is niet voldoende opdat 'y', zo luidt het – technisch geformuleerde – verdict. Een zodanige formulering laat relatief veel ruimte voor argumentaties in la

35. Zie bijvoorbeeld Gent 2 november 1995, *TGR* 1996, p. 60.

36. Ook in het buitenland werd men reeds geconfronteerd met situaties waarin rechters door weigering van aanname van bevoegdheid een jurisdictioneel vacuüm creëerden voor vreemdelingen en deze zodoende onverrichter zake werden teruggezonden naar hun 'natuurlijke instanties' – een idee dat trouwens al in de negentiende eeuw opgang had gemaakt. Zie over de kwestie of forale rechtsinstanties bevoegdheid mogen opnemen tot ontbinding van het huwelijk wanneer de nationale rechtsorde van de betrokkenen de bevoegdheid tot huwelijksontbinding exclusief voorbehoudt aan religieuze instanties, evenals over de kwestie of burgerlijke forale instanties mogen weigeren een huwelijk te voltrekken indien de nationale wet van een of beide huwelijkskandidaten de religieuze huwelijksvoltrekking oplegt V. Van Den Eeckhout, 1998 (noot 20) respectievelijk p. 128 en p. 30. In deze beide kwesties ging het om situaties waarbij de rechtspraak zich steunde op de terughoudendheid in het buitenland bevoegdheid van andere dan de eigen instanties te erkennen. De weigering van opname van bevoegdheid werd dan voorgesteld als een soort 'respect' voor de vreemde wet.

37. L. Jordens-Cotran, noot onder Rb. Maastricht 3 januari 1997, *Migrantenrecht* 1997, 56. Ik wijs in deze context eveneens op de reeds hoger geciteerde uitspraak van de Rechtbank van Arnhem van 6 juni 1991 (*NIPR* 1991, 330). In de zaak die voorlag aan de Rechtbank van Arnhem kon de vrouw overtuigend aantonen dat zij gedwongen was tot het aangaan van een huwelijk, maar werd haar verzoek tot niet-erkenning van het huwelijk desondanks niet toegewezen: erkenning van het huwelijk werd niet onvereenbaare geacht met de Nederlandse openbare orde. Wel ging de rechter in op het subsidiaire verzoek van de vrouw tot ontbinding van haar huwelijk tot echtscheiding, gesteund op toepassing van Nederlands echtscheidingsrecht. Dit vonnis werd in de Nederlands rechtsleer vanuit meerdere oogpunten bekritiseerd: vanuit het oogpunt van de vrijheid van de rechter bij de beoordeling van de geldigheid van het huwelijk (zie L. Jordens-Cotran, noot onder Rb. Maastricht 3 januari 1997, *Migrantenrecht* 1997, 56, p. 67), evena vanuit het oogpunt van de afweging van de intensiteit van de band van de rechtsverhouding met de Nederlandse rechtsorde (zie Vonken (noot 5), p. 64). Omtrent het gegeven dat in art. 6 WC de mogelijkheid is opgenomen om aan buitenlandse huwelijken erkenning te onthouden, indien de erkenning onvereenbaar is met de Nederlandse openbare orde, waarbij het woord 'kennelijk' van art. 14 Haags Huwelijksverdrag in de WCH ontbreekt, zie o.a. ook I. Reinhartz, 'Artt. 17-22, 23-26 en 27-35 IPR-schets: Huwelijk, persoonlijke huwelijksbetrekkingen en huwelijksvermogensrecht' *WPNR* 1993, p. 643. Ik herinner hier tevens aan de opmerking die ik hiervoor reeds maakte dat in vele gevallen buitenlands recht zelf soelaas kan bieden.

38. Zie hierover eveneens V. Van Den Eeckhout, noot onder HR 1 oktober 1998, *Nemesis* 2000, nr. 1, Actualiteitenkatern, p. 15.

39. Rb. Breda 9 juni 1992, *NIPR* 1993, onder 412.

40. Het is belangrijk een onderscheid te maken tussen enerzijds gedwongen huwelijken, anderzijds 'geregelde' of 'gearrangeerde' huwelijken. Cfr. ook V. Van Den Eeckhout 1998 (noot 20), p. 74. Voet het maken van een onderscheid tussen een gearrangeerd huwelijk en een *schijnhuwelijk*, zie o.a. Hof Den Haag 4 maart 1982, *R* 1982, 22.

41. Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 1993, *NIPR* 1993, 412.

42. In gevallen waar sprake is van dwang zal daarbij hopelijk mind terughoudendheid aan de dag worden gelegd dan het geval was het vonnis van de Rechtbank van Arnhem van 6 juni 1991, *NIP* 1991, 330 (zie noot 37). M.b.t. het in deze bijdrage geannoteerde arrest is overigens belangwekkend dat de Hoge Raad – evenmin als Strikwerda – in de beantwoording van de middelen geen uitsluiting geeft over de vraag of in casu erkenning aan het huwelijk kon worden onthouden.

43. Dit zeker waar het gaat om huwelijken die in Nederland met toepassing van Nederlands huwelijksrecht zijn voltrokken. Zie ook voor rechterlijke uitspraken waar succesvol gesteund werd op de Nederlandse nietigheidsgrond, Rb. Den Haag 10 maart 1981, *NIPR* 1987, 234 en Rb. 's-Gravenhage 19 september 1989, *NIP* 1990, 231 (beide weliswaar i.v.m. in Nederland voltrokken internationale huwelijken).

tere rechtsgedingen. Toch vloeien uit de visie van de Hoge Raad op de verhouding erkenbaarheid – vernietigbaarheid van een huwelijk beperkingen voort op het vlak van de aanvechtingsmogelijkheden in Nederland van onder bedreiging voltrokken huwelijken.

De Nederlandse drietrapsraket in de aanvechting van internationale ‘gedwongen’ huwelijken is er kennelijk een die niet kan worden gehanteerd in die zin dat de drie raketten (ontkenning van het be-

staan, weigering van erkenning, nietigverklaring) tegelijk kunnen worden afgevuurd, of dat naar voorkeur van de betrokkene een keuze kan worden gemaakt tussen het afvuren van de ene dan wel de andere raket, maar die moet worden beschouwd als zou *hetzij* de eerste, *hetzij* de tweede, *hetzij* de derde kunnen worden afgevuurd, waarbij het bovendien maar de vraag is in hoeverre de rechter bereid zal zijn het lanceergeschut – rechtsmacht – boven te halen.

Jurisprudentie

Ivo Pieters en Pieter Dorhout

ADOPTIE

44. Hof Amsterdam 16 maart 2000, 439/99

Adoptie van een meerderjarig kind; art. 1:228 lid 1 sub a BW

Feiten: Op driejarige leeftijd is Y, geboren in 1977, bij verzoekers in huis geplaatst. Van het gezin van verzoekers maakt tevens deel uit de door hen geadopteerde dochter. Reeds lange tijd bestaat zowel bij verzoekers als bij Y de behoefte tot adoptie. Mede onder invloed van zijn toenmalige echtgenote was voor de vader van Y adoptie lange tijd niet bespreekbaar, omdat hij bang was haar volledig kwijt te raken. Y heeft zijn mening gerespecteerd, op dat moment niet beseffende dat adoptie van een meerderjarige niet mogelijk is. Op 6 augustus 1993 is de geslachtsnaam van Y gewijzigd in die van verzoekers. Y heeft geen contact meer met haar moeder. Er zijn in het verleden een tweetal contacten geweest, die voor Y op een teleurstelling zijn uitgelopen. Tijdens haar werk op een notariskantoor is Y erachter gekomen dat adoptie van een meerderjarige niet mogelijk is. Zij was op dat moment reeds meerderjarig. De vader van Y heeft niet langer bezwaren tegen adoptie van Y door verzoekers en steunt thans haar verlangens alsnog geadopteerd te worden. Zowel verzoekers, als Y, en de wel geadopteerde dochter van verzoekers hebben tijdens de behan-

deling in hoger beroep verklaard dat zij er belang aan hechten dat de feitelijke in hun gezin bestaande verhoudingen tussen ouders en kinderen en kinderen onderling, ook in juridische zin worden tot stand gebracht in die zin dat tussen hen familierechtelijke betrekkingen bestaan.

Procesverloop: De rechtbank heeft het verzoek afgewezen op grond van art. 1:228, eerste lid aanhef en onder a van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat voor adoptie de voorwaarde geldt dat het kind op de dag van het verzoek, dan wel, in geval van een herhaald verzoek als bedoeld onder d van dit lid, op de dag van het eerste verzoek, minderjarig was.

Hof: Verzoekers en Y stellen zich op het standpunt dat er sprake is van bijzondere omstandigheden welke rechtvaardigen dat de adoptie, ondanks de meerderjarigheid van Y, zal worden uitgesproken. Zij voeren hiertoe aan dat een eerder verzoek tot adoptie gestrand zou zijn op verzet van de vader van Y. Voorts betogen zij dat verzoekers inmiddels twintig jaren lang de zorg over Y hebben gehad en dat het in het belang van Y is de reeds zeer lang tussen hen bestaande banden te bevestigen door het tot stand brengen van familierechtelijke betrekkingen; zij beroepen zich daarbij op hun recht op eerbiediging van hun family life, hetgeen het hof verstaat als een beroep op bescherming van hun rechten onder art. 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de

rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Aan de overige in art. 1:228, eerste lid aanhef en onder a BW gestelde voorwaarden is voldaan. Y verblijft al vrijwel haar gehele leven bij verzoekers. Verzoekers hebben gedurende het verblijf van Y bij hen in alle opzichten de rol van ouders vervuld, zodat tussen verzoekers en Y een zodanige nauwe betrekking bestaat, dat deze aangemerkt moet worden als familie- en gezinsleven in de zin van art. 8 lid 1 EVRM, hetgeen meebrengt dat zij aanspraak hebben op de bescherming van hun relatie als in dat artikel voorzien. De vraag is of die bescherming in de geschetste omstandigheden aanspraak geeft op adoptie.

De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft bij herhaling (laatstelijk bij haar beslissing van 1 juli 1998 in de zaak Akin/Nederland no. 34986/97, vermeld in NJCB jrg. 24 (1999) nr. 4) beslist dat ‘the right to adopt is not, as such, included among the rights and freedoms guaranteed by the Convention, and that there is no positive obligation for the Contracting States under article 8 of the Convention to grant to a person the status of adoptive parent or adoptive child’. Het hof, in aanmerking nemende dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nog niet in de gelegenheid is geweest zich op dit punt uit te spreken, overweegt dat ook indien het recht op adoptie als zodanig niet door art. 8 EVRM wordt gegaran-