

*Handelingen 1971
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, eerste stuk*

N.V. Uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle

ISBN 90 271 0646 0

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

INHOUD

PREADVIES PROF. MR. J. G. SAUVEPLANNE

Internationaal privaatrechtelijke vraagstukken met betrekking tot de echtscheiding. 5

- I. Inleiding, 5
- II. Het toe te passen recht, 6
- III. De samenhang tussen toe te passen recht, bevoegdheid en erkenning, 31

PREADVIES PROF. MR. J. E. J. TH. DEELEN

Internationale Echtscheiding. 53

Internationaal privaatrechtelijke vraagstukken met betrekking tot de echtscheiding.

I *Inleiding.*

1. Wanneer de Nederlandse rechter geroepen wordt tot oordelen over een echtscheidingsvordering welke door een in Nederland wonende Nederlander tegen zijn eveneens hier te lande wonende en de Nederlandse nationaliteit bezittende echtgenote is ingesteld, is er internationaal privaatrechtelijk geen probleem. Maar dit wordt anders zodra één der echtgenoten hetzij door nationaliteit hetzij door woonplaats met een ander land is verbonden. Dan bevat de echtscheiding een internationaal element, en dit kan zijn weerslag hebben zowel op de bevoegdheid van de Nederlandse rechter als op het door deze toe te passen recht; tevens kan de vraag of de door hem uitgesproken echtscheiding in het betrokken vreemde land erkend zal worden daarbij een rol spelen. Omgekeerd kan het ook voorkomen dat hier te lande een beroep wordt gedaan op een in het buitenland uitgesproken echtscheiding, bijv. als de in den vreemde gescheiden echtgenoot in Nederland een nieuw huwelijk wil aangaan; dan rijst de vraag of de in het buitenland uitgesproken echtscheiding hier te lande kan worden erkend. Derhalve rijzen met betrekking tot internationale echtscheidingen drie vragen: ten eerste de vraag naar de bevoegdheid van de Nederlandse rechter, ten tweede de vraag naar het door hem toe te passen recht, en ten derde de vraag met betrekking tot de erkenning buitenslands van de door hem uitgesproken echtscheiding respectievelijk de erkenning door hem van een echtscheiding verkregen in den vreemde. Logisch volgen deze vragen elkaar op, doch er bestaat een sterke onderlinge samenhang, waarop met name door Eyl is

gewezen. (1) Deze samenhang beïnvloedt de keuze van de antwoorden die men op de gestelde vragen geeft. Men mag dan ook niet, zoals in de literatuur te vaak is geschied, ieder van deze vragen afzonderlijk behandelen, zonder tevens de andere daarbij in ogenschouw te nemen.

In dit preadvies wordt centraal gesteld de vraag welk recht moet worden toegepast op een voor de Nederlandse rechter aanhangig gemaakte echtscheidingsvordering waaraan een internationaal element kleefte. Deze vraag zal eerst worden gezien in het licht van de ontwikkeling van de opvattingen daaromtrent in rechtspraak en literatuur. Daarna zal de samenhang met vragen betreffende bevoegdheid en erkenning, alsmede de onderlinge samenhang van deze beide vragen in het licht van de vraag naar het toe te passen recht, worden behandeld.

Vragen betreffende bevoegdheid en erkenning worden dan ook voornamelijk gezien vanuit hun interdependentie met de vraag naar het toepasselijke recht; deze laatste blijft het hoofdthema van het preadvies vormen.

Alvorens dit hoofdthema in te zetten, wil ik niet nalaten mijn grote erkentelijkheid uit te spreken jegens de wetenschappelijke medewerker bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht te Utrecht, mr. H. van Staveren, die veel speurwerk heeft verricht en verschillende waardevolle suggesties heeft gedaan, waarvan ik bij de uitwerking van mijn thema in hoge mate heb geprofiteerd.

II *Het toe te passen recht.*

2. Bij de parlementaire behandeling van het ontwerp van wet tot opzegging van het Haagse Echtscheidingsverdrag van 1902 is van Regeringszijde bij herhaling de opvatting verkondigd, dat de lagere rechtspraak over het algemeen trouw zou zijn gebleven aan het arrest van de Hoge Raad van 13 december 1907, *W* 8636, het zgn. Boon-Schmidt arrest. (2) Daarin ligt de leer verankerd dat de Nederlandse rechter uitsluitend een echtscheiding kan uitspreken op gronden aan de Nederlandse wet ontleend, ongeacht de internationale elementen die de echtscheiding aankleven. In het algemeen zou de Nederlandse rechter derhalve uitsluitend krachtens

(1) Internationale echtscheiding in Nederland, Amsterdam 1965.

(2) Tweede Kamer, Zitting 1967-1968, Ontwerp 9192 inzake opzegging Echtscheidingsverdrag, nr. 5; idem, Handelingen blz. 1053.

Nederlands recht over de gegrondheid van welke echtscheidingsvordering dan ook moeten oordelen. (1) Ook in de literatuur is de mening verkondigd dat de Boon-Schmidt leer nog steeds heersende rechtspraak vormt. (2) Uit de naar verhouding schaarse gepubliceerde rechtspraak zou men dit wellicht kunnen afleiden, doch kennisname van de ongepubliceerde rechtspraak leert anders. Deze rechtspraak is thans toegankelijk dank zij het kaartstelsel van het TMC Asser-Instituut voor Internationaal Recht; de in dat kaartstelsel opgenomen rechtspraak inzake internationale echtscheidingen is onlangs door het Instituut gepubliceerd (3), en daarvoor in een Studentenscriptie bewerkt. (4) Uit die bewerking blijkt de onjuistheid van de bovenvermelde opvatting; slechts in 10 van de 53 geanalyseerde uitspraken blijkt volgens de opsteller van de scriptie het Boon-Schmidt arrest te zijn gevolgd. En bij een nadere analyse van deze 10 uitspraken blijkt dan nog dat slechts enkele malen de uitspraak zuiver op het Boon-Schmidt criterium is gebaseerd, maar dat in de meeste gevallen dit criterium hoogstens als aanvullend argument is gebruikt dan wel in het geheel geen rol

(1) Dit geldt alleen voor de vraag of er grond tot echtscheiding is; de gevolgen van de echtscheiding worden ook in de Boon-Schmidt leer overeenkomstig het volgens de normale verwijzingsregels, in de eerste plaats art. 6 AB toepasselijke recht vastgesteld, zie Kollwijn, *Echtscheiding en openbare orde in het Nederlands internationaal privaatrecht*, in Liber Amicorum J. P. A. François (NTIR 1959) blz. 173 e.v., m.n. 179, en in *Tien jaren Nederlandse rechtspraak internationaal privaatrecht 1954-1963*, Leiden 1966, blz. 63, ad Rb. Utrecht 3 november 1962, NJ 1962, 210.
 (2) Zo nog Lemaire, *Nederlands internationaal privaatrecht* (hoofddlijnen), Leiden 1968, blz. 125 e.v., m.n. 129 bovenaan, waar hij opmerkt: "Toch blijft - ondanks de rukken in de goede richting - de traditionele leer "Boon-Schmidt" de heersende jurisprudentie."

(3) *De Nederlandse rechtspraak inzake echtscheiding in het internationaal privaatrecht 1963-1970*, 's-Gravenhage 1970. Als vindplaats van rechtspraak wordt deze hieronder aangeduid als *Ass. Verz.*, gevolgd door het nummer waaronder de betrokken uitspraak in de verzameling is opgenomen; bij uit het kaartstelsel geciteerde rechtspraak wordt vermeldt Ass. krtmr., gevolgd door het nummer van de desbetreffende kaart.

(4) De Booy en Van Der Veer, *Echtscheiding in het Nederlands internationaal privaatrecht*, in *Studentenscripties internationaal privaatrecht: het Nederlands internationaal privaatrecht in zaken van echtscheiding, voogdij en adoptie*, 's-Gravenhage 1970.

heeft gespeeld bij de toepasselijkverklaring van het Nederlandse recht. (1)

In de doctrine is, terecht, zeer veel kritiek op de Boon-Schmidt leer geleverd. (2) Deze is kernachtig samengevat in een vonnis van rechtbank Leeuwarden van 23 april 1964, *NJ* 1964, 377; *Ass. Verz.* 16. Toepassing van de *lex fori*, overweegt de rechtbank, placht te geschieden op twee gronden of een combinatie daarvan, te weten: 1. dat de Nederlandse wetgeving inzake echtscheiding van openbare orde is, en 2. dat door het echtscheidingsvonnis de rechtstoestand van partijen wordt veranderd. Naar het oordeel van de rechtbank gaan geen van beide argumenten op, het eerste niet omdat de zedelijke en rechtsovertuigingen van het Nederlandse volk bij vorderingen tussen twee niet-Nederlandse echtgenoten ingesteld niet in die mate zijn betrokken dat bedoelde overtuigingen

(1) Zuivere 'Boon-Schmidt' argumentatie in Rb. Rotterdam 10 februari 1964, *NJ* 1964, 174; *Ass. Verz.* 13 (Noorse man en Engelse vrouw) en 5 februari 1968, *Ass. Verz.* 46 (twee h.t.l. woonachtige Spanjaarden; in dit geval kon alleen door aanknoping aan Nederlands recht echtscheiding mogelijk gemaakt worden, omdat het Spaanse recht haar niet toelaat). Rb. Den Haag 11 april 1967, *NJ* 1968, 189; *Ass. Verz.* 38 (Nederlandse vrouw en Canadese man) en Rb. Amsterdam 20 november 1969, *Ass. Verz.* 128 (Nederlandse vrouw en Griekse man) passen Nederlands recht toe zonder nadere argumentatie; evenzo de niet meer in de scriptie verwerkte uitspraken van Rb. Almelo 14 mei 1969, *Ass. Verz.* 106 (Nederlandse vrouw en Engelse man) en 15 oktober 1969, *Ass. Verz.* 125 (nationaliteit niet vermeld, uit voogdijvoorziening blijkt dat kinderen de Oostenrijkse nationaliteit bezitten), en Rb. Zwolle 18 juni 1969, *Ass. Verz.* 110 (twee h.t.l. woonachtige Joegoslaven). Hof Amsterdam 30 januari 1964, *HPS* 1965, blz. 82; *Ass. Verz.* 12 (twee h.t.l. wonende Spanjaarden) en Rb. Amsterdam 3 april 1969, *Ass. Verz.* 98 (twee h.t.l. wonende Marokkanen) overwegen dat 'zo al' of 'daargelaten of' de Nederlandse openbare orde toepassing van Nederlands recht eist, dit in ieder geval toepasselijk is op grond van de aanwezige aanknopingen met Nederland; idem Rb. Amsterdam 29 februari 1968, *NJ* 1968, 171; *Ass. Verz.* 47, waarin het betrof een Italiaans echtpaar van wie de vrouw tevens de Nederlandse nationaliteit bezat (zie hierover nader hieronder, noot 1 blz. 12); soortgelijke beslissingen in Rb. Amsterdam 19 september 1968, *Ass. Verz.* 72, Rb. Den Haag 14 oktober 1968, *Ass. Verz.* 79, en Rb. Rotterdam 10 februari 1969, *Ass. Verz.* 87; evenzo Rb. Amsterdam 3 april 1969, *Ass. Verz.* 97.

(2) O.a. Dubbink, Recentie ontwikkeling van het internationale echtscheidingsrecht, in *NTIR* 1956, blz. 199 e.v. (zie voor vermelding van oudere literatuur dezelfde in *WPNR* 4129 e.v.), en in Kusters-Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlands internationaal privaatrecht*, Haarlem 1962, blz. 354. Kolléwijn in verschillende commentaren op echtscheidingsuitspraken in *Tien Jaren* blz. 66 e.v., en latere, met name *WPNR* 4886 n.a.v. het hierna te noemen vonnis van Rb. Leeuwarden, waarover eveneens Deelen in *NTIR* 1965, blz. 410, Eyl, a.w. blz. 10 e.v., Lemaire, a.w. blz. 125 e.v.

a priori zouden moeten worden opgedrongen aan niet-Nederlanders, het tweede niet omdat, indien dit argument al tot iets dwingt, het dan zou moeten zijn niet tot toepassing van de *lex fori*, maar tot toepassing van de persoonlijke wet van partijen, evenals in andere gevallen waarin de rechtstoestand oftewel de 'staat' (art. 6 AB) van een persoon wordt veranderd. Daarenboven wijst de rechtbank nog erop, dat toepassing van de *lex fori* op echtscheidingsvorderingen tussen niet-Nederlandse echtgenoten in geval van toewijzing van de eis leidt tot vonnissen, die in het buitenland in het algemeen niet zullen worden erkend met alle bedenkelijke gevolgen van dien. Op dit laatste aspect zal ik terugkomen bij de behandeling van het erkenningsvraagstuk. Thans zal ik mij begeven in de vraag welke alternatieve oplossingen bij de door mij onderschreven afwijzing van het Boon-Schmidt criterium voor het vinden van het toepasselijke recht zijn gegeven.

3. Uitgangspunt van het op 12 juni 1902 te 's-Gravenhage gesloten verdrag tot regeling der wets- en jurisdictieconflicten met betrekking tot de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed, het zgn. echtscheidingsverdrag⁽¹⁾, is dat de vraag of al dan niet echtscheiding kan worden uitgesproken in de eerste plaats beantwoord moet worden aan de hand van de nationale wet van de echtgenoten. Daarnaast kent het verdrag ook een belangrijke rol toe aan de wet van het land waar de vordering tot echtscheiding wordt ingesteld; op deze betekenis van de *lex fori* wordt hieronder, in paragraaf 9, teruggekomen. Tot het van kracht worden van de opzegging van dit verdrag op 1 juni 1969⁽²⁾ was Nederland aan dit verdrag gebonden, en was de Nederlandse rechter verplicht de nationale wet van de echtgenoten toe te passen op een echtscheidingsvordering waarop het verdrag van toepassing was. Dit was krachtens art. 9 het geval met betrekking tot echtscheidingsvorderingen ingesteld in een verdragsstaat, indien tenminste één der proces-

(1) Zie voor tekst en gegevens Fruin, ed. 1967, blz. 1399 e.v. en suppl. tekst nr. 29; Kluwers' *Ned. Wetg. deel B*, II B, nr. 2 en tabel verdragen, nr. 2.

(2) Wet van 9 maart 1968, Stbl. nr. 131; één der bezwaren vormde de toepassing op Italianen, wier nationale wet geen echtscheiding toeliet, zie hieronder en verder De Winter, Verouderde Haagse verdragen behoren te worden opgezegd, in *NJB* 1963, blz. 405 e.v., Lemaire, a.w. blz. 159, Kollewijn in *WPNR* 5013 ad Hof Den Haag 10 februari 1966, NJ 1967, 20; *Ass. Verz.* 27.

partijen tot een verdragsstaat behoorde (1); een in Nederland ingestelde echtscheidingsvordering door of tegen een Italiaan viel derhalve onder de werkingssfeer van het verdrag, daar ook Italië verdragsstaat is. Twee stelsels bestonden derhalve naast elkaar, te weten enerzijds de Boon-Schmidt leer, toepasselijk op onderdanen van niet-verdragsstaten, anderzijds het verdragssysteem, op onderdanen van de steeds kleiner wordende kring van verdragsstaten toepasselijk. (2) Laatstgenoemd systeem is nu het domein van de Boon-Schmidt leer binnengedrongen doordat de rechtspraak, gevoelig geworden voor de kritiek op het arrest van 1907, in het verdrag inspiratie zocht voor het afbrokkelen van het op dit arrest gebaseerde systeem, en de verdragsregel ging toepassen op gevallen die buiten de werkingssfeer van het verdrag vielen. In het positieve Nederlandse recht werd daarvoor steun gevonden in art. 6 AB, volgens hetwelk de wetten betreffende de rechten, de staat en de bevoegdheid der personen de Nederlanders verbinden, ook wanneer zij zich buiten 's lands bevinden; dit artikel wordt analogisch op vreemdelingen die zich hier te lande bevinden toegepast. (3) De eerste afwijkingen van de Boon-Schmidt leer betreffen dan ook de toepassing van de nationale wet van de echtgenoten. Maar de rechtspraak heeft aanvankelijk slechts schoorvoetend de Boon-Schmidt leer losgelaten en is herhaaldelijk op haar schreden teruggekeerd. Zo heeft, om de meest sprekende voorbeelden te noemen, Hof Den Haag 6 mei 1954, *NJ* 1954, 590, de nationale wet van de echtgenoten op een echtscheidingsvordering toegepast, maar ruim een jaar later, op 30 november 1955, *NJ* 1956, 435, heeft hetzelfde hof zich aan de oude leer gehouden en de echtscheidingsvordering uitsluitend aan de hand van het Nederlandse recht beoordeeld. En Hof Den Bosch, dat op 11 december 1945, *NJ* 1947, 565 het initiatief nam tot het doorbreken van de Boon-Schmidt leer ten gunste van toepassing van de nationale wet, beoordeelde op 13 mei 1960, *NJ* 1960, 557, een echtscheidingsvordering uitsluitend aan de hand van het Nederlandse recht, zonder een enkele overweging aan de

(1) Behoudens dat het verdrag niet verplicht tot toepassing van het recht van een niet-verdragsstaat, art. 9, lid 2.

(2) In de loop van zijn bestaan is het verdrag door steeds meer Staten opgezegd; zie voor gegevens de in noot 1 blz. 9 vermelde vindplaatsen.

(3) Kusters-Dubbink, a.w. blz. 585 e.v., Lemaire, a.w. blz. 67 e.v.; beide schrijvers bekritiseren terecht het beroep op art. 9 AB, dat ter staving van deze analogie is gedaan.

nationaliteit van de echtgenoten te wijden. Terecht konden Dubbink en Kollewijn dan ook wijzen op de uitermate chaotische toestand van ons internationale echtscheidingsrecht, en kon laatstgenoemde niet alleen een splitsing tussen de Hoven in voor- en tegenstanders van de Boon-Schmidt leer constateren, maar zelfs soms het bestaan constateren van zulk een splitsing tussen twee kamers van één en hetzelfde Hof! (1)

4 - De onzekerheid die is ontstaan doordat de rechtspraak in toenemende mate de Boon-Schmidt leer de rug heeft toegekeerd is nog vergroot doordat herhaaldelijk het geval zich heeft voorgedaan dat echtgenoten tussen wie een echtscheidingsvordering was aanhangig gemaakt van nationaliteit verschilden. In de tijd waarin het echtscheidingsverdrag ontstond was het regel dat de vrouw door het huwelijk de nationaliteit van de man verwierf; de opstellers van het verdrag zijn dan ook ervan uitgegaan dat na het huwelijk een gemeenschappelijke nationaliteit aanwezig was. Wel hebben zij de mogelijkheid onder ogen gezien dat deze gemeenschappelijke nationaliteit staande huwelijk verloren ging doordat één der echtgenoten een andere nationaliteit verwierf; voor dat geval hebben zij in art. 8 toepassing van de laatste gemeenschappelijke nationale wet voorgeschreven. Maar voor het geval reeds van de aanvang af de echtgenoten van nationaliteit verschilden en geen gemeenschappelijke nationaliteit totstand is gekomen hebben zij geen expliciete regel gesteld. Volgens sommigen impliceert het verdrag, dat in zulk een geval beide nationale wetten cumulatief moeten worden toegepast; anderen achten evenwel de verdragsregels voor dit geval niet geschreven. (2) In de Nederlandse rechtspraak heeft laatstgenoemde opvatting weerklank gevonden en is herhaaldelijk, ook toen het verdrag nog van kracht was, voor het geval nimmer een gemeenschappelijke nationaliteit aanwezig is geweest de oplossing buiten het verdrag om gezocht. Zo is meerdere malen een Nederlands-

(1) Zie de in noot 2 blz. 8 genoemde publikaties.

(2) De laatste opvatting is in Nederland de heersende, zie Dubbink in *NTIR* 1956, blz. 202, Eijl, a.w. blz. 11, Kollewijn in *WPNR* 5013 ad Hof Arnhem 20 december 1966, NJ 1967, 425; *Ass. Verz.* 32, Lemaire, a.w. blz. 158; zie over de eerste opvatting en de bezwaren ertegen Kosters-Dubbink, a.w. blz. 621 e.v.

Italiaans echtpaar met toepassing van Nederlands recht hier te lande van de echt gescheiden. (1)

Wanneer men bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit toch de aanknoping aan nationaal recht wil handhaven, doen zich verschillende mogelijkheden voor. Men kan, zoals reeds opgemerkt, beide nationale wetten cumuleren. Men kan ook uit deze wetten een keuze doen, en slechts één hunner toepassen. Deze keuze kan bepaald worden door de persoonlijke hoedanigheid van één der echtgenoten; zo kiest de Duitse wet, in art. 17 van de Invoeringswet tot het Burgerlijk Wetboek in beginsel voor de nationale wet van de man. (2) De keuze kan ook bepaald worden door de processuele hoedanigheid van één der partijen; zo koos het ontwerp voor een eenvormige Beneluxwet op het internationaal privaatrecht in zijn oorspronkelijke versie in art. 6 voor de nationale wet van de eiser. (3) Maar geen van deze oplossingen kan stand houden tegen de bezwaren die ertegen kunnen worden ingebracht. Cumulatie betekent in feite dat die wet de doorslag geeft die de

(1) Zie de in de vorige noot genoemde uitspraak alsmede Rb. Amsterdam 7 december 1967, *Ass. Verz.* 42, en 29 februari 1968, NJ 1968, 171; *Ass. Verz.* 47. Een complicatie is ontstaan doordat tengevolge van de op 1 maart 1964 ingegane wijziging van onze nationaliteitswetgeving de Nederlandse vrouw haar Nederlandse nationaliteit behoudt, ook al huwt zij met een vreemdeling en verkrijgt zij krachtens diens nationale wet zijn nationaliteit, hetgeen in het Italiaanse recht het geval is. In deze gevallen van dubbele nationaliteit heeft de rechtspraak als regel de effectieve nationaliteit, d.i. de nationaliteit van het land waarmee de vrouw het nauwst is verbonden, bijv. door woonplaats, doorslaggevend geacht; bij effectief achten van de Nederlandse nationaliteit kon zodoende de Italiaanse nationaliteit van de vrouw worden verwaarloosd en het verdrag buiten toepassing worden gelaten, zie de uitspraken vermeld in Inleiding *Ass. Verz.* par. 10. Ook na opzegging van het verdrag is een door de vrouw tengevolge van het huwelijk verworven nationaliteit niet als gemeenschappelijk aangemerkt indien haar 'eigen' nationaliteit haar effectieve was gebleven, vgl. Hof Amsterdam 27 juni 1969, NJ 1970, 130; *Ass. Verz.* 112 (Duitse vrouw huwt Italiaan, geen enkele reële band met Italië, wel regelmatig contacten met Duitsland; Duitse nationaliteit effectief); Rb. Den Haag 30 september 1969, *Ass. Verz.* 122 (Nederlandse vrouw huwt met Italiaan in Den Haag, waar zij blijven wonen; Nederlandse nationaliteit effectief), en 10 februari 1970, *Ass. Verz.* 137 (soortgelijk geval), evenals Hof Den Bosch 6 januari 1970, NJ 1971, 58; *Ass. Verz.* 130.

(2) Als evenwel alleen de vrouw de Duitse nationaliteit bezit, kan zij op grond van haar Duitse wet echtscheiding vorderen.

(3) In de gewijzigde versie, vastgesteld op 3 juli 1969, *Tribl.* 1969, 167, is de wet niet langer van toepassing op de toelaatbaarheid van de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed en evenmin op de gronden waarop deze kunnen worden uitgesproken (art. 23, onder a).

zwaarste eisen aan de echtscheiding stelt, waardoor het verkrijgen van een echtscheiding in een internationaal geval extra moeilijk wordt gemaakt. Tegen toepassing van de nationale wet van de man is aangevoerd dat dit in strijd zou zijn met het beginsel van de gelijkheid tussen man en vrouw, tegen toepassing van de wet van de eiser dat dan het toepasselijke recht bepaald wordt door degen die de eis instelt en dat, als de andere echtgenoot een tegeneis instelt, ieders vordering naar ander recht moet worden beoordeeld. Zowel tegen toepassing van de ene als de andere wet rijst het bezwaar dat dan de maatstaven, die de wet van één der echtgenoten stelt, gehanteerd worden ter beoordeling van het gedrag van de andere echtgenoot, terwijl het gedrag tijdens het huwelijk toch aan de hand van voor beide echtgenoten gemeenschappelijke maatstaven dient te worden beoordeeld. Vasthouden aan één der nationale wetten wordt dan onredelijk in het licht van wat Batiffol heeft genoemd: 'la difficulté d'appliquer la loi nationale quand une relation de famille concerne deux époux de nationalité différente'. (1)

5. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit naar een andere gemeenschappelijke aanknopingspunt moet worden gezocht en de nationaliteit als uitsluitend aanknopingspunt moet worden losgelaten. Deze conclusie heeft de Franse rechtspraak getrokken: zij heeft gezocht naar een ander gemeenschappelijk criterium en dit gevonden in de gemeenschappelijke woonplaats. Zodoende is een subsidiaire regel gesteld voor het geval de echtgenoten geen gemeenschappelijke nationaliteit bezitten, te weten toepassing van de wet van de gemeenschappelijke woonplaats. In een reeks arresten heeft de Franse Cour de

(1) *Traité élémentaire de droit international privé*, 4e dr., Parijs 1967, blz. 492; zie voorts Eyl, a.w. blz. 13 e.v., De Winter in *WPNR* 4240, Dubbink in *NTIR* 1956, blz. 204 en het hierboven onder 2 vermelde vonnis Rb. Leeuwarden. Daarentegen tilt Hellema, Beschouwingen over de aanknopingspunt in het internationaal privaatrecht (prfchr. Utrecht), Deventer 1969, blz. 102-104 jo. 114, niet zo aan het bezwaar dat dan de wet van de ene echtgenoot ten opzichte van de andere wordt toegepast, maar acht als uitvloeisel van zijn identificatieleer de identificatie met één der echtgenoten, en in het bijzonder met de eisende partij, tot op zekere hoogte verantwoord; het blijft de vraag of deze consequenties uit de leer mogen worden getrokken, en of niet veeleer identificatie met beide echtgenoten gezamenlijk zou moeten geschieden.

Cassation deze regel uitgewerkt. (1) Daarbij heeft zij de toepassing van deze regel niet beperkt tot het geval dat nimmer een gemeenschappelijke nationaliteit heeft bestaan, doch heeft haar ook reeds toepasselijk geacht in geval de echtgenoten weliswaar een gemeenschappelijke nationaliteit hebben bezeten, maar deze verloren is gegaan. Bij verandering van nationaliteit van één der echtgenoten staande huwelijk wordt dus niet teruggevallen op de laatste gemeenschappelijke nationaliteit, maar onmiddellijk aan de gemeenschappelijke woonplaats aangeknoopt.

Deze oplossing faalt evenwel, als ook een gemeenschappelijke woonplaats ontbreekt. Men kan dan terugvallen op de wet van de laatste gemeenschappelijke woonplaats. Maar dan loopt men weer vast als er nimmer een gemeenschappelijke woonplaats is geweest. Een scala van mogelijkheden doet zich hier voor, en vooral wanneer men de verschillende mogelijkheden van aanknoping aan nationaliteiten en woonplaatsen combineert, kan men een zeer ingewikkeld systeem met gedetailleerde regels voor allerlei gevallen ontwerpen; dit heeft de Duitse doctrine niet nagelaten en de naar haar opsteller genoemde 'Kegelsche Leiter' geproduceerd. Achtereenvolgens komen hierbij voor toepassing in aanmerking; 1. de gemeenschappelijke nationale wet, 2. de laatste gemeenschappelijke nationale wet, zolang deze de nationale wet van één der echtgenoten blijft, 3. de wet van de gewone verblijfplaats in dezelfde Staat, 4. de wet van de laatste gewone verblijfplaats in dezelfde Staat, zolang deze de wet van de gewone verblijfplaats van één der echtgenoten blijft, 5. de wet van de enkele verblijfplaats in dezelfde Staat. Is geen van deze aanknopingen mogelijk, dan komt voor toepassing in aanmerking, 6. het zwakkere recht, dat is dat recht dat het minst van het huwelijk overlaat, bijv. doordat het echtscheiding mogelijk maakt. Als ratio hiervoor geeft Kegel: '*internationale Ehen scheitern besonders leicht, man sollte daher ihre Auflösung erleichtern*'. (1)

(1) De standaardarresten zijn het arrest Rivièrè van 17 april 1953, *Revue critique de droit international privé* 1953, blz. 412 e.v., en het arrest Lewandowski van 15 maart 1955, idem 1955, blz. 320 e.v.; zie verder Batiffol, a.w. blz. 490 e.v., en Droz, Une construction prétorienne exemplaire: la loi applicable au divorce d'époux de nationalités différentes en droit international privé français, in *De Conflictu Legum* (NTIR 1962), blz. 125 e.v.

(1) Zie Kegel, *Internationales Privatrecht*, 2e druk, München/Berlijn 1964, blz. 291/292.

De echtscheidingscommissie van de Duitse Raad voor het internationaal privaatrecht heeft deze voorstellen overgenomen met uitzondering van de onder 6. voorgestelde wet. Wel heeft deze raad een ander voorstel van Kegel overgenomen, nl. om, wanneer geen der volgens bovengenoemde aanknopingen toepasselijke wetten de echtscheiding toestaat, deze voor ieder der echtgenoten toe te staan indien zij mogelijk is krachtens de nationale wet van één hunner op het tijdstip van de huwelijksluiting. De ratio hiervan is, dat verloofden meestal trouwen met de gedachte zich te binden overeenkomstig hun persoonlijke wet, dat zij daarom de mogelijkheid moeten behouden op grond van het recht waaronder zij in het huwelijk traden van echt te scheiden, en dat het beginsel van de gelijkheid tussen man en vrouw meebrengt dat ieder der echtgenoten dezelfde mogelijkheden moet hebben, zodat ieder hunner ook van het zgn. 'Antrittsrecht' van de ander moet kunnen profiteren. (1)

Een dergelijke gecompliceerde regeling kan men als vrucht van het Duitse, niet van het Franse rechtsdenken verwachten. Doctrine en rechtspraak in Frankrijk zijn dan ook een andere weg ingeslagen. Niet alleen hebben zij de laatste gemeenschappelijke nationaliteit als aanknopingsfactor geëcarteerd, maar ook de laatste gemeenschappelijke woonplaats heeft als zodanig in hun ogen geen genade gevonden; bij gebreke van een gemeenschappelijke woonplaats wordt het eigen Franse recht als *lex fori* toegepast. (2) Dit leidt derhalve tot aanknopung achtereenvolgens aan 1. de gemeenschappelijke nationale wet, 2. de gemeenschappelijke woonplaatswet, en 3. de wet van de rechter voor wie de vordering wordt ingesteld.

In Nederlandse rechtspraak en doctrine heeft het Franse voorbeeld navolging gevonden. Ook de Nederlandse rechtspraak heeft, voor-

(1) Zie *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts*, Berlijn/Tübingen 1962, blz. 3/4; Kegel t.a.p. geeft o.m. als voorbeeld dat een Duitse man met een Braziliaanse vrouw trouwt en zij in Brazilië wonen; Braziliaans recht is toepasselijk als recht van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats (er is geen gemeenschappelijke nationaliteit ontstaan) en dit recht staat geen echtscheiding toe; nu kan ieder der echtgenoten op grond van Duits recht echtscheiding verkrijgen.

(2) Cour de Cassation 15 mei 1961 (arrest Tarwid), *Rev. crit.* 1961, blz. 547 c.v.; zie voor een rechtsvergelijkend overzicht van de ontwikkeling terzake Kokkini-Iatridou, *Étapes vers l'égalité des statuts des époux en droit international privé* (intreerede Amsterdam V.U.), Deventer 1968, blz. 42 c.v.; voor dit Franse systeem opteert De Winter in rechtspraakoverzicht i.p.r., *WPNR* 5113; idem Rb. Amsterdam 18 juni 1970, Ass. Krtnr. 6264.

zover zij de Boon-Schmidt leer niet meer volgt, bij verschil in nationaliteit over het algemeen de wet van de gemeenschappelijke woonplaats toegepast en deze oplossing heeft de instemming van de doctrine. (1) Evenmin als de Franse is de Nederlandse rechtspraak daarbij teruggevallen op een laatste gemeenschappelijke nationaliteit, maar heeft zij, ongeacht op welk moment het verschil in nationaliteit is ontstaan, direct de wet van de gemeenschappelijke woonplaats toegepast. Hiervoor is veel te zeggen, want in de meeste gevallen, waarin staande huwelijk de gemeenschappelijke nationaliteit wegvalt, blijft deze de nationaliteit van één der echtgenoten en kan toepassing van de laatste gemeenschappelijke nationale wet in feite neerkomen op toepassing van de wet van de echtgenoot die deze nationaliteit heeft behouden; hiertegen gelden de bezwaren tegen toepassing van de wet van één der echtgenoten, die hierboven uiteengezet zijn. Maar mutatis mutandis geldt hetzelfde met betrekking tot de toepassing van de wet van de laatste gemeenschappelijke woonplaats. Geen van beide wetten hoeft nog algemeen recht der echtgenoten te vormen, geen van beide hoeft als zodanig nog gemeenschappelijke maatstaven te bieden om het gedrag der

(1) Zie *Inleiding Ass. Verz. par. 9* (II) en de talrijke daar vermelde uitspraken, waaraan toe te voegen Rb. Den Haag 28 april 1970, *Ass. krtmr.* 6144; en 9 juni 1970, *Ass. krtmr.* 6145; Rb. Almelo 13 mei 1970, *Ass. krtmr.* 6046. Voor aanknopings aan de gemeenschappelijke woonplaats o.a. Dubbink in *NTIR* 1956, blz. 207, De Winter, *De maatschappelijke woonplaats als aanknopingsfactor in het internationaal privaatrecht* (intreerede Amsterdam G.U.), Leiden 1962, Kolléwijn in *Tien Jaren*, blz. 66 e.v., en *WPNR* 4886, Deelen, *Nationalité et milieu*, in *De Conflictu Legum* (*NTIR* 1962), blz. 103 e.v., en *NTIR* 1965, blz. 410, Eyl, a.w. blz. 16 (althans voorzover zij met het nationale recht van één der partijen samenvalt), Kokkini-Iatridou, a.w. blz. 60 e.v., Lemaire, a.w. blz. 130 e.v.; verschillende van deze schrijvers geven zelfs bij aanwezigheid van een gemeenschappelijke nationaliteit toch de voorkeur aan aanknopings aan de gemeenschappelijke woonplaats. Daarentegen wil Franx blijkens zijn recensie van *De Conflictu Legum* in *R.M. Themis* 1966, blz. 127 e.v., bij verschil in nationaliteit de nationale wetten blijven toepassen indien deze tot hetzelfde resultaat leiden, en eerst bij verschil in resultaat op de woonplaatswet overstappen, en dan nog met de restrictie dat de vordering slechts toewijsbaar is indien zowel de domiciliaire als één van de beide nationale wetten echtscheiding in het gegeven geval toelaten. Onder invloed van het oorspronkelijke ontwerp Eenvormige Wet is toch ook soms de nationale wet van de eisende partij toegepast, en dit is in enkele recente uitspraken voortgezet, met name waar dit leidde tot toepassing van Nederlands recht, zie Hof Arnhem 20 december 1966, *NJ* 1967, 425; *Ass. Verz.* 32; Rb. Amsterdam 19 september 1968, *Ass. Verz.* 72; en 3 april 1969, *Ass. Verz.* 97; Rb. Rotterdam 10 februari 1969, *Ass. Verz.* 87, ook blijkbaar Rb. Utrecht 3 juni 1970, *Ass. Verz.* 149; Rb. Middelburg 10 juli 1968, *Ass. Verz.* 66, paste als zodanig echter Belgisch recht toe.

echtgenoten aan te toetsen. Daarom is er veel voor te zeggen niet zonder meer, bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit respectievelijk woonplaats, op de laatste gemeenschappelijke nationaliteit respectievelijk woonplaats terug te vallen. (1)

6. Een gemeenschappelijke woonplaats wordt aanwezig geacht als beide echtgenoten hun gewone verblijf in maatschappelijke zin, hun maatschappelijke woonplaats, in hetzelfde land hebben. Het is daarbij niet nodig dat deze ook voor beide in dezelfde plaats is gevestigd; indien ieder der echtgenoten een afzonderlijke woonplaats in deze zin heeft, maar beide woonplaatsen zich in hetzelfde land bevinden, geldt de wet van dit land als de wet van de gemeenschappelijke woonplaats. (2) Er is eerst sprake van het ontbreken van een gemeenschappelijk woonplaatsrecht als de ene echtgenoot

(1) Toepassing van het recht van de laatste gemeenschappelijke woonplaats in het onder 2 vermelde vonnis Rb. Leeuwarden, in beginsel ook in Rb. Amsterdam 7 maart 1968, *Ass. Verz.* 49, zie ook Rb. Breda 19 september 1968, *Ass. Verz.* 73; Rb. Amsterdam 9 oktober 1969, *Ass. Verz.* 124, en Rb. Alkmaar 8 januari 1970, *Ass. krtmr.* 6143 (toepassing van Nederlands recht als het recht van de laatste gemeenschappelijke woonplaats), zie ook de in de vorige noot genoemde recensie van Franx, op blz. 156. Drie uitspraken van Rb. Utrecht betroffen toepassing van de wet van de laatste gemeenschappelijke woonplaats, echter onder de overweging dat bij gebreke van gemeenschappelijke woonplaats op grond van de bestaande aanknopingspunten weliswaar Nederlands recht toepasselijk zou zijn, maar dat zulks uitzondering lijdt voor het geval de echtscheidingsgrond is ontstaan terwijl een gemeenschappelijke woonplaats aanwezig was, in welk geval het recht van die woonplaats toepasselijk blijft, zie 21 december 1966, NJ 1967, 362; *Ass. Verz.* 33, en 12 juni 1968 *Ass. Verz.* 59 (echtscheidingsvorderingen op grond van overspel, gepleegd toen nog gemeenschappelijke woonplaats in Duitsland, Duits recht toepasselijk), en 21 januari 1970, *Ass. Verz.* 133 (idem t.a.v. Marokkaans recht); hier is derhalve geen sprake van terugvallen op het recht van de laatste gemeenschappelijke woonplaats, maar van handhaving van dat recht bij wijze van uitzondering. Hetzelfde is denkbaar bij aanknopingsaan de nationaliteit; hieromtrent bevat art. 4 van het Echtscheidingsverdrag een regeling, die evenwel slechts de strekking heeft te voorkomen dat door nationaliteitsverandering een feit dat onder de oorspronkelijke wet geen scheidingsgrond oplevert door hantering van de nieuwe wet alsnog tot scheidingsgrond gemaakt wordt, vgl. Kosters, *Het internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem 1917, blz. 505 e.v.; een soortgelijke regeling bevat art. 17, lid 2, van de Duitse Invoeringswet. Als Rb. Utrecht een analogie met deze bepalingen heeft beoogd, heeft zij haar doel dan ook voorbijgestreefd.

(2) Zie de in noot 1 blz. 16 genoemde intrede van De Winter en het artikel van Deelen in *De Conflictu Legum*, alsmede Lemaire, a.w. blz. 84, en *Inleiding Ass. Verz.* Par. 9 (II) en de daar vermelde uitspraken; evenzo het in noot 2 blz. 15 genoemde arrest Tarwid.

woonplaats in de hier aangeduide zin in een ander land heeft als de andere. De vraag welk recht dan moet worden toegepast is omstreden. In de inleiding tot de rechtspraakverzameling van het Asser-Instituut, par. 9 (II), staat te lezen dat, als bij partijen van verschillende nationaliteit een gemeenschappelijk domicilie of een, zij het verschillende, woonplaats in éénzelfde land ontbreekt, Nederlands recht wordt toegepast, waarvoor verschillende motiveringen worden aangetroffen, maar dat in enkele gevallen vreemd recht toepasselijk is geacht als het recht van de laatste gemeenschappelijke woonplaats, meestal alleen indien de echtscheidingsgronden tijdens de duur van die gemeenschappelijke woonplaats zijn ontstaan. In de reeds bovengenoemde *Studentenscriptie*, Hoofdstuk II, wordt daarentegen de stelling verkondigd dat in de rechtspraak van de laatste tijd een nieuw aanknopingspunt tot ontwikkeling is gekomen, te weten de rechtssfeer waarin het huwelijk dan wel, zo dit al eerder 'stuk' is gegaan, de omstandigheden waarop de echtscheidingsvordering is gegrond, zich hebben afgespeeld. Deze rechtssfeer wordt meestal bepaald door een combinatie van factoren, zoals nationaliteit en/of woonplaats van één der echtgenoten, de plaats van de huwelijksluiting, de plaats waar de kinderen zijn geboren en/of worden opgevoed en andere relevant geachte bindingen; ook de laatste gemeenschappelijke woonplaats kan mede bepalend zijn, met name als het huwelijk daar 'ingebed' is geweest dan wel de scheidingsoorzaak daar is ontstaan. In het gros der gevallen hebben deze overwegingen geleid tot localisering van de rechtsverhouding binnen de Nederlandse rechtssfeer; vandaar dat zij in de inleiding tot de rechtspraakverzameling van het Asser-Instituut als motiveringen voor de toepassing van Nederlands recht (met soms een uitzondering ten aanzien van de laatste gemeenschappelijke woonplaats) worden gekenschetst.

De omstandigheid dat de rechtspraak in voornoemde gevallen het Nederlandse recht niet zonder meer als *lex fori* toepast, maar zoekt naar motiveringen om die toepassing te rechtvaardigen, alsmede dat zij niet altijd in zulke gevallen tot toepassing van het Nederlandse recht besluit, wijst mijns inziens erop dat zij inderdaad zoekt naar criteria die een genoegzame verbondenheid met het toepasselijk geachte rechtstelsel uitdrukken. Dat hier inderdaad van een 'eigen' aanknopingsprake is moge ook blijken uit de omstandigheid dat, zoals hieronder nader zal worden uiteengezet, dit rechtssfeercriterium niet alleen gehanteerd is bij gebreke van een gemeen-

schappelijke woonplaats, maar ook ter nadere adstructie en toetsing van de juistheid der aanknopingsfactor aan de gemeenschappelijke woonplaats, ja zelfs aan die der gemeenschappelijke nationaliteit. Maar als wij hier te maken hebben met een zelfstandige aanknopingsfactor, dienen tevens de grenzen in acht genomen te worden die aan hantering van deze aanknopingsfactor zijn te stellen. Hoezeer het mijns inziens valt toe te juichen dat de rechter niet in abstracto de gegeven aanknopingspunten hanteert, maar nagaat of in concreto de volgens die aanknopingspunten toepasselijke wet wel aan de werkelijkheid van de rechtsband tussen de echtgenoten beantwoordt, er dient voor gewaakt te worden dat niet onder het mom der rechtssfeer een rechtssysteem wordt toegepast dat de echtgenoten niet gemeen is, of het recht van de ene echtgenoot de andere opgedrongen wordt; de bezwaren die daaraan kunnen kleven zijn hierboven aan het slot van par. 5 uiteengezet. (1) Zo kan hantering van het rechtssfeercriterium leiden tot toepassing van de wet van de laatste gemeenschappelijke woonplaats, en zelfs van die van de laatste gemeenschappelijke nationaliteit. Beide aanknopingen kunnen zodoende toch tot gelding komen, en indien zij genoegzaam door andere aanknopingsfactoren worden versterkt om in combinatie daarmee de rechtssfeer aan te duiden, behoeft daar-

(1) Dit geldt ook voor het als *regel* poneren – hetgeen Rb. Utrecht bij herhaling heeft gedaan (zie bijv. 12 juni 1968, *Ass. Verz.* 59, en 21 januari 1970, *Ass. Verz.* 133; ook Rb. Amsterdam 27 augustus 1970, *Ass. krtmr.* 6150) – dat Nederlands recht toepasselijk is als één der echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezit en in Nederland woont; evenzeer geldt het voor de overweging, die soms *mede* ter rechtvaardiging van de toepassing van Nederlands recht wordt gegeven, dat de echtscheidingsvordering voor de Nederlandse rechter is aanhangig gemaakt, zie bijv. Rb. Utrecht 21 december 1966, *NJ* 1967, 392; *Ass. Verz.* 33; Rb. Amsterdam 7 december 1967, *Ass. Verz.* 42, en 6 maart 1969, *Ass. Verz.* 92; Hof Amsterdam 27 juni 1969, *NJ* 1970, 130; *Ass. Verz.* 112; Rb. Utrecht 11 februari 1970, *Ass. Verz.* 138, en 5 augustus 1970, *Ass. krtmr.* 6153; Rb. Den Haag 9 juni 1970, *Ass. krtmr.* 6145.

tegen geen bezwaar te bestaan. (2) Maar indien de aanvullende factoren onvoldoende versterking bieden, kan men moeilijk van een rechtssfeer spreken. (3) In zo'n geval is het eerlijker alternatieve oplossingen aan te geven dan te werken met een rechtssfeer die er niet is. Hieronder zal worden ingegaan op de vraag welke uitwegen in zo'n geval voorhanden zijn; allereerst zal de verhouding tussen het rechtssfeercriterium en de aanknoping aan gemeenschappelijke woonplaats en nationaliteit nader in ogenschouw worden genomen.

7. Dit rechtssfeercriterium is niet alleen gehanteerd bij gebreke van een gemeenschappelijke woonplaats, maar eveneens ter vervanging van laatstgenoemde aanknopingsfactor. De rechter past dan niet zonder meer de wet van de gemeenschappelijke woonplaats toe, maar gaat na of deze woonplaats inderdaad de rechts-

(2) Zo had in het in de vorige noot genoemde vonnis Rb. Amsterdam 7 december 1967 (Nederlands-Italiaans echtpaar) voldoende kunnen zijn de overweging dat der partijen korte samenleving zich in Nederland heeft afgespeeld en partijen beoogden in Nederland te blijven wonen, terwijl bovendien één der partijen Nederlander is (en is blijven wonen in Nederland); Rb. Utrecht 12 juni 1968, *Ass. Verz.* 60 (Nederlands-Amerikaans echtpaar) zag in de omstandigheid dat beide partijen kennelijk in Nederland woonachtig waren geweest tot na het ahangig maken van de procedure, eiseres de Nederlandse nationaliteit bezat en nog steeds in Nederland woonachtig was, terwijl bovendien het huwelijk in Nederland was gesloten, voldoende aanknopingspunten om Nederlands recht toe te passen. Hetzelfde resultaat bereikte deze rechtbank 5 augustus 1970, *Ass. krtnr.* 6148, op de grond dat gedaagde de Nederlandse nationaliteit bezat, der partijen kind in Nederland was geboren, partijen in Nederland waren gehuwd en gedaagde daar woonplaats had sedert ruim drie jaar.

(3) Hof Amsterdam 27 juni 1969, *NJ* 1970, 130; *Ass. Verz.* 112, verwierp impliciet de laatste gemeenschappelijke woonplaats als aanknopingsfactor door te overwegen dat de samenleving van het Duits-Italiaanse echtpaar in België slechts van korte duur was geweest; twijfelachtig Rb. Utrecht 7 mei 1969, *Ass. Verz.* 105, die uit de omstandigheid dat een van origine Nederlands echtpaar, dat kort na het h.t.l. gesloten huwelijk naar Zuid-Afrika emigreerde en daar 15 à 20 jaar verbleef, gedurende al die tijd de Nederlandse nationaliteit had behouden, terwijl de in Zuid-Afrika gebleven man eerst betrekkelijk recent tot Zuid-Afrikaan was genaturaliseerd, afleidde dat het huwelijk zich vrijwel geheel in de Nederlandse rechtssfeer had afgespeeld en de door de naar Nederland teruggekeerde vrouw ingestelde echtscheidingsvordering derhalve naar Nederlands recht mocht worden beoordeeld.

sfeer vormt, waarin het huwelijk is ingebed. (1) Als regel zal dit het geval zijn, maar er kunnen zich omstandigheden voordoen, waarin dit anders is; de gemeenschappelijke woonplaats kan 'toevallig' zijn, bijv. als zij gelegen is in een land waarheen de man in dienst van zijn werkgever tijdelijk is uitgezonden. In zulk een geval zouden andere aanknopingen relevant kunnen worden, zoals de plaats van de huwelijksluiting, met name indien deze wordt versterkt door banden die één der echtgenoten of beide met het betrokken land bezitten of in de toekomst verwachten te herkrijgen. De hantering van het rechtssfeercriterium in de plaats van het woonplaatscriterium als aanknopingsfactor leidt derhalve als regel tot toepassing van de wet van de gemeenschappelijke woonplaats omdat deze de rechtssfeer vormt; maar zij biedt een soepeler aanknopingsmogelijkheid dan bij hantering van het woonplaatscriterium als zodanig.

De vraag rijst of het rechtssfeercriterium ook de gemeenschappelijke nationaliteit als aanknopingsfactor kan vervangen. Zoals boven onder 3 opgemerkt, heeft de rechtspraak, voorzover zij de Boon-Schmidt leer heeft verlaten, zich gespiegeld aan de hoofdregel uit het echtscheidingsverdrag en mede een grond gevonden tot toepassing van de nationale wet in de positieve regel van art. 6 AB. Dit heeft geleid tot de opvatting dat krachtens art. 6 AB op een echtscheidingsvordering tussen twee Nederlanders Nederlands recht moet worden toegepast; naar analogie, en mede in het (vermeende) licht van art. 9 AB is de keerzijde dat een echtscheidingsvordering tussen twee vreemdelingen aan hun nationale wet moet worden onderworpen. Rechtspraak noch doctrine zijn de mening toegedaan dat art. 6 AB reeds zou dwingen tot toepassing van de Nederlandse wet als slechts één der echtgenoten Nederlands onderdaan zou zijn (2), maar zijn beide Nederlanders dan zou men niet aan toepassing van de Nederlandse wet kunnen ontkomen, en omgekeerd als beide vreemdelingen zijn met dezelfde nationaliteit aan toepassing van hun nationale wet. In recente rechtspraak en doctrine blijkt onvrede met deze als te star gevoelde regel te be-

(1) Zie *Inleiding Ass. Verz.* par. 9 (II) en de talrijke daar vermelde uitspraken waarin voor de toepassing van het recht van de gemeenschappelijke woonplaats naast die woonplaats nog andere factoren genoemd worden, waaraan toe te voegen Rb. Almelo 13 mei 1970, Ass. krtmr. 6046, en Rb. Den Haag 9 juni 1970, Ass. krtmr. 6145.

(2) Zie *Inleiding Ass. Verz.* par. 9 (I); Lemaire, a.w. blz. 69 jo. 131.

staan. Ten aanzien van vreemdelingen, wier huwelijk door langdurige gemeenschappelijke woonplaats buiten hun vaderland geacht kon worden in hun woonplaatsland te zijn ingebed, heeft de rechtspraak een enkele maal de mogelijkheid aangegrepen door hantering van 'renvoi' tot toepassing van de woonplaatswet te komen; zo overwoog rechtbank Utrecht 14 mei 1969, *Ass. Verz.* 105, ten aanzien van een geheel in de Nederlandse rechtssfeer ingebed Deens echtpaar, enerzijds dat zij in Nederland waren gehuwd, er steeds hadden gewoond en nog woonden, hun kinderen er waren geboren en de man er werkzaam was, anderzijds dat ook naar Deens internationaal privaatrecht de wet van het domicilie, derhalve de Nederlandse wet, ten deze toepasselijk was, met verwijzing naar het oude art. 15 (thans 11), aanhef en onder 2, van het ontwerp Eenvormige Wet. Op deze wijze kwam de rechter tot toepassing van de woonplaatswet zonder de aanknoping aan de nationaliteit expliciet los te laten. (1) Deze aanknoping is daarentegen wel losgelaten, althans gerelativeerd, in twee opzienbarende vonnissen van rechtbank Amsterdam, beide van 29 januari 1970, *NJ* 1970, 187 & 188; *Ass. Verz.* 135 en 136. In deze uitspraken breekt de rechtbank met het hanteren van de gemeenschappelijke nationaliteit als aanknopingsfactor zonder meer, maar gaat zij na of deze een voldoende aanwijzing vormt voor een verbondenheid met de nationale rechtssfeer. In beide gevallen betrof het een echtscheiding tussen vreemdelingen, en de rechtbank achtte zich gerechtigd de vraag te stellen of er voldoende grond bestond tot een in casu extensieve uitlegging van art. 6 AB, te weten de toepassing ervan op echtelieden met eenzelfde buitenlandse nationaliteit. Het eerste geval betrof een Iraans echtpaar, te Teheran gehuwd, korte tijd te Amsterdam gevestigd, waarna de vrouw met het inmiddels geboren kind naar Teheran terugkeerde. In dit geval achtte de rechtbank voldoende grond voor een extensieve uitlegging van art. 6 AB en het daarin vervatte nationaliteitsbeginsel aanwezig, nu uit de omstandigheden bleek dat partijen in overwegende mate met de Iraanse rechtssfeer waren verbonden.

Het tweede geval betrof een Venezolaans echtpaar, weliswaar in Venezuela gehuwd, maar reeds tien jaar in Nederland woonachtig.

(1) Renvoi van het nationale (Marokkaanse) naar het (Nederlandse) woonplaatsrecht werd ook aangenomen in Rb. Amsterdam 7 maart 1968, *Ass. Verz.* 49; zie ook Verheul, De ongepubliceerde vonnissen in het internationaal privaatrecht, in *NJB* 1968, blz. 969 e.v.

In dit geval achtte de rechtbank onvoldoende grond voor een extensieve uitlegging van art. 6 AB aanwezig, nu uit de omstandigheden bleek dat partijen ten nauwste en in overwegende mate met de Nederlandse rechtssfeer waren verbonden, en paste zij Nederlands recht op de vordering toe.

Ten aanzien van vreemdelingen acht de rechtbank zich derhalve niet door art. 6 AB gedwongen tot toepassing zonder meer van hun nationale wet. Wat de toepassing van dit artikel op Nederlanders betreft; in beide vonnissen overweegt de rechtbank 'dat dit voorschrift naar de letter slechts geldt voor gevallen, waarin partijen de Nederlandse nationaliteit bezitten, doch dat daaraan, naar een te dezen in de Nederlandse rechtspraktijk gebruikelijke uitlegging onder omstandigheden ook gelding wordt toegekend buiten deze gevallen en wel met name wanneer beide bij het echtscheidingsgeding betrokken echtelieden eenzelfde buitenlandse nationaliteit bezitten'. Maar in het tweede vonnis voegt zij hieraan toe, dat zij tevens in aanmerking neemt 'dat in het Nederlandse recht, zoals dit in de huidige rechtspraktijk ter zake van ontbinding van het huwelijk toepassing vindt, een sterke neiging is waar te nemen tot een juist beperkende uitlegging van art. 6 AB in gevallen, waarin de betrokken echtelieden door woonplaats of laatste gemeenschappelijke woonplaats nauwer met de rechtssfeer van enig land zijn verbonden dan door nationaliteit, zelfs indien ook Nederlanders in gedingen als het onderhavige partij zijn'. Deze laatste woorden kunnen erop wijzen dat de rechtbank niet ongenegen zou zijn in voorkomende gevallen ook ten aanzien van Nederlanders de nationaliteit als pure aanknopingsfactor los te laten en haar aan het rechtssfeercriterium te toetsen. Op deze wijze wordt de aanknopingsfactor aan de nationaliteit aanzienlijk versoepeld, hetgeen met name zinvol kan zijn in het geval het huwelijk geheel is ingebed in een ander land dan het land waarvan de echtgenoten de nationaliteit bezitten. Dit zou betekenen dat de nationaliteit als aanknopingsfactor wordt teruggedrongen. Het is immers niet altijd vanzelfsprekend dat een gemeenschappelijke nationaliteit de rechtssfeer bepaalt waarin de echtelieden leven; dit is zelfs minder vanzelf-

sprekend dan met de gemeenschappelijke woonplaats het geval kan zijn! (1)

8. In de rechtspraak valt derhalve een neiging te bespeuren op echtscheidingsvorderingen met een internationaal element het recht toe te passen van de rechtssfeer waarin de verhouding tussen de echtgenoten kan worden gesitueerd. Deze kan bepaald worden door gemeenschappelijke nationaliteit of woonplaats, maar dit hoeft niet het geval te zijn, en dan moet aan de hand van alle in aanmerking komende omstandigheden de relevante rechtssfeer worden vastgesteld. De vraag rijst of art. 6 AB zich hier tegen niet verzet, althans wanneer beide echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezitten. Naar de letter moge dit inderdaad het geval zijn, maar de letter van de wet behoeft niet doorslaggevend te zijn. (2) In het moderne privaatrecht stellen rechtspraak en wetenschap zich steeds vrijer op tegenover de tekst van de wet; zelfs zijn er stromingen die de wetsbepaling als niet meer dan een richtlijn beschouwen, als een uitgangspunt voor de rechter op de weg naar verdere ontwikkeling van het recht. Zonder zover te gaan kan men toch stellen, dat een vrijere opstelling tegenover de wet past in moderne rechtsopvattingen, met name op het gebied van het privaatrecht. In zijn proefschrift over de aanknopingsrecht heeft Hellema deze opvattingen op het internationaal privaatrecht geprojecteerd en aangetoond dat zij ook daar zinvol zijn. De constatering dat bij het rechtsoordeel mogelijk toepasselijke rechtsregels worden gepasseerd op grond van de aan het rechtssysteem eigen rangorde van waarden, en dat hetzij de ingeroepen rechtsregels, hetzij de hiertoe uit het totale feitencomplex van de gschilssituatie geabstraheerde feiten bij de afweging te licht kunnen worden bevonden, leidt hem tot de stelling dat ook ten aanzien van de aanknopingsregels geldt

(1) Hof Amsterdam 30 januari 1964, *HPS* 1965, blz. 82; *Ass. Verz.* 12, en Rb. Amsterdam 3 april 1969, *Ass. Verz.* 98, pasten eveneens Nederlands recht op h.t.l. wonende vreemdelingen toe, zonder dat zulks op het 'Boon-Schmidt' criterium werd gebaseerd, zie hierboven noot 1, blz. 8; Rb. Utrecht 7 mei 1969, *Ass. Verz.* 104, nam zelfs aan dat de Nederlandse rechter in beginsel de keus heeft tussen toepassing van de nationale en de domiciliaire wet, en paste Nederlands recht toe op een h.t.l. woonachtig Oostenrijks echtpaar, beide in Nederland geboren, wier huwelijk h.t.l. was voltrokken, terwijl de vrouw tot kort na de huwelijksluiting Nederlandse was geweest en de h.t.l. geboren kinderen de Nederlandse nationaliteit bezaten krachtens art. 2, lid 1a, Wet Nederlanderschap.

(2) Zie Hamaker, Het werkingsgebied van art. 6 AB, in *WPNR* 4988.

dat zij passeerbaar zijn, ook wanneer de in deze regels veronderstelde relevante feiten zich voordoen (blz. 181/182). Nu staat hoog genoteerd in de rangorde van waarden van ons systeem het internationale aspect van ons internationaal privaatrecht, de gedachte dat wij moeten trachten onze regels zo op te stellen, dat zij ook in een wereldrecht niet misplaatst zouden zijn (1); dit leidt ertoe bij hantering van de nationaal geformuleerde internationaal privaatrechtelijke regel zich af te vragen of zij internationaal gezien redelijk is, en bij ontkennende beantwoording van deze vraag de regel te corrigeren. Dit geldt eveneens met betrekking tot art. 6 AB en de Amsterdamse rechtbank heeft dan ook terecht gesuggereerd dat relativering van deze verwijzingsregel ook ten opzichte van Nederlanders mogelijk moet zijn. Het vasthouden aan toepassing van de Nederlandse wet op de echtscheidingsvordering tussen twee Nederlandse echtgenoten wier verhouding geheel in een ander land is ingebed is een nationale oplossing, die geen recht doet wedervaren aan de internationale aard van hun verhouding, welke juist gelegen is in de verbondenheid met de vreemde rechtssfeer.

Men kan hiertegen inbrengen dat hantering van het rechtssfeercriterium afbreuk doet aan de rechtszekerheid. Dit argument acht ik evenwel niet zwaarwegend. Allereerst zal in de meeste gevallen de rechtssfeer duidelijk aanwijsbaar zijn, in de vorm van een gemeenschappelijke nationaliteit die waarlijk wordt beleefd, of nog eerder een gemeenschappelijke woonplaats waar de echtgenoten zich volkomen 'thuis' gevoelen. Maar in de gevallen waarin dit niet zo is, gaat het juist erom een oplossing te vinden die zo goed mogelijk past in de 'soziale Umwelt' waarin het huwelijk en de verbreking van de huwelijksband zich hebben afgespeeld. De rechtszekerheid moge een rol spelen bij het vaststellen van de vermogensrechtelijke betrekkingen tussen echtgenoten; op het terrein van het huwelijksgoederenrecht kan het notariaat gebaat zijn bij vaste regels (2), bij een fenomeen als de echtscheiding ligt het accent mijns inziens anders. De echtscheiding zelf vormt een element van onzekerheid, in zoverre zij de zekere, in casu zelfs misschien slechts

(1) Dit geeft als richtsnoer de gemeenschappelijke toelichting op het ontwerp Eenvormige Wet, Brussel 1968, blz. 26.

(2) Hoewel zelfs daarover verschillend kan worden gedacht, getuige de discussies over het internationale huwelijksgoederenrecht op de jaarvergadering 1969 van de Koninklijke Broederschap der Notarissen in Nederland, met name de interventie van mr. Lubbers, Verslag blz. 16/17.

betrekkelijk zekere band van het huwelijk verbreekt. Zij vormt een diepe ingreep in menselijke verhoudingen, die niet alleen de echtgenoten zelf, maar hun hele gezin treft, en die zo menselijk en derhalve zo zorgvuldig mogelijk moet worden opgelost. Evenmin mag worden voorbijgegaan aan de samenhang tussen de opvatting omtrent het huwelijk en de mogelijkheid tot echtscheiding. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 254 oud, thans art. 149 BW, alsmede uit de behandeling van het wetsontwerp tot herziening van de bepalingen inzake echtscheiding komt deze samenhang naar voren; de verschillende opvattingen omtrent de betekenis van het huwelijk leiden tot verschillende appreciaties van de echtscheidingsmogelijkheid. (1) Bij de beoordeling van deze mogelijkheid dient men dan ook mede rekening te houden met de opvattingen die leven binnen de rechtssfeer waarin het huwelijk zich heeft afgespeeld, met name indien de gevolgen der huwelijksontbinding in belangrijke mate binnen die rechtssfeer voelbaar blijven. In dit licht bezien kan een verantwoorde keuze tussen de voor toepassing in aanmerking komende wetten niet geschieden door automatische aanknoping aan één hunner, maar wel door zorgvuldig uitzoeken van die wet waarvan de maatstaven leven voor de betrokken personen en waarvan de gevolgen passen in de maatschappelijke context waarbinnen het zwaartepunt van de verbreking der huwelijksband is gelegen. (2)

(1) Zie Voorduin, *Geschiedenis Nederlandse Wetboeken II*, blz. 435 e.v.; Tweede Kamer Zitting 1968-1969, nr. 10213; zie ook de overweging van Rb. Utrecht 29 april 1970, *Ass. Verz.* 147, op het voetspoor van oudere rechtspraak vermeld bij Eyl, a.w. blz. 12 en 14, ten gunste van toepassing van de gemeenschappelijke nationale wet, 'dat toch de gronden voor' (in casu) 'scheiding van tafel en bed ten nauwste samenhangen met de persoonlijke rechten en verplichtingen van partijen jegens elkander en dat deze rechten en verplichtingen naar Nederlands internationaal privaatrecht door de nationale wet der echtelieden worden beheerst'. (2) Consequente doorvoering van deze gedachtengang zou ertoe moeten leiden ook alle gevolgen der echtscheiding, althans voorzover zij binnen de 'rechtssfeer' tot uiting komen, door het recht van die rechtssfeer te doen beheersen. In de rechtspraak zijn evenwel verschillende gevolgen van de echtscheiding losgekoppeld en afzonderlijk aangeknoopt. Met name geldt dit de voorziening in het gezag over de minderjarige kinderen, welke aan de hand van de nationale wet geschiedt, waarbij niet steeds duidelijk is of deze wordt toegepast als nationale wet van de minderjarigen of als die van de vader, in geval deze nationaliteiten samenvallen; een moeilijkheid is daarbij gerezen met betrekking tot Italianen, wier recht geen echtscheiding kent; de rechtspraak heeft dan de bepalingen uit de Italiaanse wet inzake de gevolgen van scheiding van tafel en bed analogisch toegepast, vgl. Rb. Almelo 31 maart 1969, *Ass. krtmr.* 4973, en 29 november 1969,

Dezelfde gedachtengang moet ook de oplossing bepalen voor het geval men de relatie tussen de echtgenoten niet binnen een bepaalde rechtssfeer kan situeren. Insteede van terug te vallen op de *lex fori*, hetzij openlijk, hetzij met behulp van de fictie dat het forum-land de rechtssfeer vormt, zal de rechter dan goed eraan doen eerst te trachten de in de omstandigheden van het geval beste regeling te treffen door, inspiratie zoekend in de met de rechtsverhouding verbonden rechtsstelsels die voorzieningen tot stand te brengen die zo goed mogelijk de belangen van alle betrokkenen dienen. (1) Als de verschillende met de rechtsverhouding verbonden rechtsstelsels tot dezelfde resultaten leiden is dit eenvoudig en behoeft eigenlijk

Ass. krtmr. 5649, Rb. Alkmaar 25 september 1969, Ass. krtmr. 5384, Hof Den Bosch 17 maart 1970, NJ 1970, 230, alsmede Rb. Den Haag 10 november 1969, Ass. krtmr. 5448 t.a.v. een Spaans kind bij wie zich hetzelfde probleem stelt. Daarentegen heeft Rb. Amsterdam 31 oktober 1968, Ass. krtmr. 4774 (Grieks kind) en 4 november 1968, Ass. krtmr. 4771 (Italiaans kind) de voorziening in het gezag verricht overeenkomstig het Nederlandse 'rechtssfeer' recht. In al deze gevallen gaf overigens het belang van de minderjarige de doorslag voor de getroffen voorziening. T.a.v. hun alimentatie wordt als regel toegepast het recht van de gewone verblijfplaats van het kind; dit kan ertoe leiden dat de voorziening in het gezag en de alimentatie ieder aan een ander recht worden onderworpen; zo paste Rb. Zwolle 14 augustus 1969, Ass. krtmr. 5380, op de voogdijvoorziening t.a.v. Joegoslavische kinderen die, evenals hun ouders h.t.l. verbleven Joegoslavisch, op de alimentatie Nederlands recht toe. M.b.t. de gevolgen tussen de echtgenoten zelf blijft aparte motivering van het toepasselijke recht veelal achterwege; zo is in verschillende uitspraken na een op grond van Nederlands recht uitgesproken echtscheiding eveneens krachtens dit recht scheiding en deling van de huwelijksgemeenschap gelast (zie Lemaire's rechtspraakoverzicht in *WPNR* 5117), en hetzelfde geldt voor de alimentatie tussen echtgenoten; maar ook hierop zijn uitzonderingen, vgl. bijv. Rb. Maastricht 5 september 1968, Ass. krtmr. 4484 (echtscheidingsvordering tussen h.t.l. gevestigde Poolse echtgenoten beoordeeld naar Pools, alimentatievordering naar Nederlands recht), Rb. Amsterdam 18 juni 1970, Ass. krtmr. 6264 en 12 november 1970, Ass. krtmr. 6339 (echtscheiding wel, scheiding en deling niet naar Nederlands recht). De beruchte vraag, tenslotte, of na verkregen echtscheiding de bevoegdheid tot het aangaan van een nieuw huwelijk afzonderlijk moet worden getoetst aan betrokkenes nationale wet is ontkennend beantwoord in Rb. Amsterdam 30 mei 1961, HPS 1962, blz. 29, waarover Kolléwijn in *Tien Jaren*, blz. 49 c.v.; evenzo Rb. Alkmaar 1 februari 1968, HPS 1968, blz. 91, waarover De Winter in *WPNR* 5112. (1) Daarentegen acht Kokkini-Iatridou, a.w. blz. 63/64, toepassing van de *lex fori* in zulke gevallen, ondanks bezwaren toch de meest bevredigende oplossing; als in de tekst Franx in R. M. Themis 1966, blz. 156: 'Slechts in het uiterste geval passe de rechter de *lex fori* toe.'

geen keuze te worden gedaan. (1) Maar als deze rechtsstelsels onderling verschillen, zal een keuze moeilijk achterwege kunnen blijven. Daarbij kunnen bepaalde richtlijnen in acht genomen worden en het is dan ook van belang te trachten dergelijke richtlijnen te formuleren; maar men houde ruimte om met inachtneming van alle omstandigheden van het geval de in concreto best mogelijke oplossing te zoeken. Meer dan bij een trefzekere zijn betrokkenen gebaat bij een rechtvaardige vaststelling van de regels waaraan een zo ernstige ingreep in hun levensverhouding wordt onderworpen. Slechts wanneer hij geen betere uitweg ziet, zal de rechter dan ook pas terug mogen vallen op de *lex fori* als zodanig; hij blijve zich evenwel ervan bewust dat dit een verlegenheidsoplossing is!

9. In de opvatting dat een voor de Nederlandse rechter ingestelde echtscheidingsvordering niet uitsluitend door Nederlands recht hoeft te worden beheerst, maar dat er aanleiding bestaat deze in voorkomende gevallen aan vreemd recht te onderwerpen, rijst de vraag of niettemin het Nederlandse recht een zekere rol moet blijven spelen. In art. 1 van het Echtscheidingsverdrag, en in het voetspoor daarvan in art. 6 van het oorspronkelijke ontwerp voor een eenvormige Beneluxwet, is aan het eigen recht van de rechter een belangrijke rol toebedeeld gebleven: weliswaar wordt de echtscheidingsvordering in de eerste plaats onderworpen aan de betrokken nationale wet, maar een echtscheiding op grond van deze wet kan alleen dan worden uitgesproken, indien de feiten die aan de vordering ten grondslag liggen ook volgens de *lex fori* grond tot echtscheiding opleveren. In feite komt dit neer op cumulatie van de eisen die de nationale wet en de wet van de rechter, voor ons derhalve de Nederlandse wet stellen. Hiertegen rijst hetzelfde bezwaar als hierboven tegen het zuivere cumulatiestelsel is aangevoerd, te weten dat dan in feite die wet de doorslag geeft die de zwaarste eisen aan echtscheiding stelt, zodat de echtscheiding in het internationale rechtsverkeer extra wordt bemoeilijkt. Bovendien is, zeker onder het huidige Nederlandse echtscheidingsrecht moeilijk vol te houden dat het toewijzen van een echtscheidingsvordering op een niet-Nederlandse grond zozeker zou indruisen

(1) Inderdaad is in een aantal van zulke gevallen de keuze achterwege gebleven, zie *Inleiding Ass. Verz.* par. 11, A, en de daar vermelde uitspraken.

tegen onze opvattingen van zedelijkheid, dat zij strijdig zou zijn met onze internationaal privaatrechtelijke openbare orde. Het zou bijv. van hypocrisie getuigen te weigeren een echtscheiding uit te spreken op een echtscheidingsgrond van buitenlands recht welke bij stukgaan van het huwelijk ontbinding mogelijk maakt zonder dat de echtgenoten de comédie van een 'grote leugen' behoeven op te voeren! In de doctrine bestaat dan ook de neiging de grens ruimer te trekken en alleen een beroep op een niet-Nederlandse echtscheidingsgrond af te wijzen als zijnde in strijd met onze openbare orde, indien de vreemde wet in casu op kennelijk lichtvaardige gronden de huwelijksontbinding mogelijk maakt. (1) Als in de toekomst onder een nieuwe echtscheidingswetgeving de gronden tot echtscheiding in het Nederlandse recht worden verruimd, kan dit de ontwikkeling in deze richting vergemakkelijken.

De openbare orde kan derhalve een belemmering opwerpen tegen toepassing van buitenlands echtscheidingsrecht; omgekeerd kan zij ook leiden tot vergemakkelijking der echtscheiding, bijv. indien bezwarende voorwaarden die het vreemde recht aan de echtscheidingsvordering van één der echtgenoten verbindt, wegens hun discriminerend karakter als strijdig met de openbare orde buiten toepassing blijven. Zo maakt de Belgische wet onderscheid tussen door de vrouw en door de man gepleegd overspel. Door de vrouw gepleegd overspel vormt voor de man steeds een grond tot echtscheiding, door de man gepleegd overspel vormt voor de vrouw alleen een grond tot echtscheiding, indien de man zijn concubine in de echtelijke woning heeft doen verblijf houden; rechtbank Maastricht 11 januari 1968, *NJ* 1969, 64; *Ass. Verz.* 45, overwoog dat zij, bij toepassing van Belgisch recht deze regel op grond van de Nederlandse openbare orde buiten toepassing zou laten, omdat zij een schending inhoudt van de als grondbeginsel van het Nederlandse recht aanvaarde rechtsgelijkheid van man en vrouw. (2)

In de tweede plaats blijft het Nederlandse recht zijn rol behouden

(1) Zie Kollwijn in *Liber Amicorum François* blz. 173 e.v., en zijn commentaar op Rb. Den Haag 21 februari 1956, *NJ* 1957, 157, waarin het systeem van het Echtscheidingsverdrag en het toenmalig ontwerp Eenvormige Wet gevolgd werd, in *Tien Jaren* blz. 85 e.v.; Rb. Amsterdam 7 maart 1968, *Ass. Verz.* 49, weigerde een verstoting naar Marokkaans recht als echtscheidingsgrond te aanvaarden omdat zulks indruist tegen de Nederlandse openbare orde.

(2) Evenzo Kollwijn in zijn in de vorige noot vermeld commentaar op Rb. Den Haag, waarin op dit punt anders beslist werd.

met betrekking tot de procesvoering. Volgens gangbare opvatting blijft de rechter, ook al past hij op de materiële aspecten van de vordering vreemd recht toe, toch zijn eigen procesrecht toepassen. Met betrekking tot het internationale echtscheidingsrecht spitst dit onderscheid zich toe op de vraag of, ongeacht de toepasselijkheid van vreemd recht, het bewijs van de feiten die grond tot echtscheiding zouden opleveren, door het Nederlandse recht blijft beheerst. De leer dat het bewijsrecht als zijnde van procesrechtelijke aard in beginsel door de *lex fori* blijft beheerst ligt ten grondslag aan art. 20 (oorspronkelijk 24) van het ontwerp voor een eenvoudige Beneluxwet, maar is niet onomstreden gebleven. (1) Voor ons onderwerp zou de consequentie kunnen zijn dat, ook al zou het toepasselijke buitenlandse recht echtscheiding op grond van overspel alleen toelaatbaar achten als het overspel is bewezen, de Nederlandse rechter niettemin met de 'grote leugen' genoegen neemt. In lagere rechtspraak is inderdaad herhaaldelijk, ondanks toepasselijkverklaring van buitenlands recht, het gepleegd zijn van overspel aangenomen op grond dat dit niet is betwist of weersproken. (2) Terecht is hiertegen aangevoerd dat de rechter zodoende, ook al zegt hij buitenlands recht toe te passen, in feite de vordering aan Nederlands recht onderwerpt. (3) Immers, de betrokken bewijsregels zijn zo nauw met de materiële rechtsregels verweven, dat zij daarvan niet kunnen worden losgemaakt zonder dat de vreemde rechtsregels worden gedenatureerd. Als de rechter zegt vreemd recht toe te passen, moet hij dit ook zo goed mogelijk toepassen, wil hij niet in strijd komen met de zin van het internationaal privaatrecht en geen resultaat bereiken dat in een wereldrecht misstaat. In deze gedachtengang passen dan ook enige recente vonnissen van de rechtbank te Utrecht, waarin bij aan buitenlands recht onderworpen vorderingen tot echtscheiding op grond van overspel ook de vraag of erkenning, dan wel niet weerspreken, voldoende bewijs van het overspel geacht kon worden op te leveren aan de hand van het toepasselijke vreemde recht werd beantwoord. (4)

(1) Zie daarover Kosters-Dubbink, a.w. blz. 490, Lemaire, a.w. blz. 304.

(2) Zie *Inleiding Ass. Verz.* par. 12, en de daar vermelde uitspraken.

(3) Zie Kollwijn in *WPNR* 5013 ad Rb. Utrecht 21 december 1966, De Booy in *Studentenscripties* blz. 12 e.v.; anders Verheul in *NJB* 1969, blz. 969 e.v., Lemaire, a.w. blz. 154, De Winter in *WPNR* 5113.

(4) Zie vonnissen van 21 december 1966, *NJ* 1967, 392; *Ass. Verz.* 33; 12 juni 1968, *Ass. Verz.* 59; 27 november 1968, *Ass. Verz.* 83, en (impliciet) 21 januari 1970, *Ass. Verz.* 133; zo eveneens reeds Rb. Arnhem 23 juni 1949, *NJ* 1950, 358.

Een additioneel argument tot toepassing van de bewijsregels van het toepasselijke vreemde recht wordt gevormd door de overweging dat zulks de kans op erkenning van de echtscheiding in het betrokken land bevordert. Doch hiermee zijn wij aangeland bij de vragen betreffende de samenhang tussen het vraagstuk naar het toe te passen recht en de andere vraagstukken die zich bij internationale echtscheidingen voordoen; dit vormt de materie van het volgende hoofdstuk.

III *De samenhang tussen toe te passen recht, bevoegdheid en erkenning.*

10. Een fundamentele samenhang tussen het toe te passen recht en de rechterlijke bevoegdheid is hierin gelegen, dat de rechter vaststelt welk recht toepasselijk is aan de hand van de internationaal privaatrechtelijke opvattingen die in zijn forum heersen, zodat hij uitgaat van de verwijzingsregels die in zijn rechtsstelsel zijn geformuleerd dan wel verankerd liggen in verdragen die in zijn land van kracht zijn. Wanneer de Nederlandse rechter bevoegd is van een internationale echtscheidingsvordering kennis te nemen, betekent dit derhalve dat hij aan de hand van de internationaal privaatrechtelijke opvattingen en regels die in Nederland gelden vaststelt welk recht de vordering beheerst.

In zijn reeds eerder genoemde studie, blz. 4, heeft Eyl crop gewezen, dat in het algemeen een rechter aan wiens bevoegdheid in echtscheidingszaken strenge eisen worden gesteld, weinig neiging althans behoefte heeft een ander dan zijn eigen recht op de echtscheidingsvordering toe te passen. Als voorbeeld hiervan noemt hij het Engelse recht, waarin de jurisdictie van de rechter in internationale echtscheidingszaken strikt is afgebakend, maar waarin, als de rechter bevoegd is, geen ruimte wordt gevonden voor toepassing van ander dan eigen recht. Omgekeerd zou men verwachten dat bij een ruime competentieregeling een grotere bereidheid tot toepassing van vreemd recht zou bestaan, doch dit blijkt in de praktijk niet het geval te zijn: de aantrekkelijkheid van de Amerikaanse en Mexicaanse 'echtscheidingsparadijzen' is daarin gelegen, dat de rechter zeer gemakkelijk is te adiëren en zich over de vraag naar het toepasselijke recht niet bekommert! Ook in de Nederlandse rechtspraak is een dergelijk verband tussen bevoegdheid en toepasselijk recht niet gelegd: zo heeft het Hof te Den Haag bij arrest van 6 mei 1954, *NJ* 1954, 590, op wel zeer summiere gronden zich bevoegd

geacht van een vordering tot echtscheiding kennis te nemen, maar niettemin overeenkomstig de Boon-Schmidt leer uitsluitend het Nederlandse recht toegepast. (1) Maar ook het omgekeerde verband is niet gelegd; de strenge eisen die tot 1 januari 1970 aan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in echtscheidingszaken zijn gesteld, zijn bij mijn weten nimmer aangevoerd ter ondersteuning van de uitsluitende toepassing van de *lex fori* in de Boon-Schmidt leer. Bij het vaststellen van het toepasselijke recht heeft de regeling van de bevoegdheid derhalve in de Nederlandse rechtspraak geen aanwijsbare rol gespeeld.

Daarentegen heeft bij het bepalen van de omvang van de rechterlijke bevoegdheid in echtscheidingszaken de vraag welk recht toepasselijk zou zijn wel degelijk invloed uitgeoefend. Zo heeft de lagere rechtspraak het oude art. 262, lid 2, BW, waarin voor echtscheidingsvorderingen tussen Nederlandse echtgenoten het *forum actoris* werd opengesteld, eerst alleen voor de vrouw, sinds 1 januari 1957 voor beide echtgenoten, ruim geïnterpreteerd; ook indien alleen de vrouw de Nederlandse nationaliteit bezat, heeft de rechtspraak haar rechtsingang verleend, en kon zij van de Nederlandse rechter, in de Boon-Schmidt leer met uitsluitende toepassing van Nederlands recht, tegen haar niet-Nederlandse man echtscheiding verkrijgen. (2) De Hoge Raad heeft deze praktijk evenwel veroordeeld, en zich in zijn arresten van 24 januari 1958, *NJ* 1960, 68, en 29 november 1963, *NJ* 1964, 489; *Ass. Verz.* 11, gehouden aan de letter van het artikel, volgens hetwelk het *forum actoris* alleen openstaat als beide echtgenoten Nederlanders zijn. Deze beperking van de rechterlijke bevoegdheid kan mede zijn ingegeven door de overigens in genoemde arresten niet uitgesproken overweging, dat bij het aannemen van een ruime bevoegdheid van de Nederlandse rechter in echtscheidingszaken die gepaard zou gaan met uitsluitende toepassing van Nederlands recht, Nederland, gezien de gemakkelijke wijze waarop men hier te lande echtscheiding kan verkrijgen, een 'echtscheidingsparadijs' zou dreigen te worden; in de literatuur is dit althans als een gevaar gezien voor

(1) Zie hierover Eyl, a.w. blz. 5, en Kollwijn in *Tien Jaren*, blz. 83 e.v.; in casu betrof het een rondzwervende Amerikaan, die zich enige tijd in Nederland ophield.

(2) Zie Voskuil, *De internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter, in het bijzonder in zaken van echtscheiding en alimentatie*, prf.schr. Amsterdam 1962, blz. 127 e.v. en de daargenoemde rechtspraak en literatuur; Kollwijn in *Tien Jaren*, blz. 88 e.v.

uitbreiding van de jurisdictie. (1) Niettemin heeft de Nederlandse wetgever de internationale bevoegdheid in echtscheidingszaken sindsdien aanzienlijk uitgebreid. Sinds 1 januari 1970 is deze bevoegdheid krachtens art. 814 Rv. reeds gevestigd op de enkele grond dat beide echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezitten, ook al heeft geen hunner woon- of verblijfplaats hier te lande. (2) De tot dusver geldende beginselen van ons internationale bevoegdheidsrecht, waarin de nationaliteit op zichzelf ontoereikend was bevoegdheid te scheppen, maar in elk geval een territoriale verbondenheid vereist was, zijn hiermee doorbroken; daarentegen zijn zij gehandhaafd indien geen gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit aanwezig is. Bij gebreke van zulk een gemeenschappelijke nationaliteit bestaat er een forum rei, als gedaagde hier te lande gedurende zes maanden woonplaats heeft. Daarnaast bestaat er een forum actoris, mits eiser hier te lande gedurende twaalf maanden woonplaats heeft; is eiser evenwel Nederlander, dan wordt deze termijn tot zes maanden ingekort. Het forum actoris wordt derhalve thans ook verleend aan niet-Nederlandse echtgenoten. Het woonplaatscriterium is steeds opgevat in de zin die het interne Nederlandse recht eraan geeft; het zal derhalve thans moeten worden getoetst aan de maatstaven van art. 10 e.v. nieuw Boek 1 BW. (3)

11 • Een der argumenten voor de grondvesting van de rechterlijke bevoegdheid in echtscheidingszaken op het enkele feit dat beide echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezitten is, volgens de Toelichting op het desbetreffende wetsontwerp, dat hierin een waarborg is gelegen dat op een echtscheidingsvordering tussen

(1) Zie Voskuil, a.w. blz. 115, onder aanhaling van Kollwijn en De Winter.

(2) Relatief bevoegd is dan Rb. Den Haag, art. 814, l.l.; overigens zijn onder het nieuwe, i.t.t. het oude jurisdictierecht, de bepalingen inzake de relatieve competentie *niet* van openbare orde, en kunnen partijen een andere rechter adieren; voldoende is dat *een* rechter in Nederland bevoegd is, zie M.v.T., Ontwerp Invoeringswet nieuw Boek 1 BW, Kamerstuk 8436, blz. 26.

(3) Zie Struycken, *De gracieuze jurisdictie in het internationaal privaatrecht* (prfschr. Nijmegen), Deventer 1970, blz. 162, en de daar geciteerde rechtspraak, te beginnen bij HR 4 mei 1917, NJ 1917, 706.

Nederlandse echtgenoten Nederlands recht wordt toegepast.⁽¹⁾ Hier wordt derhalve een band gelegd tussen de bevoegdheidsregeling en het toe te passen recht en de verwachting omtrent het laatste bepaalt mede de competentiegrond. In het licht van het tot nu toe gevoerde betoog is dit argument van twijfelachtige waarde. Juist bij een ruime bevoegdheidsregeling als de onderhavige kan klakkeloze toepassing van Nederlands recht op in den vreemde gevestigde echtgenoten, met name als deze daar duurzaam zijn gevestigd, een averechtse uitwerking hebben, en gevolgen met zich meebrengen die geenszins in het belang van betrokkenen zijn. Dit zou eveneens het geval zijn als men met betrekking tot de andere in art. 814 Rv. geschapen competentiegronden eenzelfde band met het toe te passen recht zou willen leggen. Natuurlijk kan, en zal ook vaak de woonplaats waarop de rechter zijn competentie grondt deel uitmaken van een gemeenschappelijke woonplaats of een zwaarwegend element vormen bij het vaststellen van de rechtssfeer waarbinnen de verbreking van de huwelijksband zich afspeelt, maar dit hoeft niet steeds het geval te zijn. Daar komt bij dat, zoals aan het eind van de vorige paragraaf opgemerkt, de woonplaats als grondslag voor de rechterlijke competentie de in het BW geregelde woonplaats is, terwijl, zoals hierboven onder 6 uiteengezet, als aanknopingsfactor voor het vinden van het toepasselijke recht bij voorkeur de maatschappelijke woonplaats dient. In dit verband spreekt boekdelen de opmerking in het Voorlopig Verslag, dat een woonplaats van zes maanden hier te lande wel wat kort is om, zoals de Toelichting doet, van een verbondenheid met de Nederlandse samenleving te spreken.⁽²⁾

De maatstaven voor de vaststelling van enerzijds de 'compétence judiciaire', anderzijds de 'compétence législative' lopen dan ook uiteen. Indien voor de uitoefening van gracieuze jurisdictie door de Nederlandse rechter voldoende aanknopings met de rechtssfeer

(1) M.v.T. Ontwerp Invoeringswet nieuw Boek 1 BW, blz. 26. Hierin wordt, evenals in de wetstekst zelf, gesproken over de 'rechtsmacht' van de Nederlandse rechter; voor kritiek op deze terminologie zie Voskuil, Het ontwerp voor een artikel 814 Rv., in *WPNR* 4975/76, en de daar genoemde schrijvers, bij wie zich aansluit Bijleveld, *Erkenning van buitenlandse echtscheidingen*, Zwolle 1970, blz. 15; daarentegen heeft Struycken, a.w. passim, geen bezwaar tegen dit gebruik van de term.

(2) Tweede Kamer, Zitting 1966-'67, -8436, nr. 4, blz. 19/20; zie ook Lemaire, a.w. blz. 135/136.

van Nederland wordt geëist (1), wordt hiermee iets anders bedoeld dan met aanknoping aan de rechtssfeer bij de vaststelling van het toepasselijke recht. In het laatste geval gaat het erom die materieel-rechtelijke voorziening te treffen die zo goed mogelijk alle bij de rechtsverhouding betrokken belangen dient, in het eerste geval gaat het erom vast te stellen waar het belang van tussenkomst door de Nederlandse rechter zijn begrenzing vindt. Want om met Struycken, blz. 160/161, te spreken: 'Met de tussenkomst van een Nederlandse rechter moet steeds een sociaal belang, het algemeen belang in enig opzicht, worden gediend. Dit is', zo vervolgt hij, 'niet slechts het belang van een goede orde in het rechtsverkeer in Nederland, maar, ruimer, het belang van een goede privaatrechtelijke orde ongeacht de landsgrenzen voorzover Nederland aan de vestiging en de handhaving daarvan kan bijdragen. Het heeft zich te richten naar wat past in een goed geregelde "unité juridictionnelle du globe".' Het is duidelijk dat wij ons hier in een andere en ruimere 'rechtssfeer' bewegen dan wanneer wij treden in de rechtssfeer waarin de echtelijke verhouding is 'ingebed'.

Het zal eveneens duidelijk zijn dat, waar de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid zo ruim zijn getrokken als thans in het Nederlandse bevoegdheidsrecht, bij de keuze van het toepasselijke recht noch het verlenen van deze bevoegdheid noch de omvang ervan een rol mogen spelen. (2)

12. In zijn hierboven onder 11. vermelde uitspraken over de omvang van het forum actoris in art. 262, lid 2, oud BW, heeft de Hoge Raad nog een ander argument gebruikt ter rechtvaardiging van de beperking van dit forum tot echtscheidingsvorderingen tussen echtgenoten die beide Nederlander zijn, te weten dat anders de echtscheiding in het betrokken vreemde land niet wordt erkend, en derhalve een hinkend huwelijk of *matrimonium claudicans* ont-

(1) Zie over de, negatieve, formulering van deze eis in art. 429a Rv., Struycken, a.w. blz. 160.

(2) In de Duitse literatuur wordt wel de omgekeerde afhankelijkheid verdedigd, nl. dat, met name bij de gracieuze jurisdictie het toepasselijke recht de bevoegdheid zou bepalen, hetgeen betekent dat de Nederlandse rechter alleen bevoegd zou zijn bij toepasselijkheid van Nederlands materieel recht, maar zich onbevoegd zou moeten verklaren indien hij vreemd materieel recht zou moeten toepassen, zie over deze 'Gleichlauf' en de kritiek erop Struycken, a.w. blz. 164 e.v., Schwimann, *Internationale Zuständigkeit im Abhängigkeit von der Lex causae?*, in *Rabels' Zeitschrift* 1970, blz. 202 e.v., en de door hem geciteerde schrijvers.

staat, doordat de echtgenoten hier te lande als gescheiden, maar in het betrokken vreemde land nog als gehuwd worden beschouwd. Hier wordt de samenhang in het licht gesteld tussen rechterlijke bevoegdheid en erkenning van de uitspraak elders, maar tevens impliciet de samenhang met het toe te passen recht. Bij verruiming van de bevoegdheid, gepaard met uitsluitende toepassing van de *lex fori*, is het gevaar van niet-erkenning elders groter dan wanneer de rechter, bij een ruime aanvaarding van jurisdictie, zorgvuldig nagaat welk recht voor toepassing het meest in aanmerking komt. Juist in dit licht bezien is het argument ten gunste van de enkele fundering van de rechterlijke bevoegdheid op de gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit der echtgenoten, dat dan toepassing van Nederlands recht op de echtscheidingsvordering is gewaarborgd misleidend; immers, als het huwelijk in het betrokken vreemde land was ingebed, bestaat de kans dat de hier te lande uitsluitend aan de hand van Nederlands recht uitgesproken echtscheiding in dat vreemde land niet wordt erkend. (1)

In de Nederlandse rechtspraak is de uitoefening van een door de wet verleende bevoegdheid niet afhankelijk gesteld van de vooruitzichten omtrent al of niet-erkenning van de eigen uitspraak in het vreemde land waar zij in het bijzonder bestemd is te werken. (2) Wel heeft de Nederlandse rechter soms, bij de toepassing van het vreemde recht de erkenningsmogelijkheid in het vreemde land mede in aanmerking genomen. De kans op erkenning elders van een hier te lande uitgesproken echtscheiding kan mede van invloed zijn op de vaststelling van het toepasselijke recht; zij vormt ook een argument om, als vreemd recht wordt toegepast dit zo goed mogelijk toe te passen. In dit verband herinnere men zich de hierboven onder 9 vermelde rechtspraak, waarin ook het bewijs dat de aangevoerde echtscheidingsgrond aanwezig was onder de regels van het

(1) Zie over het gevaar van niet-erkenning i.v.m. de toepassing van Nederlands recht reeds het hierboven onder 2 geciteerde vonnis Rb. Leeuwarden, alsmede Voskuil in *WPNR* 4976 en de door hem geciteerde schrijvers.

(2) Rb. Den Haag 27 juni 1955, NJ 1956, 170, trachtte in een dergelijk geval door niet-ontvankelijkverklaring van de eis aan het gevaar van niet-erkenning te ontkomen (vernietigd Hof Den Haag 30 november 1955, NJ 1956, 435, zie Kolléwijn in *Tien jaren*, blz. 83 e.v.). Een dergelijke afhankelijkheid bestaat in het Duitse recht: de internationale bevoegdheid op de grondslag van de gewone verblijfplaats van één der echtgenoten is bij een echtscheidingsvordering tussen twee vreemdelingen mede daarvan afhankelijk dat de uitspraak in het nationale land van de man wordt erkend, par. 606b *Zivilprozessordnung*.

toepasselijk geachte vreemde recht werd gebracht; één van de argumenten daarvoor was de kans op erkenning in het betrokken vreemde land. (3) Typerend is in dit verband ook een vonnis van de rechtbank te Utrecht van 21 augustus 1968, *Ass. Verz. 68*, waarin echtscheiding op grond van overspel werd uitgesproken tussen twee Britten, die in Schotland gehuwd en hier te lande woonachtig waren. De rechtbank laat in het midden welk recht toepasselijk is, nu zowel naar Engels, Schots als Nederlands recht overspel grond tot echtscheiding oplevert, maar behandelt het bewijs van het overspel op een wijze die sterk aan de Engelse en Schotse praktijk doet denken, kennelijk om de kans op erkenning aldaar te bevorderen. In het algemeen kan men stellen dat, ook al eist de vreemde rechter niet dat de Nederlandse rechter op de echtscheidingsvordering dat recht heeft toegepast dat hijzelf zou hebben toegepast als hij tot het uitspreken van de echtscheiding zou zijn geroepen, toch naarmate de verhouding tussen de echtgenoten minder met de Nederlandse en meer met de betrokken vreemde rechtssfeer is verbonden, de vraag welk recht op de vordering is toegepast een grotere rol zal spelen bij het overwegen door de vreemde rechter of hij de door de Nederlandse rechter uitgesproken echtscheiding al dan niet kan erkennen. Wil hij hinkende rechtsverhoudingen voorkomen – en het creëren van zulke verhoudingen strijdt met één der doelstellingen van het internationaal privaatrecht, te weten om internationale rechtskwesties zo harmonisch mogelijk tot oplossing te brengen – dan zal de rechter bij de vaststelling van het toepasselijke recht dit erkenningsaspect niet uit het oog mogen verliezen.

13. Tegenover de vraag naar de erkenning van een in Nederland uitgesproken echtscheiding in den vreemde staat de vraag naar de erkenning van een elders uitgesproken echtscheiding hier te lande. Op dit punt is de ontwikkeling bepaald door de opvatting van de Hoge Raad dat art. 6 AB op de erkenning hier te lande van buitenlandse echtscheidingen van invloed is, althans wanneer het een echtscheiding tussen twee Nederlandse echtgenoten betreft. In zijn

(3) Zie de Franse Cour de Cassation 7 mei 1958 (Chambres réunies) en 17 juni 1958 (ch. civ.), *Rev. crit.* 1958, blz. 736 e.v.; weigering tot erkenning van een in Guatemala tussen twee Fransen uitgesproken echtscheiding op de enkele bekenenis van overspel, terwijl het (nationale) Franse recht het bewijs ervan verlangt; instemmend Franceskakis in zijn noot onder het arrest, Batiffol, a.w. nr. 707.

arrest van 24 november 1916, W 10098; *NJ* 1917, 5. overweegt ons hoogste rechtscollege dat genoemd artikel aan Nederlandse echtgenoten de bevoegdheid verleent om voor een competente buitenlandse rechter een echtscheidingsvordering in te stellen die is gebaseerd op feiten welke naar Nederlands recht grond tot echtscheiding kunnen opleveren. Op deze grond werd in het betrokken geval de door de rechter te New York wegens overspel tussen Nederlandse echtgenoten uitgesproken echtscheiding hier te lande erkend. Sindsdien is het vaste rechtspraak dat een door een bevoegde buitenlandse rechter uitgesproken echtscheiding in beginsel hier te lande erkend kan worden. (1) Daarbij wordt zijn bevoegdheid niet afgemeten naar de Nederlandse bevoegdheidsregels, en wordt niet als eis gesteld dat de Nederlandse rechter, had een soortgelijk geval zich in Nederland afgespeeld, ook bevoegd zou zijn geweest; zijn bevoegdheid wordt getoetst aan internationaal privaatrechtelijke maatstaven, of zoals in de literatuur aangeduid, de criteria op grond waarvan de vreemde rechter zich bevoegd heeft verklaard moeten door de meerderheid der rechtstelsels aanvaard worden als basis voor een internationale competentie in echtscheidingszaken. (2) Is de bevoegdheid van de vreemde rechter op een dergelijk criterium gebaseerd, dan kan erkenning van zijn uitspraak niettemin geweigerd worden als zij niet op regelmatige wijze tot stand is gekomen, bijv. doordat gedaagde niet behoorlijk was opgeroepen en/of geen behoorlijke procesvoering heeft plaats gevonden; ook is erkenning wel geweigerd omdat dit zou indruisen

- (1) Daarentegen is in sommige rechtstelsels exclusieve bevoegdheid t.a.v. eigen onderdanen opgeëist, met als consequentie niet-erkenning van over hen in den vreemde uitgesproken scheidingen; Makarov, *Grundriss des internationalen Privatrechts*, Frankfurt a/d Main 1970, blz. 153, noemt als zodanig nog slechts Hongarije en Turkije; in Frankrijk is een dergelijke bevoegdheid onder bepaalde omstandigheden gebaseerd op de artt. 14 en 15 Code civil, vgl. Batiffol, a.w. nr. 718/750. (2) Vgl. Kokkini-Iatridou en Verheul, *Les effets des jugements et sentences étrangers aux Pays-Bas*, in *Netherlands Reports VIIIth International Congress of Comparative Law*, Deventer 1970, blz. 130 c.v., m.n. blz. 155; in de rechtspraak wordt echter veelal nagelaten nader aan te geven wat onder 'bevoegd' moet worden verstaan, en een systeem van criteria kan niet eruit worden afgeleid, zie *Inleiding Ass. Verz.* par. 14 (II) en de daar vermelde uitspraken.

tegen onze internationaal privaatrechtelijke openbare orde. (3)
In het arrest van 1916 ligt besloten, dat ten aanzien van Nederlandse echtgenoten de buitenlandse echtscheiding hier te lande niet kan worden erkend, als zij niet berust op feiten die ook naar Nederlands recht grond tot echtscheiding zouden opleveren. Met betrekking tot een tussen Nederlandse echtgenoten uitgesproken echtscheiding controleert de Hoge Raad derhalve het door de vreemde rechter toegepaste recht; als dit tot een ander resultaat geleid heeft dan met hantering van het krachtens de Nederlandse verwijzingsregel toepasselijke recht zou zijn bereikt, kan de echtscheiding hier te lande niet erkend worden.

Deze samenhang tussen erkenning en toepasselijk recht bij in het buitenland tussen Nederlandse echtgenoten uitgesproken echtscheidingen is in recente rechtspraak bevestigd; in twee soortgelijke gevallen weigerde de Hoge Raad, in zijn arresten van 4 maart 1965, *NJ* 1965, 135; *Ass. Verz.* 22, en 26 september 1969, *NJ* 1970, 195; *Ass. Verz.* 121, erkenning van een tussen Nederlandse echtgenoten in Zuid-Afrika op een niet-Nederlandse grond uitgesproken echtscheiding. In beide gevallen werd een beroep op bijzondere omstandigheden, die een uitzondering op de regel zouden rechtvaardigen, afgewezen. In de lagere rechtspraak is wel gezocht naar mogelijkheden onder deze regel uit te komen voor het geval dat door de niet-erkenning een definitief matrimonium claudicans dreigde te worden geschapen; dit was onder de oude jurisdictieregel van art. 262, lid 2, BW het geval, indien één der echtgenoten na de uitspraak de nationaliteit verwierf van het land waar de echtscheiding was uitgesproken. De duidelijke uitspraak van de Hoge Raad, dat het forum actoris van genoemd artikel alleen openstond indien beide echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezaten, beroofde in zo'n geval de Nederlands gebleven echtgenoot van een forum hier te lande, terwijl een nieuwe echtscheidingsvordering in het betrokken vreemde land geen kans van slagen zou hebben, omdat daar immers reeds op vordering van de andere echtgenoot de

(3) Vgl. Kokkini-Iatridou en Verheul, a.w. blz. 157 e.v., die overigens de toetsing aan de openbare orde in die aan de procesvoering doen opgaan, evenzo *Inleiding Ass. Verz.* par. 17; in de rechtspraak is met name strijd met de openbare orde aangenomen als gedaagde het recht van wederhoor niet heeft kunnen uitoefenen doordat eiser ervoor zorg gedragen heeft dat zij van het geding onkundig bleef, zie bijv. Hof Den Haag 23 maart 1967, *NJ* 1968, 404; *Ass. Verz.* 37 (de eisende man had de Indonesische rechter opzettelijk valse voorlichting gegeven omtrent de verblijfplaats van de vrouw).

echtscheiding was uitgesproken. (1) In al deze gevallen is thans, onder vigeur van het jurisdictierecht in art. 814 Rv., een forum actoris hier te lande aanwezig. In dit opzicht is derhalve de ratio aan deze pogingen tot ontsnapping aan de gestelde regel ontvallen.

14. Met betrekking tot de erkenning van in het buitenland uitgesproken echtscheidingen tussen echtgenoten van wie slechts één de Nederlandse nationaliteit bezit, heeft de rechtspraak daarentegen minder moeite gehad zich aan de werking van art. 6 AB te onttrekken. Hetzelfde geldt voor het geval waarin weliswaar een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit aanwezig is, maar één der echtgenoten – als regel de vrouw, die door haar huwelijk met een Nederlandse man krachtens het tot 1 maart 1964 geldende Nederlandse nationaliteitsrecht tengevolge van dat huwelijk automatisch de Nederlandse nationaliteit verwierf – daarnaast in het bezit is gebleven van een vreemde nationaliteit. In deze gevallen van dubbele nationaliteit van één der echtgenoten, heeft de rechter wel nagegaan met welk van de twee landen waarvan de betrokken echtgenoot de nationaliteit bezat deze het nauwst was verbonden. Bleek dit de vreemde nationaliteit te zijn, dan werd de Nederlandse nationaliteit verwaarloosd en het echtpaar met betrekking tot de vraag of hun in het buitenland uitgesproken echtscheiding hier te lande erkenning kon vinden gelijkgesteld met een echtpaar waarvan slechts één der echtgenoten de Nederlandse nationaliteit be-

(1) De rechtspraak is verschillende wegen uitgegaan: toch erkenning met argument dat een hinkende rechtsverhouding in strijd zou zijn met de openbare orde (Rb. Amsterdam 21 maart 1961, NJ 1961, 300), aanneming van bevoegdheid uit noodzaak om alsnog echtscheiding te kunnen uitspreken (Rb. Utrecht 7 mei 1960, *Ass. Verz.* 103), niet relevant achten voor de toetsing aan art. 6 AB het tijdstip van de echtscheiding, maar dat van het verzoek tot erkenning, waarop geen gemeenschappelijke nationaliteit meer aanwezig was (Rb. Den Haag 30 september 1969, NJ 1970, 74; *Ass. Verz.* 123; anders dezelfde Rb. 19 mei 1969, bevestigd HR 26 september 1969, hierboven genoemd, alsmede Rb. Haarlem 29 oktober 1968, NJ 1969, 109; *Ass. Verz.* 80, en Rb. Rotterdam 8 juli 1970, *Ass. krtmr.* 6049; zie ook Deelen in *NTIR* 1969, blz. 413 e.v.); vgl. Kokkini-Iatridou en Verheul, a.w. blz. 161 e.v.

zat. (1) De Hoge Raad heeft deze rechtspraak bevestigd in zijn arrest van 9 december 1965, *NJ* 1966, 378; *Ass. Verz.* 24: de ontbinding door de bevoegde Noorse autoriteit van het in Noorwegen gesloten huwelijk tussen een Nederlandse man en een Noorse vrouw die door dit huwelijk de Nederlandse nationaliteit verwierf, maar haar Noorse nationaliteit had behouden, kon hier te lande worden erkend, als de Noorse nationaliteit de effectieve nationaliteit van de vrouw zou blijken te zijn. Dit bleek het geval te zijn, nu het echtpaar in Noorwegen woonachtig was geweest en de vrouw daar tijdens en na de huwelijksontbinding was blijven wonen. (2) Het standpunt van de Hoge Raad komt hierop neer, dat art. 6 AB alleen van toepassing is indien beide echtgenoten uitsluitend de Nederlandse nationaliteit bezitten, maar dat in gevallen waarin slechts één der echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezit en in daarmee gelijk te stellen gevallen waarin weliswaar beide echtgenoten de Nederlandse, maar daarnaast één hunner ook nog een vreemde nationaliteit bezit en deze laatste voor de betrokken echtgenoot de effectieve nationaliteit vormt, de echtscheiding, verkregen in het land waarmee de niet-Nederlandse echtgenoot door nationaliteit en woonplaats is verbonden, hier te lande mocht worden erkend. Hiermee bevestigt de Hoge Raad de regel van het 'fait accompli' door Kollewijn ontwikkeld voor dergelijke gevallen: erkenning van de echtscheiding verkregen in het land waarvan één der echtgenoten onderdaan is en waar hij tevens woont. (3) Opvallend is dat daarbij de vraag naar het door de vreemde rechter toegepaste recht niet aan de orde is gekomen; in de Noorse echtscheidingszaak stelde de Hoge Raad, voor het geval art. 6 AB niet toepasselijk mocht blijken, als enig criterium voor erkenning: waar is de echtscheiding verkregen?

(1) Voor na te noemen arrest van de HR werd de erkenning ook wel hiermee gemotiveerd dat de t.a.v. de vreemde echtgenoot krachtens diens nationale recht verkregen echtscheiding h.t.l. moest worden erkend, maar dat dit dan ook t.a.v. de Nederlandse echtgenoot moest geschieden, mede omdat het in strijd met de openbare orde zou zijn door niet-erkenning t.a.v. deze echtgenoot een hinkend huwelijk te creëren; zie *Inleiding Ass. Verz.* par. 15 (II) en de daar vermelde uitspraken; kritiek op deze motiveringen en alternatieve oplossingen bij Kollewijn in *Tien Jaren*, blz. 113 e.v., en De Winter, Buitenlandse echtscheidingen, in *HPS* 1964, blz. 85 e.v.

(2) Hof Amsterdam 7 januari 1966, *HPS* 1966, blz. 23; *Ass. Verz.* 25.

(3) Voor het eerst gesteld ad Rb. Almelo 23 mei 1956, *NJ* 1957, 29, en in latere commentaren uitgewerkt, zie *Tien Jaren* blz. 113 e.v., *WPNR* 4887, 4924, en 4978, zie ook Deelen in *NTIR* 1967, blz. 296 e.v.

In lagere rechtspraak zijn ook echtscheidingen erkend, die weliswaar niet waren verkregen in het land waarmee de niet-(effectief) Nederlandse echtgenoot door nationaliteit en woonplaats was verbonden, maar wel in dat land erkenning deelachtig werden. (1) Ook deze rechtspraak heeft de Hoge Raad bevestigd in zijn arrest van 24 mei 1968, *NJ* 1968, 300; *Ass. Verz.* 58. Het betrof het huwelijk tussen een Nederlandse en een Amerikaan, gesloten in laatstgenoemde's woonstaat Indiana. Reeds tijdens de huwelijksreis bleek hun huwelijk tot mislukking te zijn gedoemd, en op weg door Mexico wendden zij zich beide in persoon tot de rechter te Juarez, die binnen vierentwintig uur de echtscheiding had uitgesproken op grond van onverenigbaarheid van karakters. Toen de vrouw later hier te lande wilde hertrouwen weigerde de ambtenaar van de Burgerlijke Stand genoegzaamverklaring der stukken, en de rechtbank te Dordrecht viel hem hierin bij. De Hoge Raad was evenwel van mening, dat de rechtbank had moeten onderzoeken of de vrouw op het tijdstip waarop de echtscheiding was uitgesproken nog in Nederland woonde, omdat alsdan 'de door de Mexicaanse rechter uitgesproken echtscheiding hier te lande niet zou mogen worden erkend, aangezien de Nederlandse openbare orde niet toelaat dat echtgenoten van wie althans één nauwe banden met Nederland heeft – hetgeen met verzoekster het geval zou zijn bij het samengaan van nationaliteit en woonplaats – door zich vrijwillig te onderwerpen aan de rechtsmacht van een buitenlandse rechter diens rechtsmacht terzake van een echtscheidingsvordering vestigen'. Zou dit niet het geval zijn, maar zou de vrouw op het tijdstip van de uitspraak in Indiana gewoond hebben, dan zou erkenning van de in Mexico uitgesproken echtscheiding in Indiana meebrengen dat de echtscheiding ook in Nederland moet worden erkend. En dit zou ook zo zijn indien de vrouw weliswaar haar woonplaats in Nederland had verloren, maar geen nieuwe woonplaats in Amerika had verkregen, 'omdat zij ook dan door haar huwelijk gesloten met een Amerikaan in Amerika, die daar woonde, de nauwste banden met Amerika had en erkenning aldaar van

(1) Vgl. bijv. Rb. Amsterdam 21 maart 1961, *NJ* 1961, 300, en 2 november 1962, *NJ* 1963, 33, waarover Kolléwijn in *Tien Jaren*, blz. 119 e.v. en 124.

het Mexicaanse vonnis ook voor Nederland beslissend zou zijn'. (1) Ook in dit geval acht de Hoge Raad klaarblijkelijk de vraag naar het toegepaste recht irrelevant, en is enig criterium voor erkenning hier te lande: waar is de echtscheiding reeds erkend? Noch volgens Nederlandse noch volgens Amerikaanse opvattingen was de Mexicaanse rechter bevoegd de echtscheiding uit te spreken, maar – zo zou de weergave van 'sHogen Raads gedachtengang kunnen luiden – als de banden met Amerika de nauwste zijn en de rechter aldaar bevoegd zou zijn geweest tot het uitspreken van de echtscheiding moet deze, als zij in de betrokken deelstaat als geldig wordt beschouwd, ook hier te lande als ware zij bevoegdelijk uitgesproken worden erkend. (2)

15. De in de arresten van de Hoge Raad geconstateerde verschuiving van toetsing van de vreemde echtscheiding aan het toegepaste recht naar de enkele toetsing van de bevoegdheid van de rechter die de uitspraak heeft gedaan is in de lijn van de internationale ontwikkeling op het stuk van erkenning van vreemde echtscheidingen; ook het Haagse ontwerp-verdrag inzake de erkenning van echtscheidingen en scheidingen van tafel en bed, waarvan de tekst op 26 oktober 1968 door de elfde zitting van de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht is vastgesteld, heeft een dergelijke

(1) Zie over dit arrest Struycken, Het Mexicaanse avontuur van de Hoge Raad, in *HPS* 1968, blz. 49 e.v., die de erkenning van de echtscheiding uit den boze vindt; daartegen Bijleveld, a.w. blz. 18 e.v., die (blz. 26) ook de restrictie verwerpt die de HR t.a.v. de erkenning nog maakt voor geval de vrouw in Nederland zou hebben gewoond, welke restrictie daarentegen wordt onderschreven door De Winter in *WPNR* 5114; in een soortgelijk geval (Nederlands-Amerikaans echtpaar, gevestigd te New York, verkrijgt echtscheiding in Mexico, die te New York wordt erkend) erkende ook Rb. Amsterdam 12 maart 1969, NJ 1969, 453; *Ass. Verz.* 93, de echtscheiding.

(2) T.a.v. erkenning van een echtscheiding tussen twee vreemdelingen uitgesproken bestaat weinig rechtspraak, zie daarover Kokkini-Iatridou en Verheul, a.w. blz. 169 e.v., De Winter in *WPNR* 5114; over het algemeen zijn deze echtscheidingen erkend indien genoegzame verbondenheid aanwezig kon worden geacht met het land waar zij waren uitgesproken, of indien zij erkend waren in het land waartoe beide echtgenoten, bijv. door gemeenschappelijke nationaliteit behoorden, zie *Inleiding Ass. Verz.* par. 15 (III) en de daar vermelde uitspraken.

verschuiving tot uitgangspunt. (1) In dit ontwerp wordt, behoudens de eisen aan een behoorlijke procesgang te stellen (art. 8), en behoudens het voorbehoud van kennelijke strijd met de openbare orde in het land waar erkenning wordt gevraagd (art. 10), als enige eis voor erkenning gesteld dat de rechter of andere autoriteit die de scheiding heeft uitgesproken bevoegd was in de zin van het verdrag. (2) Een door een in deze zin bevoegde rechter in een verdragsstaat uitgesproken scheiding dient in de andere verdragsstaten te worden erkend, onverschillig welk recht die rechter toegepast heeft. Volgens de toelichting (blz. 21), is dit in overeenstemming met de tendens in het recente verdragenrecht op het stuk van erkenning van vreemde vonnissen en vormt het 'un sérieux progrès sur le droit commun de la plupart des pays'. (3) Het verdrag behelst een uitdrukkelijk verbod de erkenning te weigeren omdat volgens het recht van de rechter aan wie erkenning gevraagd wordt in het betrokken geval geen grond tot scheiding aanwezig zou zijn geweest, dan wel omdat een ander recht is toegepast dan volgens de verwijzingsregels van dat forum toegepast had moeten worden (art. 6).

De enige uitzondering die de tekst van het verdrag zelf hierop toelaat bestaat in de mogelijkheid erkenning van een echtscheiding (niet van een scheiding van tafel en bed) te weigeren als deze is uitgesproken tussen echtgenoten die op het tijdstip van de uitspraak uitsluitend onderdanen waren van Staten welke wet geen echtscheiding kent (art. 7); dit opent derhalve de mogelijkheid erkenning te weigeren van een echtscheiding uitgesproken tussen Spaanse echtgenoten of tussen echtgenoten van wie de één de Spaanse, de ander de Braziliaanse nationaliteit bezit. Andere uitzonderingen

(1) *Trbl.* 1969, 94; *Actes et documents de la onzième session*, Tome II, Divorce, Den Haag 1970. Daarnaast verdient aandacht het door de leden van de Commission internationale de l'Etat civil (CIEC) op 8 september te Luxemburg onder tekende ontwerp-verdrag inzake de erkenning van uitspraken met betrekking tot de huwelijksband, tekst in *Actes et doc.* blz. 86 e.v.; CIEC, *Statuts et conventions*, Nr. 11, blz. 65 e.v.

(2) Wel kan volgens art. 9 erkenning worden geweigerd indien daardoor strijd zou ontstaan met een eerdere uitspraak gedaan of erkend in het land waar erkenning van de latere uitspraak wordt gevraagd.

(3) Nog verder gaat het CIEC-ontwerp, dat geen criteria omtrent de rechterlijke bevoegdheid bevat, en toetsing aan de criteria omtrent de bevoegdheid uit het i.p.r. van de Staat waar erkenning gevraagd wordt alleen toestaat indien beide echtgenoten onderdaan zijn van die Staat (art. 2).

kunnen alleen ontstaan doordat een verdragsstaat een uitdrukkelijk voorbehoud maakt. Het verdrag bevat een uitputtende opsomming van de voorbehouden die een Staat, uiterlijk bij bekrachtiging of aanvaarding van het verdrag, kan maken. Als eerste voorbehoud wordt een verdragsstaat toegestaan zich de mogelijkheid te scheppen erkenning te weigeren van een scheiding uitgesproken tussen echtgenoten die op het tijdstip van de uitspraak uitsluitend onderdanen van die Staat waren, indien op de scheidingsvordering een ander recht is toegepast dan volgens het eigen internationaal privaatrecht toegepast had moeten worden, tenzij ook in dat geval hetzelfde resultaat zou zijn bereikt (art. 19, onder 1). Door het maken van dit voorbehoud zou Nederland echtscheidingen uitgesproken tussen uitsluitend Nederlandse onderdanen kunnen blijven toetsen aan het Nederlandse recht. (1)

Het ontwerp geeft aan op welke grond de rechter in een verdragsstaat zijn bevoegdheid moet hebben gebaseerd, opdat andere verdragsstaten tot erkenning van de door hem uitgesproken scheiding verplicht zijn (art. 2). Hier is derhalve een poging gedaan internationale maatstaven voor de toetsing van 's rechters bevoegdheid aan te leggen. Uitgangspunt is, dat er op het tijdstip van de uitspraak 'entre l'Etat d'origine de la décision et les époux un rattachement sérieux' moet zijn geweest. (2) De bevoegdheidsgronden van art. 814 Rv. voldoen aan de criteria van het ontwerp. Het ontwerp aanvaardt de bevoegdheid van het forum rei in de vorm van de rechter van de gewone verblijfplaats van gedaagde, zonder zelfs, zoals art. 814 doet, een minimumduur voor dit verblijf te stellen. Het aanvaardt ook de bevoegdheid van het forum actoris in de vorm van de rechter van de gewone verblijfplaats van eiser,

(1) In het CIEC-ontwerp - dat overigens evenmin toetsing van het toegepaste recht toelaat - wordt deze mogelijkheid daarentegen aan alle verdragstaten gegeven (art. 3), zonder dat een uitdrukkelijk voorbehoud behoeft te worden gemaakt. Dit was ook het geval in het oorspronkelijke Haagse ontwerp; in een later stadium vond een voorstel aanhang deze mogelijkheid geheel uit te sluiten, maar op Nederlandse aandrang heeft men tenslotte toch het maken van een voorbehoud terzake toegelaten, zie Commentaar voor-ontwerp, *Actes et doc.* blz. 72.

(2) Uitspraak van rapporteur Bellet, *Actes et doc.* blz. 109. Deze band moet hebben bestaan op het tijdstip van de uitspraak; men heeft geen genoegen willen nemen met de aanwezigheid van deze band enkel op het tijdstip van het verzoek tot erkenning, omdat men vreesde hierdoor tussentijdse manipulaties uit te lokken met het oogmerk zulk een band te creëren, zie Commentaar voor-ontwerp, *Actes et doc.* blz. 59; ook de nationaliteit als aanknopingsfactor i.v.m. het voorbehoud van art. 19 is gefixeerd op het tijdstip van de uitspraak, idem blz. 132.

mits dit verblijf tenminste één jaar heeft geduurd onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip waarop de vordering is ingesteld; indien nationaliteit en gewone verblijfplaats van eiser samenvallen wordt evenwel in het geheel geen minimumduur voor dit verblijf voorgeschreven. Ook aanvaardt het ontwerp de bevoegdheid van de rechter op de enkele grond dat beide echtgenoten onderdaan van de forum-Staat zijn. Evenmin als onze wetgever hebben de opstellers van het verdrag de bevoegdheid van de rechter willen aanvaarden op de enkele grond dat beide echtgenoten zich vrijwillig aan diens oordeel hebben onderworpen; een op een dergelijke bevoegdheidsgrond gebaseerde uitspraak verplicht derhalve niet tot erkenning. (1) Het verdrag verbiedt evenwel de erkenning van zulk een uitspraak niet, want het bepaalt alleen in welke gevallen de rechter in een verdragsstaat tot erkenning verplicht is, maar het laat hem in andere gevallen vrijheid tot al dan niet erkenning daarvan. De mogelijkheid die de Hoge Raad in de Mexicaanse echtscheidingszaak aangaf tot erkenning, onder bepaalde omstandigheden, van een op genoemde bevoegdheidsgrond gevestigde uitspraak laat het verdrag derhalve onverlet.

16. De verruiming van de mogelijkheid tot erkenning van in het buitenland tot stand gekomen echtscheidingen, die door de Hoge Raad in zijn arresten inzake de Noorse en Mexicaanse echtscheidingen is teweeggebracht, is geschied onder vigeur van het oude jurisdictierecht, waarin de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in echtscheidingszaken eng was begrensd; deze beperkte mogelijkheid voor de Nederlandse rechter om van een echtscheidingsvordering kennis te nemen, vroeg om een ruime mogelijkheid tot erkenning van in den vreemde totstandgekomen echtscheidingen. (2) Nu de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in echtscheidingszaken aanzienlijk is verruimd, is dit argument aan de voorstanders van een soepel erkenningsbeleid ontvallen. De internationale tendens, zoals deze in het Haagse ontwerp-verdrag tot uiting komt, blijft evenwel een krachtig argument ten gunste van voortzetting van de op gang gekomen versoepeling vormen. Een verharding van het erkenningsbeleid, in de vorm van een strengere

(1) Bij de weigering deze bevoegdheidsgrond op te nemen speelde de vrees voor 'forum shopping' een rol, zie Commentaar voor-ontwerp, *Actes et doc.* blz. 62; verklaring rapporteur Bellet, idem blz. 109.

(2) Vgl. Voskuil, *De internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter*, blz. 133.

toetsing van het door de vreemde rechter toegepaste recht, zou geheel misplaatst zijn in het wereldrecht dat de opstellers van het verdrag voor ogen heeft gestaan. En zelfs laat het verdrag niet zonder meer onverlet de uit art. 6 AB afgeleide regel, dat erkenning van een buitenslands tussen uitsluitend Nederlandse echtgenoten uitgesproken echtscheiding hier te lande alleen kan worden verleend indien aan de uitspraak feiten ten grondslag liggen die ook naar Nederlands recht grond tot echtscheiding opleveren. Integendeel, het verdrag sluit in beginsel elke toetsing van het toegepaste recht, ook ten aanzien van eigen onderdanen uit, en een Staat die onder vigeur van het verdrag deze toetsing voor eigen onderdanen zou willen handhaven, kan dit alleen bereiken door een uitdrukkelijk voorbehoud terzake te maken. In de ogen van de opstellers van het verdrag vormt onze erkenningsregel derhalve blijkbaar geen regel die in een wereldrecht niet misstaat, maar moet zij gezien worden als een nationale regel die men duldt, omdat sommige Staten geen afstand ervan willen doen. (1) Het blijft dan ook de vraag of het zinvol is vast te houden aan de eis dat ook volgens Nederlands recht een echtscheidingsgrond aanwezig moet zijn geweest, wil de in den vreemde tussen Nederlandse echtgenoten uitgesproken echtscheiding voor erkenning hier te lande in aanmer-

(1) Daarentegen staat de, tot een aantal continentaal-Europese landen beperkte kring van lid-Staten der CIEC welwillender tegenover deze regel. Van deze landen gaat de Franse rechtspraak nog veel verder, want zij toetst steeds, ook indien het niet-Fransen betreft, het in de vreemde uitspraak toegepaste recht aan de Franse i.p.r. regels, vgl. Batiffol, a.w. nr. 726/750 (maar in de praktijk van de Burgerlijke Stand pleegt deze controle zelfs t.a.v. Fransen achterwege te blijven, vgl. Schwind, *Le divorce en droit international privé*, in *Receuil ADI* 1966 I, blz. 448 e.v., m.n. 473/74); in Duitsland is deze toetsing al nodig, zodra één der partijen de Duitse nationaliteit bezit, omdat krachtens par. 328 I, nr. 3, *Zivilprozessordnung* niet ten nadele van de Duitse partij van de verwijzingsregel van art. 17 Invoeringswet mag zijn afgeweken, zie voorts Kegel, a.w. blz. 299 e.v.; in Engeland, dat niet tot deze kring behoort, wordt daarentegen nimmer, ook niet m.b.t. Britse echtgenoten, controle op het toepasselijke recht uitgeoefend, vgl. Cheshire, *Private International Law*, 8e dr., Londen 1970, blz. 368. Wat de bevoegdheid betreft, toetst de Duitse rechter deze aan de maatstaven van het Duitse internationale bevoegdheidsrecht, krachtens de uitdrukkelijke bepaling van par. 328 I, nr. 1; in Frankrijk heerst meningsverschil over de vraag of de eigen Franse maatstaven moeten worden aangelegd dan wel die van het betrokken vreemde land, onder voorbehoud dat deze laatste internationaal aanvaardbaar moeten zijn, vgl. Batiffol, a.w. nr. 719/750; in Engeland valt een geleidelijke ontwikkeling te bespeuren van een strikt aanleggen der eigen maatstaven naar een ruime aanvaarding van de bevoegdheid van de vreemde rechter, vgl. Cheshire, a.w. blz. 355 e.v.

king komen. Ook hier is, bij het bestaande Nederlandse echtscheidingsrecht, waaronder deze regel zich heeft ontwikkeld, sprake van een zekere mate van hypocrisie. De echtgenoten kunnen hier te lande gemakkelijk echtscheiding verkrijgen als zij de comédie van de 'grote leugen' opvoeren; maar als zij in het buitenland echtscheiding verkregen hebben op een niet-Nederlandse grond, wordt deze hier te lande niet erkend, hoe serieus zij ook moge zijn tot stand gekomen. De hier geschetste praktijk vormt min of meer het spiegelbeeld van de houding die de New Yorkse rechter heeft aangenomen. Tot voor kort kende de Staat New York een zeer streng echtscheidingsrecht: de enige grond was overspel, en dit moest worden bewezen. Dit heeft de rechter ertoe gebracht op grote schaal echtscheidingen te erkennen die door ingezetenen van New York in de Amerikaanse en Mexicaanse echtscheidingsparadijzen waren verkregen, onder het motief dat men, nu het verkrijgen van echtscheiding in New York zo moeilijk was, het de ingezetenen niet kwalijk kon nemen dat zij hun echtscheiding daar gingen halen waar zij gemakkelijk eraan konden komen! (1) Dit is meten met twee maten. Niet-aanvaarding in deze gevallen van het 'fait accompli' lijdt bovendien onvermijdelijk tot hinkende rechtsverhoudingen, terwijl het internationaal privaatrecht toch erop gericht moet zijn deze zoveel mogelijk te voorkomen. Het ligt tenslotte in de lijn van de tendens om art. 6 AB terug te dringen bij de vaststelling van het toepasselijke recht op hier te lande aanhangige echtscheidingsvorderingen, zelfs indien ook Nederlanders partij zijn, om dit terugdringen door te trekken tot de erkenning van buitenlandse echtscheidingsvonnissen. De argumenten ten gunste van relativering van genoemde bepaling behouden voor beide gevallen evenveel kracht. (2) En hieraan moet mijns inziens ook niet afdoen dat in de toekomst, bij verruiming van de echtscheidingsgronden in het Nederlandse recht, de toetsing 'onschuldiger' kan worden; zolang men haar handhaaft blijft immers het gevaar van discrepantie bestaan.

17. Men kan zich afvragen of het loslaten van art. 6 AB in het er-

(1) Von Mehren and Trautman, *The law of multistate problems*, Boston 1965, blz. 918 e.v. en 1488/89.

(2) Kritiek op het hanteren van art. 6 AB als onafwendbare maatstaf voor erkenning van echtscheidingen tussen louter Nederlandse echtgenoten, en suggesties voor subsidiaire regels o.a. bij Deelen in *NTIR* 1963, blz. 314 e.v., ad Rb. Amsterdam 21 maart 1961, NJ 1961, 300, Lemaire, a.w. blz. 142 e.v., en Kokkini-latridou en Verheul, a.w. blz. 161/163.

kenningsbeleid moet leiden tot een volledig afzien van toetsing van het door de vreemde rechter toegepaste recht aan eigen internationaal privaatrechtelijke opvattingen, dan wel of toch niet een zekere toetsing moet geschieden, met name door hantering ook op het stuk van de erkenning van het rechtssfeercriterium. Inderdaad is in de lagere rechtspraak enige malen dit criterium gehanteerd in gevallen buiten het bereik van art. 6 AB en overwogen dat er voldoende aanknopingspunten waren te vinden om de echtscheidingsgronden in het onderhavige geval te beoordelen naar het vreemde recht dat de vreemde rechter had toegepast. In de meeste van deze gevallen vielen overigens 'compétence législative' en 'judiciaire' samen, zodat hetzelfde resultaat werd verkregen als met toetsing van de bevoegdheid van de vreemde rechter zou zijn bereikt. (1) Ook met betrekking tot het hanteren van de effectieve nationaliteit in geval van dubbele nationaliteit van één der echtgenoten is opgemerkt, dat het werken hiermee omslachtig kan zijn en niet altijd nodig of gewenst; men kan, in deze opvatting, vaak beter direct de oplossing bereiken door niet de dubbele nationaliteit als aparte prealabele kwestie te zien, maar aanstonds de rechtsverhouding onder de loup te nemen en het feit van de dubbele nationaliteit onder de aanknopingspunten een rol te laten spelen. (2) Dit komt erop neer dat men de niet-Nederlandse echtscheiding erkent als in zo'n geval de rechtsverhouding is ingebed in de vreemde rechtsfeer. Doch als dit niet het geval is, zal hantering van het rechtssfeercriterium ertoe moeten leiden erkenning te weigeren, waardoor een hinkend huwelijk ontstaat met alle onaangename gevolgen van dien. In zijn commentaar op het Mexicaanse echtscheidingsarrest, blz. 27, wijst Bijleveld op het belang om hinkende huwelijken te vermijden; het is in de eerste plaats dit belang dat wordt gediend als de rechter zich in beginsel beperkt tot toetsing van de bevoegdheid van de vreemde rechter, en als hij deze in orde heeft bevonden de door die rechter uitgesproken echtscheiding alleen dan niet erkent als hij daartoe bijzondere, op het concrete geval betrokken motieven meent te hebben.

(1) Vgl. Rb. Rotterdam 17 december 1962, NJ 1963, 324, en de niet gepubliceerde, bij Lemaire, a.w. blz. 150/152, vermelde vonnissen; in latere uitspraken is daarentegen de nadruk op de bevoegdheid van de vreemde rechter gelegd, vgl. Rb. Rotterdam 8 april 1968, NJ 1969, 164; *Ass. Verz.* 52, en 24 maart 1969, *Ass. Verz.* 95.

(2) Deze opvatting is met name verkondigd door Lemaire, a.w. blz. 148 e.v., en ondersteund door Kokkini-Iatridou en Verheul, a.w. blz. 167/168.

Men kan hier een zekere tegenspraak aanwezig achten met de boven verdedigde opvatting omtrent het door de Nederlandse rechter op een voor hem aanhangig gemaakte echtscheidingsvordering toe te passen recht; doch dit behoeft niet het geval te zijn.

Indien een verschuiving naar de uitsluitende controle van de bevoegdheid van de rechter die de uitspraak heeft gedaan als toets voor de erkenning van een buitenslands uitgesproken echtscheiding zich doorzet, en dit niet alleen in het verdragenrecht, maar ook in de meerderheid der nationale rechtssystemen het criterium gaat vormen, kan op den duur een situatie ontstaan waarin de Nederlandse rechter, bevoegd krachtens de met internationale maatstaven overeenstemmende gronden die art. 814 Rv. geeft, een door hem uitgesproken echtscheiding elders ziet erkend, ongeacht welk recht hij toegepast heeft. Eén der argumenten ten gunste van een zorgvuldig afwegen van alle factoren die ter bepaling van het toepasselijke recht in aanmerking komen, te weten de kans op erkenning van de echtscheiding in den vreemde, zou daardoor aan waarde kunnen inboeten. Er kan dan schijnbaar een tegenstelling zijn gelegen in de omstandigheid dat van de rechter wordt verlangd, enerzijds dat hij bij het oordelen over een voor hem aanhangig gemaakte echtscheidingsvordering zorgvuldig afweegt welk recht toepasselijk is, anderzijds dat hij een in het buitenland door de bevoegde rechter uitgesproken echtscheiding erkent zonder zich erover te bekommeren welk recht deze heeft toegepast. Edoch, deze schijn van tegenstrijdigheid wordt opgeheven, indien men zich ervan bewust wordt dat aan deze houding van de rechter twee verschillende beginselen ten grondslag liggen. Dit zijn enerzijds het beginsel van de internationaal privaatrechtelijke gerechtigheid, hetwelk de rechter ertoe moet leiden die oplossing te kiezen die aan de belangen van alle betrokken partijen het meeste recht kan doen wedervaren, anderzijds het beginsel van de internationaal privaatrechtelijke harmonie, hetwelk de rechter ervoor moet doen waken geen beslissing te nemen die de overeenstemming in het internationale rechtsverkeer verstoort. (1) Beide beginselen grijpen in elkaar. Door bij het oordeel over een voor hem aanhangig gemaakte echtscheidingsvordering het recht toe te passen van de rechtssfeer waarmee de verhouding tussen de echtgenoten het nauwste is verbonden, zoekt de rechter de voor betrokkenen meest rechtvaardige oplossing, en dat

(1) Zie over deze beginselen Wengler, *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*, in *Rev. crit.* 1952/53, blz. 595 e.v. en 37 e.v.

mede daardoor doordat deze harmonisch kan worden geïntegreerd in de 'soziale Umwelt' waarbinnen het huwelijk zich heeft afgespeeld. Door een elders door een bevoegde rechter uitgesproken echtscheiding te erkennen, ook al is daarop in zijn ogen niet het juiste recht toegepast, weert de rechter het gevaar van een matrimonium claudicans af, hetgeen mede in het belang is van partijen, die het bijv. als onrecht zouden ervaren indien zij in het ene land als gescheiden, in het andere land als nog getrouwd zouden worden beschouwd. Deze beginselen vormen dan ook de rechtvaardiging van de voorgestelde oplossingen; een internationaal echtscheidingsrecht dat op deze peilers rust, behoeft in een wereldrecht niet te misstaan!

Internationale Echtscheiding.

I

Het is er inderdaad een bende, op ons internationale huwelijkskerkhof. Zerken van alle soorten, maten en uitmonstering. Graven die niet worden gedolven omdat de opzichter vindt dat hij er de kracht niet toe heeft. Vreemde overlijdensacten, met misprijzen weggegooid, omdat wat elders dood heet, hier nog als levend geldt. En daar zitten ze dan, de doodgewaande huwelijken, op het bankje voor de morgue, gelaten wachtend totdat het feit van hun verscheiden ook hier erkenning vindt. Daar hinken ze rond, de nog enigszins vitale, vol dof onbegrip strompelend door hun eigen chapelle-ardente op zoek naar mogelijkheden tot succesvolle obductie. Neen, ook deze verhandeling over het internationale echtscheidingsrecht kan, als nader voer voor de Perron-istische filosofen der aanvangswoorden(1), niet anders dan in mineur worden ingezet. 'Disorder reigns supreme', zo naar uitkomst als naar motivering, al moet gezegd dat de wanorde ietwat schijnt af te nemen. Het was, mede vanwege dit laatste, dan ook een uiterst gelukkige greep van de Juristenvereniging om, na gedurende bijna een kwart eeuw het i.p.r. te hebben genegeerd(2), ter gelegenheid van de eerste vergadering in haar tweede centennium, juist voor dit onderwerp de aandacht te vragen. Sinds 1947 is de Hoge Raad bij verschillende gelegenheden met krachtige directieven voor den draad gekomen, terwijl ook in de lagere rechterlijke regionen allengs enige lijnen zijn uit- en aangezet; de wetgever zelf heeft zich met het bevoegdheidsrecht op ons gebied ingelaten; ontwerpver-

(1) Eyl, *Internationale echtscheiding in Nederland*, Publicaties Offerhauskring, serie IPR, No. 2, p. 3.

(2) Praeadviezen van Kisch en Blackstone, *Handelingen NJV* 1947.

dragen nopens erkenning van vreemde echtscheiding liggen ter tafel. 'Mit der Zahl der Streitfälle wächst das Verständnis für die Internationalität der Tatbestände.' (1) Ook deze tendens heeft zich intussen in ons rechtsleven voelbaar gemaakt, met als gevolg niet alleen dat het bekende onhandelbare paard der openbare orde eindelijk wat rustiger aan het bit lijkt te worden, maar tevens dat het trotse art. 6 AB in de immer hoger gaande zee der toenemende migratie niet zonder averij is gebleven. Het internationaal privaatrecht in zijn geheel maakt, sedert de tweede wereldoorlog, een forse ontwikkeling door die ertoe dringt bij tijd en wijle een ogenblik stilstand te houden, teneinde op adem te komen en de vele en nieuwe data die zich hebben opgedaan te verzamelen en te monstren, te sorteren, te selecteren en op nuttigheid te toetsen. (2) Daarom hier dank aan het Bestuur der NJV voor de hark die het heeft willen aanreiken ten dienste van een poging enige orde te scheppen in de overal rondliggende 'feuilles mortes' van de 'amours (internationaux) désunis'.

2

Het trotse artikel 6 AB; ja, een koppig en halsstarrig stukje legislatie dat, verwend door overprotectie, niet of nauwelijks, en dan nog slechts mokkend, tot internationale inschikkelijkheid bereid blijkt. En de protectionisten gaan voort zich krachtig te roeren; het is dan ook geen wonder dat de bepaling iets verwatens krijgt. De Nederlandse rechtsbedeling lijkt in relatie tot de Wet AB, met innige satisfactie na te zeggen wat Bruckner, sprekend over zijn symfonieën, eens moet hebben beweerd: "Meine Sechste ist die keckste." (3) En dan te bedenken dat Bruckner in de muzieklitteratuur wordt afgeschilderd als een weliswaar innemende, doch critiek niet wel verwerkende, wat naïve provinciaal . . .

Art. 6 AB dan, wordt te baat genomen niet slechts wanneer het erom gaat voor Nederlanders die zich "buiten 's lands bevinden", rechtsposities hun staat betreffende in het leven te roepen, doch evenzeer indien moet worden beoordeeld of een in den vreemde

(1) Gutzwiller, *RabelsZ.* 1958, p. 418.

(2) Zie bijv. d'Oliveira, *Strijklicht over ons internationaal privaatrecht*, in: *NJV 1870-1970*, p. 259 e.v.; zie ook Sauveplanne, in: *Vooruitzichten van de Rechtswetenschap*, p. 261 e.v.; vgl. tevens Van Hecke, *Rec. des Cours* 1969 I, p. 409 e.v., voor ons onderwerp speciaal p. 532 als ook *mededelingen N.V.v.J.R.* No. . 63 (febr. 1971).

(3) O. Glastra van Loon, *Onder de stenen lier*, p. 87.

reeds tot stand gebrachte soortgelijke rechtspositie voor erkenning hier te lande in aanmerking kan komen. Deze dubbelfunctie van de als materiële norm gegeven bepaling wordt – voor wat echtscheiding betreft – dan gerechtvaardigd door erop te wijzen, dat art. 6 AB zich tot Nederlandse partijen – en bepaaldelijk niet tot de vreemde rechter – richt, en gezegde Nederlandse partijen verbiedt om buitenaf te scheiden op een andere dan een Nederlandse grond. De vreemde rechter behoeft zich dan ook geenszins gefroisseerd te voelen wanneer zijn vonnis – gewezen, noodzakelijkerwijze, onder inachtneming van het eigen, allicht van het Nederlandse enigszins afwijkende i.p.r. – hier te lande geen erkenning vindt, want in die Nederlandse niet-erkenning ligt uitsluitend een verwijt aan partijen opgesloten, die, profiterend van de buitenlandse jurisdictie, in den vreemde een recht verwezenlijkten dat hun als Nederlandse echtgenoten eenvoudig niet toekwam. (1) Niet dat deze rechtvaardiging nu zo concludent is – het blote bestaan van een verbod sluit immers niet per se uit, dat wat in strijd met dat verbod is ontstaan, niet onder omstandigheden toch als geldig zou kunnen worden erkend –, maar het laat zich wel aanzien dat we het er voorlopig nog mee zullen hebben te doen. (2) Alhoewel, tekenen willen, om met de kloosterportier uit de “Gysbreght” te spreken, nog wel eens “mislyck” wezen; en er manifesteren zich trouwens – even ‘misselijke’? – tegen-tekenen. Men oordele zelf.

3

Op 4 maart 1965 weigerde de Hoge Raad een, op grond van kwaadwillige verlating, in Zuid-Afrika tussen Nederlanders uitgesproken echtscheiding te erkennen, overwegende (3),

(1) Vgl. Kollwijn, *WPNR* 4739, p. 429 1e kol.; *Tien Jaren*, p. 120; de formulering gaat terug op HR 24 november 1916, *W.* 10098; *NJ* 1917, p. 5.

(2) De Winter, *Rec. des Cours* 1969, III, p. 395; vgl. dezelfde in *WPNR* 5114, p. 43, 1e kol. Dat ik het zonder me aan “wishful thinking” schuldig te maken, niet met De Winter eens ben, moge uit het vervolg van het betoog genoegzaam blijken. Vgl. ook Struycken, *HPS* 1968, p. 53.

(3) *NJ* 1965, No. 132, met herstel van een duidelijke verschrijving. Ik moge er hier op wijzen dat ik in dit praecadvies heb afgezien van een (min of meer) complete jurisprudentie-beschrijving; ik moge daarvoor, wat de recente jurisprudentie betreft, verwijzen naar de voortreffelijke uitgave van het T.M.C. Asser-Instituut in Den Haag: *Nederlandse rechtspraak inzake echtscheiding in het Internationaal Privaatrecht 1963-1970*; een tweede druk hiervan is in voorbereiding.

“dat krachtens art. 6 AB een in het buitenland tussen Nederlanders uitgesproken echtscheiding hier te lande alleen dan kan worden erkend, indien zij is uitgesproken op grond van feiten die volgens art. 64 BW echtscheiding kunnen ten gevolge hebben,”

en deed zijn weigering, in het licht van deze overweging, steunen op het feit dat de verlating in quaestie, anders dan door art. 264 jo 266 BW wordt geëist, geen vijf jaar had geduurd. Daargelaten of de beslissing in concreto een gelukkige was of niet, de regel die de Hoge Raad gemeend heeft te moeten formuleren bevalt me allerminst. (1) Ook Kollewijn wordt er nu niet bepaald door bekoord. “De HR” zo schrijft hij, “heeft, tegen zijn gewoonte in, zichzelf al te strak vastgelegd door te overwegen(. . . etc. . . .). Moeten wij hierin lezen (en het kan wel bijna niet anders) dat art. 6 AB in alle strakheid voorschrijft, dat een buitenlands vonnis van echtscheiding tussen Nederlanders *nooit* zal kunnen worden erkend, indien de Nederlandse wet niet wordt gevolgd? Op een soepele lagere rechtsspraak is dan een domper gezet (. . .).” (2) En iets verder: “Maar indien een starre wetsregel (. . .) in sommige gevallen tot aperte onbillijkheid voert, dan wordt de rechtszekerheid te duur gekocht als die uitzonderingsgevallen de wetgever niet voor ogen hebben gestaan”. Lemaire houdt al evenmin van de exclusieve regel zonder alternatieven” (3), terwijl Mevrouw Kokkini zich, met haar co-auteur Verheul, akkoord verklaart met de “foudres” van genoemde sribenten. (4)

De Hoge Raad heeft, in 1965, dood-laconiek zijn uitspraak van 1916 (5) nog eens (dunnetjes) overgedaan; als was er intussen niet vrijwel een halve eeuw verlopen, en waren er geen feiten voorgevallen die het uitzicht op het recht in het algemeen, en op het i.p.r. in het bijzonder zouden kunnen hebben beïnvloed. Nou ja, de Hoge Raad heeft dan wel nog een precisering aangebracht ten opzichte van 1916, niet juist op het stuk van bronvermelding, doch

(1) Vgl. *NTIR* 1967, p. 298/299.

(2) *WPNR* 4924, p. 448, 2e kol.; zijn cursivering.

(3) *Hoofdlijnen*, p. 142 e.v. en p. 155.

(4) *Les effets des jugements et sentences étrangers aux Pays-Bas* (1970), p. 32, opgenomen in *Netherlands Reports to the VIIIth International Congress of Comparative Law, Pescara* 1970, p. 129 e.v.

(5) Zie boven, nt. 1, p. 55; vgl. Bijleveld, *Erkenning van buitenlandse echtscheidingen; een bedenkelijke ontwikkeling in de Nederlandse jurisprudentie*, Uitgave Molengraaff-Instituut Utrecht, No. 2 (1970), p. 7.

daarin bestaande, dat niet langer beslissend is te achten of de in het vreemde vonnis gebezigde echtscheidingsgrond ook als zodanig in het Nederlandse recht voorkomt – iets wat men uit de formulering van 1916 zou kunnen affeiden –, maar dat thans aan de *feiten* waarop de echtscheiding in den vreemde was gebaseerd de doorslaggevende betekenis moet worden toegekend.

En als dan, nog vóór het jaar '65 ten einde is, de Hoge Raad – in een Burg. Kamer van, op één raadsheer na, dezelfde samenstelling – andermaal te oordelen krijgt over de erkenning in Nederland van een buitenslands door Nederlandse echtelieden verkregen huwelijksontbinding, lijkt hij dit laatste nu juist weer terug te draaien, na, overigens, dit keer ten opzichte van de beschikking van 4 maart, een bijzonder belangrijke verfijning te hebben gegeven. De Hoge Raad (1) overweegt bij deze gelegenheid

“dat uit art. 6 van de Wet van 15 mei 1829, *Stb.* no. 28, voortbloeit dat de ontbinding van een huwelijk tussen pp. die alleen de Ned. nationaliteit bezitten, uitgesproken door een vreemde autoriteit, hier te lande alleen kan worden erkend, indien zij is uitgesproken op gronden die daartoe naar Ned. recht genoegzaam zijn;”

en het zal wel altijd een raadsel blijven waarom hij de tekst van deze overweging zoveel heeft doen verschillen van die van de overeenkomstige overweging van een paar maanden terug. (2) Ware het niet veel eenvoudiger geweest, de maart-versie te behouden, met slechts de gemakkelijk aan te brengen adaptatie in verband met de beoogde nieuwigheid, dat voortaan de vreemde echtscheiding van alleen nog maar de exclusief-Nederlanders via art. 6 AB aan het Nederlandse recht zal dienen te worden getoetst? Wat met een interval van zestien jaar voor art. 10 AB is gelukt (3), moet, voor art. 6 AB toch zeker te doen zijn op een termijn van negen maanden? Of heeft de Hoge Raad de afwijkingen juist gewild? Maar dan zit men met de vraag, wat er dan wel mee bedoeld mag wezen.

(1) HR 9 december 1965, *NJ* 1966, No. 378, Noot Hijmans van den Bergh.

(2) Vgl. *NTIR* 1967, p. 299; Van der Grinten, *Ars Aequi* 1966, p. 213; De Winter, *Rev. Crit.* 1966, p. 302.

(3) Vgl. HR 2 april 1942, *NJ* 1942, No. 468, en HR 27 juni 1958, *NJ* 1958, No. 393. Zie voor een interessante tekst-critische en -analytische uiteenzetting: d'Oliveira, *Vormperikelen bij internationale testamenten*, p. 5 e.v. (= *WPNR* 4949, p. 211, 1e kol.).

Echter eerst verder, met de Nederlanders; dat wil – sinds 9 december en voor zoveel het om echtscheidingserkenning gaat – dus zeggen: met de alleen-maar-Nederlanders. Deze hebben van de Hoge Raad op 26 september 1969 (1) nòg een rondje gekregen, maar ditmaal zonder dat de hoogste rechter zich tot het (her-)formuleren van een (de) regel liet verleiden. De Hoge Raad volstaat ermee vast te stellen dat de Rechtbank wier afwijzende beschikking werd aangevallen, terecht had beslist zoals zij deed, nu de vreemde echtscheiding was uitgesproken op grond van een ‘moedwillige’ verlating waarin minder dan vijf jaar was volhard. Men zal de aldus uitgevallen beschikking echter moeilijk anders kunnen opvatten dan als een bevestiging van de, in december 1965 zo niet zachtken ontregelde, dan toch in ieder geval danig versmalde norm van november 1916/maart 1965: uitsluitend-Nederlandse paren ontkomen – in onze materie – nimmer en nergens aan Nederlands recht.

In de lagere rechtspraak had men zich tussen de jaren '16 en '65 in het algemeen getrouwelijk aan art. 6 AB gehouden. Zulks niet alleen waar de (jeunes) divorcés beide uitsluitend de Nederlandse nationaliteit bezaten (2), maar, geruime tijd, tevens in gevallen waarin een der Nederlandse partijen ook nog een vreemde nationaliteit had en de echtscheiding was uitgesproken door de vreemde thuis-rechter van laatstbedoelde (3), en zelfs een enkele keer in gevallen waarin één van de partijen met samenlopende vreemde nationaliteit tevens de Nederlandse nationaliteit vertoonde. (4) Art. 6 AB deed en doet het héél goed, en men lijkt dan ook niet wel onder de vaststelling uit te kunnen dat, na de in de loop der

(1) *NJ* 1970, No. 195, Noot Hijmans van den Bergh.

(2) Zie e.g. Rb. Amsterdam, 10 mei 1924, *NJ* 1924, p. 1195; Rb. Rotterdam, 28 juni 1935, *NJ* 1935, p. 1092; Rb. Utrecht, 9 november 1949, *NJ* 1950, No. 497; Rb. Haarlem, 2 november 1954, *NJ* 1955, No. 469; zie ook Hof Den Haag, 20 december 1951, *NJ* 1952, No. 529 en Hof Arnhem, 23 juni 1953, *NJ* 1954, No. 29.

(3) Rb. Den Haag, 7 juli 1955, *NJ* 1955, No. 777; Rb. Amsterdam, 15 december 1955, *HPS* 1956, p. 89; idem 7 juni 1956, *HPS* 1958, p. 37. Hijmans van den Bergh lijkt zich in zijn noot (*NJ* 1966, p. 1047, 1e kol.) te vergissen in de portée van de genoemde Haagse beschikking van 7 juli 1955; vgl. Kolléwijn, *WPNR* 4468, p. 492, *Tien Jaren*, p. 107/08.

(4) Rb. Amsterdam, 30 oktober 1947, *NJ* 1948, No. 67; Rb. Roermond, 3 februari 1949, te kennen uit Hof Den Bosch, 19 december 1957, *NJ* 1958, No. 443.

vijftiger/zestiger jaren bepaald niet zonder zwaarigheid in gang gezette inkrimping – nog in 1958 had zelfs iemand als Kollewijn de nodige moeite met de aanvaarding dat art. 6 AB niet krimp vrij bleek (1) –, de thans krappe restant-norm toch maar buitengewoon stevig in ons Nederlandse rechtsleventje geworteld staat.

5

Evenwel, – het is James Thurber die het een zijner figuren doet opmerken (2) – “the hounds of spring are on winter’s traces”! Er is tegen-jurisprudentie, waarvan de betekenis niet mag worden onderschat; rechtspraak die voor de blijvende aanvaardbaarheid van het nationaliteitsbeginsel van groot belang kan zijn.

Op 21 maart 1961 gaf de Amsterdamse Rechtbank (3) een, door Hijmans van den Bergh (4) als “wel zeer gewaagd” geprezen (?) beschikking, waarbij een door The Supreme Court of South Africa tussen uitsluitend-Nederlandse echtelieden uitgesproken echtscheiding voor Nederland werd erkend, ook zonder dat de feiten waarop de vreemde uitspraak steunde, naar Nederlands recht een echtscheidingsgrond opleverden. Wel was de man in de Unie van Zuid-Afrika blijven wonen en had hij aldaar, binnen twee maanden na de echtscheidingsuitspraak, de Zuid-Afrikaanse nationaliteit verworven. Deze achteropkomende feiten hadden tot gevolg dat de inmiddels naar Nederland teruggekeerde, Nederlandse gebleven, vrouw, onder vigeur van het oude art. 262 BW (5), hier te lande geen echtscheidingsforum bezat, hetgeen in geval van niet-erkenning voor haar betekende – de Rechtbank wijst daar ook op –, dat zij praktisch in de onmogelijkheid zou verkeren, een in ons rechtsmilieu werkzame scheiding te verkrijgen, zelfs al zou een naar Nederlands recht daartoe genoegzame grond voorhanden zijn. De eenzame dame zou zich, bij niet-erkenning, komen te bevinden in de situatie dat zij, tot het einde zijner dagen, onlosmake-

(1) *WPNR* 4528, ad Rb. Zwolle, 26 september 1956, *NJ* 1957, No. 566; zie *Tien Jaren*, p. 114.

(2) In: *Men, Women and Dogs*.

(3) *NJ* 1961, No. 300; Kollewijn, *WPNR* 4739, p. 428, *Tien Jaren*, p. 119. Vgl. *NTIR* 1963, p. 313.

(4) *L.c. supra*, p. 57 noot 1.

(5) HR 24 januari 1958, *NJ* 1960, No. 68, Noot Vccgens; Kollewijn, *WPNR* 4681, p. 271, *Tien Jaren*, p. 89; Voskuil, *De internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter*, Diss. Amsterdam 1962, p. 127.

lijk gekluisterd zit aan een man, die als een naar zijn nationale en domiciliaire wet ongebonden celibatair overal – alleen niet in ons land – vrij bambocheren heeft, zich niets van haar hoeft aan te trekken, en op vrijersvoeten kan gaan werwaarts het hem lust, terwijl zijzelf dit alles maar lijdelijk moet aanzien om dan, wanneer zij, hetgeen haar goed menselijk recht is, in het amoureuze nog wat zou willen omhalen, *ex lege* naar niet minder dan de puthaak in overspel te worden verwezen. Zou de man in Zuid-Afrika hertrouwen, met bijvoorbeeld een Zuid-Afrikaanse landgenote, dan zouden wij hier in Nederland des(on)gevraagd roepen, dat hij bigamie pleegt en dat de kinderen uit dit tweede huwelijk in onze, ondanks de grote leugen nog oh zo reine ogen, overspelig zijn en in zonde geteeld. Het is gewoonweg niet te geloven, maar zo ligt de zaak; en we kunnen de Amsterdamse Rechtbank dan ook niet dankbaar genoeg zijn, dat zij – sticking her neck out – aan deze onmogelijke situatie (voor de vrouw) niet aan wilde en op (helaas) niet al te sterke gronden waarop ik thans niet wil ingaan (1), de Zuid-Afrikaanse echtscheiding erkende, dusdoende een aanzet gevend tot een nieuwe ontwikkeling.

6

“Nou, ze durven”; het was de, met eigen oren gehoorde, reactie van een ornatissimus uit de hoogste schakeringen onzer magistratuur. En de reactie was typerend. Er bestond vrijwel niemand die niet tevreden was met de uitkomst, er was echter ook vrijwel niemand die vond dat de bereikte uitkomst compatibel was met ons staande i.p.r. In dit soort gevallen moet de oplossing toch werkelijk van de wetgever komen. (2) *Lex dura tamen scripta*; jammer, niets aan te doen.

Niet-erkenning ingevolge art. 6 AB (en het daardoor aangegeven art. 266 BW) gecombineerd met het niet-bestaan van een echtscheidingsforum ingevolge art. 262 BW, zou het bovenbeschreven hoogst ongelukkige resultaat hebben bewerkstelligd. Een

(1) Zie Kolléwijn, *WPNR* 4739, *Tien Jaren*, p. 119; Lemaire, *o.c.* p. 144.

(2) De Winter, *HPS* 1964, p. 87 en *Rec. des Cours* 1969, III, p. 395 (No. 18a, *in fine*); Franx, *RMTh* 1966, p. 145; Van Oosten, Conclusie voor arrest HR 4 maart 1965, *NJ* 1965, p. 536, 1e kol.

resultaat dat – nader betoog lijkt overbodig – in flagrante strijd zou zijn geweest met onze openbare orde. Nu mag men hier niet tegen aanvoeren, dat strijd met de openbare orde als gevolg van toepassing van eigen Nederlandse rechtsregels onbestaanbaar is (1), want deze stelling, hoezeer op zich wellicht niet onjuist (2), heeft in het kader van wat hier besproken wordt daarom al geen functie – en zeker niet die van tegenwerping – omdat, aldus is de gedachtengang, de door de Amsterdamse Rechtbank zo terecht vermeden malencontreuse situatie, slechts het resultaat zou kunnen zijn geweest van een *verkeerde* toepassing van de Nederlandse rechtsregel vervat in art. 6 AB; en dat verkeerde toepassing juist wél tot strijd met de openbare orde kan leiden, zal wel niemand willen ontkennen.

7

Door een niet-erkenning in casu op art. 6 AB te steunen, zou men deze bepaling dus onjuist hanteren. Dit betekent dan, dat art. 6 AB niet onvoorwaardelijk eist dat, in gevallen als het onderhavige, erkenning van een vreemde echtscheiding wordt geweigerd; dat, anders gezegd, het artikel een beperkter werkingsomvang heeft dan zijn tekst, naar de letter genomen, zou doen vermoeden.

Het lijkt inderdaad geen twijfel – er werd boven (*sub* 1) al aan gerefereerd – dat ons artikel door de jurisprudentie aanzienlijk is ingeperkt. Zo trok men, in gevallen van samenlopende vreemde nationaliteit der echtelieden met nog een additionele Nederlandse nationaliteit voor één van hen, zich – in afwijking van de *sub* 4 bedoelde beslissingen – ook *anno* 1961 al geen zier van deze laatste nationaliteit meer aan. Dat is te zeggen, voor wat de internationaal-privaatrechtelijke aanknoping betreft, en dit met een verscheidenheid aan motivering waarop ik hier ook niet inga. (3) En dan zij *en passant* genoteerd dat in de overgrote meerderheid der gevallen niet wordt vermeld, wie het vreemde echtscheidingsgeding aan-

(1) Kollewijn, *WPNR* 4892, p. 77, 2e kol., onder verwijzing naar Koster-Dubbink, p. 353.

(2) Zie echter Langemeijer, Conclusie voor het tweede arrest inzake art. 262 (oud) BW: HR 29 november 1963, *NJ* 1964, No. 489 (p. 1358, 2e kol. *in fine*).

(3) Zie bijv. Rb. Den Haag, 19 januari 1948, *NJ* 1949, No. 210; Rb. Arnhem, 22 juni 1952, *NJ* 1953, No. 718; Kollewijn, *WPNR* 4423, p. 517; De Winter, *WPNR* 4080, p. 167, en in *NTIR* 1954, p. 213. Vgl. ook *NTIR* 1963, p. 316/17.

spande; zulks nog wel in een tijd waarin stevig met het oude art. 6 EW werd geflirt. (1) Het zou, in de heersende gedachtengang dat er een recht werd verwezenlijkt waarvan moet worden nagegaan of het den realisator wel toekwam (2), toch een essentieel verschil maken of de (mede-)Nederlandse partij als eiser was opgetreden, dan wel of derzelver vreemde partner genoemde procesfunctie op zich had genomen. Dat de rechter zulk een vermelding blijkbaar niet nodig achtte, sterker nog, in een enkel geval (3) de Nederlandse partij als eiser vernoemde, en desniettemin erkenning van de buitenlandse scheiding uitsprak, impliceert noodzakelijkerwijze dat het ook de Nederlandse partij toekwam, op grond van andere feiten dan het Nederlandse recht als genoegzaam aanwijst, (in het buitenland) echtscheiding te verkrijgen. En wat is dit anders dan toegeven dat art. 6 AB zich met deze Nederlanders ook toen al niet inliet?

Kan men van de even-bedoelde Nederlanders nog zeggen dat ze buiten de norm blijven omdat ze twee nationaliteiten bezitten waarvan de Nederlandse dan recessief is – dit op zichzelf is al een croustillante stelling, waarop ik hieronder nog terugkom –, met deze redengeving zal men zich niet kunnen behelpen in de gevallen waarin op vordering van de Nederlandse onderdaan die met een vreemdeling is getrouwd, in den vreemde anders dan conform Nederlands recht het huwelijk is ontbonden (4), noch ook in de gevallen waarin echtscheiding tussen Nederlandse echtelieden waarvan de ene ook nog een vreemde nationaliteit bezat, ten verzoeken van de ander – de exclusief-Nederlander – werd uitgesproken, eveneens zonder dat aan Nederlands recht was voldaan. (5) Erkenning hier te lande van aldus buitenaf tot stand gekomen echtscheidingen impliceert andermaal noodzakelijkerwijze, dat ook de betreffende, ditmaal monopatriede, landgenoten in het buitenland een recht hebben verwezenlijkt, dat hun blijkbaar toekwam. Maar dit is toch ook weer niet anders dan toegeven dat ook

(1) Rb. Den Haag, 17 maart 1954, *NJ* 1954, No. 215; bev. door Hof Den Haag, 6 mei 1954, *NJ* 1954, No. 590; zie Kollwijn, *WPNR* 4423, p. 518, 2e kol., *Tien Jaren*, p. 68.

(2) Zie boven *sub* 2, en de verwijzingen in noot 1 op p. 55

(3) Rb. Den Haag, 5 september 1949, *NJ* 1950, No. 268; vgl. Van Sasse van Ysselt, *HPS* 1963, p. 83 en *NJB* 1963, p. 144.

(4) Rb. Den Haag, 18 oktober 1967, *NJ* 1968, No. 431.

(5) Kollwijn, *WPNR* 4832, p. 467, 2e kol (*Tien Jaren*, p. 128) en 4887, p. 18, 1e kol.; De Winter, *HPS* 1964, p. 88 en p. 92. Zie ook *NTIR* 1967, p. 316.

déze Nederlanders zich niet in de houdgreep van art. 6 AB bevinden?

8

Inderdaad, hoe men het ook wendt of keert, en of men het nu plezant vindt of niet, men kan er in de door de Hoge Raad zelf aangebaande gedachtengang niet vanonder, vast te stellen dat in de eenzijdige conflictnorm, die art. 6 AB is, en krachtens welke, ten behoeve van ons, Nederlanders, het Nederlandse recht met betrekking tot "regten, den staat en de bevoegdheid der personen" dwingend wordt geëxporteerd, de categorie "Nederlanders" niet *alle* mensen omvat die de Nederlandse nationaliteit bezitten.

Vooreerst, dan, zijn dus géén Nederlanders in de zin van – als, voor i.p.r.-aanknoping, bedoeld bij – art. 6 AB, die Nederlanders die nog een andere nationaliteit bezitten, welke laatste nationaliteit dan tevens, door een (duidelijk) aanknopingsoverwicht (1) ten opzichte van het Nederlanderschap, als hun – voor aanknopingsdoel-einden – enige (zgn. effectieve) nationaliteit kan worden aangemerkt. Aldus luidt, anders dan in nationaliteitslanden als bijv. Frankrijk en, in zekere mate ook, Duitsland (2), bij ons alweer enige tijd de heersende leer (3); en terecht. Het aantrekkelijke, en, voor het punt dat ons hier bezighoudt, belangrijke in deze leer is, dunkt mij, het feit dat zij de – in het woord "Nederlanders" indirect gepositieerde – aanknoping: Nederlandse nationaliteit, op haar wat ik zou willen noemen, *milieu-inhoud* toetst (4); "weegt", zegt Kolléwijn. (5) Bestaat er tussen de persoon in quaestie en het rechtsmilieu van het land van zijn "andere" nationaliteit een – vaak door domicilie in dat land geconstrueerde – (veel) sterkere band dan tussen die persoon en Nederland, moet, anders gezegd, de Nederlandse nationaliteit – in vergelijking met de 'andere' – als

(1) Ik ontleen deze m.i. handzame term aan Franx, die haar voor het eerst gebruikte in zijn dissertatie: *Redengeving en rechtsgevolgen van eenheid en splitsing der internationale nalatenschap*, No. 53 (in verband met "Näherberechtigung").

(2) Zie voor Frankrijk: Batiffol-Lagarde, *Traité* (5e ed.) No. 78, en de verwijzingen; voor Duitsland zie: Raape, *Internationales Privatrecht*, p. 56; Gamillscheg, *RabelsZ.* 1962, p. 587.

(3) Zie de auteurs genoemd door Kolléwijn, *Tien Jaren*, p. 31 (= *WPNR* 4830) ad Hof Den Bosch, 1 juni 1961, *NJ* 1963, No. 239.

(4) *Nationalité et milieu*, in *De Conflictu Legum*, p. 103.

(5) Zie zaakregister *Tien Jaren*, *sub voce*: aanknoping(spunten).

'milieu-arm' worden bestempeld, dan is, *tegen de letterlijke tekst van de wet in*, bedoeld persoon, voor toepassing van art. 6 AB, Nederlander àf.

Kras; maar het is zo. Niet dat de heersende leer zich aan het krasse hierin stoort of stoot – integendeel, men voelt zich, *à la barbe de la roi*, knap internationalistisch –; maar het is niet geheel onbegrijpelijk dat mensen als Meijers, A. van Praag, Van Sasse van Ysselt (1) van een wetshantering in deze zin niets of weinig wilden weten. Bij een *alzijdige* norm die, in zaken betreffende de staat van personen, de "nationale wet" voor toepassing aanwijst, heeft men de vrijheid om, wanneer in de persoon om wie het gaat, meer nationaliteiten voorhanden zijn, te besluiten de conflictenrechtelijke aanknopng aan de op dat ogenblik (meest) effectieve nationaliteit over te laten; gelijke vrijheid, zo wordt geredeneerd, bezit men echter niet wanneer men te maken heeft met een *eenzijdige* conflict-norm, waarin het personenbestand beperkt is tot landgenoten die dan ook met de qualiteit van Nederlander in de tekst worden aangeduid; zelfs het slechts formele bezit van het Nederlandschap brengt dan de norm in actie. Meer algemeen trouwens zou het de Nederlandse rechter niet vrijstaan de Nederlandse nationaliteit van een persoon te negeren.

De heersende leer evenwel, terecht niet ongevoelig voor het voordeel der internationale beslissingsharmonie waartoe zij de mogelijkheid vergroot, acht zich ook bij de eenzijdige norm van art. 6 AB, tot het nemen van de hierbedoelde vrijheid gerechtigd *i.a.* onder de dubbele overweging, enerzijds, dat het toetsen van aanknopingspunten op 'milieu-inhoud', het "wegen" ervan mede tot de harde kern van het i.p.r. behoort (2), en, anderzijds, dat men bij het oversteken naar aanknopng aan de 'andere' nationaliteit, trouwhartig blijft binnen het nationaliteitssysteem dat in zaken van persoonlijke staat ons i.p.r. kenmerkt en beheerst; afwijking van de tekst van de wet – of dat nu *contra* of *praeter legem* is, ontgaat me; ik heb beide altijd voor innerlijk tegenstrijdig gehouden, en in het maken van verschil tussen de twee nimmer iets anders kunnen zien dan een activiteit niet ongelijk aan een debat over de vraag of een broodje zonder ham beter smaakt dan een

(1) Meijers, *WPNR* 3980, p. 147, *Verzamelde Opstellen* II, p. 343-344; Van Praag, *HPS* 1951, p. 147; Van Sasse van Ysselt, *HPS* 1956, p. 73, vgl. *HPS* 1964, p. 44.

(2) Zie hier Kollwijn, *WPNR* 4830, *ad* Hof Den Bosch, 1 juni 1961, *NJ* 1963, No. 239, *Tien Jaren*, p. 30; vgl. Lemaire, *Hoofdpijnen*, p. 405 e.v.

broodje zonder fricandeau – zou in deze omstandigheden dan wel geoorloofd zijn. Goed; maar laten we vooral vasthouden dat het milieu-factoren zijn die, hoe ook nader geadstrueerd, de besproken restrictie van de groep door art. 6 AB bestreken Nederlanders beslissen.

9

Vervolgens zijn – in ieder geval in het kader van de echtscheiding – géén Nederlanders in de zin van onze bepaling, dezulken die – zie boven *sub* 7 – met een waarachtige of, door reductie der polypatridie, kunstmatige monopatrie vreemdeling zijn gehuwd. Hun, naar nationaliteit alsoo gemengde, huwelijken worden in de gedachtengang die, voorzichtig uitgedrukt, bezig is zich tot bovendrijvende leer te maken (1), beheerst door een domiciliaire wet omdat, in deze gevallen, het vasthouden aan nationaliteitsaanknoping op onoverkomelijke bezwaren stuit: cumulatie van de beide nationale wetten der echtgenoten (2) loopt uit op het geven van voorrang aan de strengste wet, onder miskenning van de andere; distributieve toepassing van de betrokken nationale wetten (3) – iedere echtgenoot blijft onder zijn eigen wet – leidt tot connubiale schizofrenie, omdat elke echtgenoot zich zou moeten richten naar de wetgeving van de ander, terwijl men, wanneer de echtgenoot wiens wet scheiding toestaat, een echtscheidingsvordering instelt, met een reconventionele vordering van de echtgenoot wiens wet echtscheiding verbiedt, onherroepelijk in moeilijkheden geraakt; toepassing van de eigen wet van het forum (4) zodra één der echtelieden de nationaliteit van het forum heeft, drukt, op nauwelijks heuse wijze, de andere echtgenoot en deszelfs rechts-

(1) Zie *NTIR* 1965, p. 414, *ad* Rb. Den Haag, 28 januari 1963, *NJ* 1964, No. 302, en de verwijzingen.

(2) Belgische C. de Cass. 16 februari 1955, *Ars Aequi*, 1954/55, p. 249 met noot van Van Hecke.

(3) Zie art. 6 oud EW, een enkele maal in de rechtspraak toegepast: Rb. Den Haag, 17 maart 1954, *NJ* 1954, No. 215; zie de opmerking van de Rb. Arnhem, 22 juni 1953, *NJ* 1953, No. 718 herhaald door Rb. Leeuwarden, 23 april 1964, *NJ* 1964, No. 377 (Kollewijn, *WPNR* 4886, p. 6, 2e kol.; *NTIR* 1965, p. 409/10) nopens wat men zou kunnen noemen het matrimoniael chiasme waartoe art. 6 EW (oud) leidde.

(4) Vgl. de beroemde Franse Ferrari-zaak, uitvoerig besproken door Kollewijn in zijn Bataviase rede: *Ontaarding van het nationaliteitsbeginsel*, 1929.

positie, onder omstandigheden, geheel en al onder tafel; toepassing, tenslotte, van de wet van het hoofd der echtvereniging *qua talis* strijdt met de juridische gelijkgerechtigdheid van man en vrouw. Kortom, met nationaliteitsaanknopning kan men hier niet uit de voeten, omdat men zit ingeklemd tussen wat Droz noemde: "l'étroitesse de la solution cumulative, l'absurdité de la solution distributive, l'arbitraire du système nationaliste et l'anachronisme du recours à la loi du mari." (1) Men wijkt dan ook maar uit naar domiciliaire aanknopning, waarover later meer.

Voor zover hier van belang verdient dan genoteerd dat in ons i.p.r. als geaccepteerde regel mag gelden – ons conflictenrecht gaat m.i. eigenlijk nog verder – dat, voor de gevallen als hier bedoeld, een vreemde echtscheiding – in de formule van Kollewijn van 1958 (2) – *in elk geval* (curs. van K.) dan erkenning verdient, wanneer de gescheiden huwelijksbetrekking der echtgenoten in de persoon van één der echtgenoten, door nationaliteit en domicilie, aanknopning met de rechtsorde van het land des rechters vertoont. Duidelijk; het huwelijk is alsdan zozeer in de rechtssfeer van het vaderland, tevens woonland, van de niet-(uitsluitend)-Nederlandse partner "eingebedd" (3), dat ook de Nederlandse echtgenoot aan de wet van dat land het recht kan ontleen in zijn eigen matrimoniële staat in te grijpen.

Het nationale Nederlandse recht van een 'gemengd' getrouwd Nederlands onderdaan kan diens staat van wettig echtgenoot niet 'vatten', omdat het, ondanks art. 6 AB en de daarin geformaliseerde milieu-binding, *voor de huwelijksrelatie* en dus ook voor de positie daarbinnen van de onderdaan in quaestie, toch tē milieu-arm is. In verband met de huwelijksrelatie behaalt geen van beide nationale wetten, als zodanig, een beslissend aanknopingsoverwicht, zodat moet worden omgezien naar iets anders (4); waarmee, maar gezegd wil zijn, dat de hier bedoelde Nederlanders, evenals

(1) *De Conflictu Legum*, p. 128.

(2) *WPNR* 4528, *ad* Rb. Almelo, 23 mei 1956, *NJ* 1957, No. 29, *Tien Jaren*, p. 113/14; zie verruimde formule in *WPNR* 4832, *ad* Rb. Maastricht, 13 juni 1963, *HPS* 1963, p. 82, *Tien Jaren*, p. 128.

(3) Vischer's term die langzamerhand burgerrecht heeft verkregen, zie: *Ius et Lex* (Festschrift Gutzwiller), p. 417.

(4) De 'solution neutre' waarvan Mevrouw Kokkini gewaagt in haar inaugurele rede *Etapas vers l'égalité des statuts des époux en droit international privé*; men leze vooral ook de belangrijke bespreking die Kollewijn aan deze oratie wijdt: *NTIR* 1968, p. 422 e.v.

de lieden bedoeld hierboven *sub* 3, andermaal tégen de letterlijke tekst van de wet in, voor de toepassing van art. 6 AB, Nederlanders af zijn. En dan kan men in dit soort gevallen niet eens zeggen, dat men de wetstekst kan laten voor wat hij is, omdat men toch trouw blijft aan het ons i.p.r. beheersend nationaliteitsbeginsel. Want dat doet men nu juist niet; men stapt over naar de subsidiaire – dat is: de domiciliaire – aanknopng, omdat – zie boven – met nationaliteit redelijkerwijze geen zaken is te doen. Men heeft ervaren dat men er niet aan ontkomt te erkennen en men erkent dan ook, dat men (helaas?) de grens van de mogelijkheden in redelijkheid van de nationaliteitsaanknopng heeft bereikt: vandaar extrapolatie van ook deze Nederlanders uit de 6 AB-clan, ook ditmaal, zij het wat minder direct, door de werking van milieu-factoren.

10

Nederlanders bij art. 6 AB buiten haakjes. “Nederlanders”, in art. 6 AB, is *niet* onder alle omstandigheden alle Nederlanders. Dit staat als een paal boven water. Ik wens dit, nu alvast, nog maar weer eens uitdrukkelijk gezegd te hebben opdat, wanneer ik dadelijk met een nog iets verder gaande restrictie van de categorie: “Nederlanders”, op de proppen waag te komen, ik niet meteen te horen krijg, dat zulk een restrictie onverenigbaar is met de wetstekst. Interpretatie *contra legem*, whatever it may mean, is bij deze bepaling nauwelijks nog een eerbaar verwijt.

11

Art. 6 AB staat niet op zich. Het maakt, in zijn eenzijdigheid, deel uit van een systeem van conflictnormen dat, wanneer het om niet-Nederlanders gaat, voor wat hun staat – en nog enige aanpalende onderwerpen, zoals het erfrecht – betreft, gebaseerd is op het nationaliteitsbeginsel. Dit wil zeggen dat er door analogische interpretatie – en niet door het plaatsen van ons artikel in conjunctie met art. 9 AB(1) – een veralgijding is ontstaan, die, gelijk we

(1) Vgl. Lemaire, *Hoofdpijnen*, p. 67; zie ook Voskuil, *De internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter*, p. 70 e.v.; Franx, o.c. (noot 1, op p. 63), p. XXIV en de verwijzingen; Kollwijn, *Geschiedenis Ned. Wetenschap IPR*, p. 205; vgl. laatstelijk: De Winter, *WPNR* 5113, p. 28, 1e kol. (*ad* Rb. Haarlem, 10 december 1968, *NJ* 1969, No. 434).

zagen, de werkingsomvang van het artikel mede heeft bepaald: het nationaliteitsbeginsel maakte het geoorloofd de bipatride effectief-vreemde Nederlanders uit art. 6 AB weg te halen, terwijl het bereiken van de grens der mogelijkheden van het beginsel zelf de verwijdering uit de bepaling van de gemengd gehuwde Nederlanders bewerkstelligde. De Hoge Raad is in zijn arrest van 9 december 1965 zelfs nog verder gegaan door, in aansluiting aan de boven *sub* 3 geciteerde overweging, te verklaren, dat art. 6 AB geen regeling bevat voor het geval dat één van de echtgenoten naast de Nederlandse ook een vreemde nationaliteit bezit – in welk geval we worden verwezen naar de ongeschreven beginselen van ons i.p.r. –, daarmee bereikende dat ingevolge zijn uitspraak, een bipatride maar effectief-Nederlands echtpaar ook al niet onder het artikel valt. (1)

Dit alles zo zijnde, wordt het van belang vast te stellen hoe het er aan de zelfkant van het nationaliteitsbeginsel uitziet. En men constateert dan dat – afgezien van de algehele terugdringing (2) van het beginsel –, voor gevallen waarin de verbinding tussen een monopatride persoon en het rechtsmilieu van het land waarvan zij de nationaliteit draagt, geheel of nagenoeg geheel ontbreekt, rechters en doctrine gelijkelijk bereid zijn uit de nationaliteits-aanknoping weg te lopen.

Men denke maar eens aan het bekende geval van de Estlandse nalatenschap (3), waarin de Hoge Raad, onder inroeping van de in feitelijke instanties vastgestelde verknoping met Nederland, weigerde de door de van oorsprong Nederlandse erflater verworven Estische nationaliteit in casu als aanknopingspunt te honoreren. Meijers wijst er in zijn noot onder het arrest op, dat de gereleveerde feiten onmiskenbaar meebrengen dat er door “dezen piraat (...) uit een rechterlijke vrijhaven” – zoals Offerhaus hem noemde (4) – eenvoudigweg *in fraudem legis* is gehandeld. Kennelijk heeft de rechter dit laatste echter niet tot grondslag van zijn be-

(1) Aldus ook d'Oliveira, *l.c.* (noot 2, op p. 54), p. 270, nt. 2.

(2) De Winter in *De Conflictu Legum*, p. 514 e.v.; vgl. ook mijn bijdrage tot dezelfde bundel, p. 103 e.v.; vgl. ook De Winter's colleges voor de Académie Internationale, *Rec. des Cours* 1969 III, p. 349 e.v.

(3) HR 21 maart 1947, *NJ* 1947, No. 382, Noot Meijers; Dubbink, *WPNR* 4077/78; Van der Ploeg, *Enkele erfrechtelijke hoofdstukken van i.p.r.* preadvies 1961, Broedersch. Notarissen, p. 16; Franx, *o.c.* (noot 1 op p. 63), p. 135.

(4) *HPS* 1953, p. 4.

slissing willen maken(1); hij heeft de voorkeur gegeven aan het, ditmaal geenszins als voorhamer gehanteerd, argument der openbare orde: vrijwel volledige integratie in onze rechtssfeer maakt dat ons dwingende recht zich doorzet tegen het objectief aangeknoopte maar milieu-arme, nationale recht in.

Men denke ook eens aan het geval van de Turkse dame uit Vleuten. Zij was in 1922 te Constantinopel in het huwelijk getreden met een Turk, die kort nadien in zijn vaderland ter dood werd veroordeeld. Het echtpaar neemt de vlucht en zet zich – het is 1923 – neer te Vleuten, in het ouderlijk huis van de vrouw, die van origine Nederlandse was, maar door haar huwelijk, onder verlies van haar Nederlandse, de Turkse nationaliteit had verkregen. Den man werd de Turkse nationaliteit ontnomen, de vrouw mocht haar behouden. Toen de erfboedel van onze kunst-Ottomaanse, die onafgebroken met haar apatride echtgenoot in Vleuten had gewoond, moest worden beredderd, weigerde ook hier de rechter de voorhandene nationaliteit als aanknopingspunt te gebruiken(2); zulks onder goedkeuring, achteraf, van Kolléwijn, niet zozeer op het stuk van argumentatie – want die was bepaald ongelukkig – als wel voor wat betreft de uitkomst: “Het was duidelijk,” zo zegt hij, “dat de gronden die de regel schragen, dat in het erfrecht de nationale wet van de erflater moet worden toegepast, voor deze erflater niet opgingen.”(3) Verregaande armoede aan milieu-inhoud doet het formeel bestaande aanknopingspunt zijn aanknopingswaarde verliezen.

En wat te zeggen van het Siamees meisje: Bagman, dat haar naam zo graag in Sirikit veranderd zag, en dat door de rechter in Nederland, waar zij vrijwel haar gehele leven met haar statenloze ouders had gewoond, voor deze naamsverandering aan Siamees recht werd onderworpen, hoewel vaststond dat de enige band tussen haar en Siam gelegen was in het feit dat zij, waarschijnlijk op repatriërings-doorreis vanuit Indonesië, op Siamees grondgebied ter wereld kwam, om spoedig na ontslag uit de kraamkliniek met de ouders (weer) scheep te gaan; naar Nederland. Kolléwijn had

(1) Vgl. Rb. Amsterdam, 22 december 1936, *NJ* 1937, No. 47, waarnaar Meijers in zijn Noot (*supra* nt. 3 op p. 68) verwijst.

(2) Rb. Utrecht, 12 november 1954, *NJ* 1955, No. 372; *NTIR* 1956, p. 287, Noot Blackstone: Van der Ploeg, *l.c.* (nt. 3 op p. 68), p. 17.

(3) *WPNR* 4425, p. 543, 2e kol.; *Tien Jaren*, p. 237.

er het volgende van te zeggen: "Is dit niet het nationaliteitsbeginsel ad absurdum gevoerd?"⁽¹⁾

Fraai, in dit verband, is ook de overweging van de Haagse Rechtbank naar aanleiding van de adoptie in Nederland door een Nederlands echtpaar van een in Nederland geboren natuurlijk kind van een Duitse moeder:

"dat de minderjarige weliswaar de Duitse nationaliteit bezit, doch vanaf zijn geboorte in Nederland in de Nederlandse rechtssfeer heeft verbleven en deze nimmer heeft verlaten; dat alle beslissingen omtrent voorziening in het gezag over de minderjarige zijn genomen conform de Nederlandse wet; dat er derhalve termen bestaan in het onderhavige geval uitsluitend het Nederlandse recht toe te passen".⁽²⁾

een overweging die met betrekking tot het punt dat ons hier bezighoudt aan duidelijkheid weinig te wensen overlaat. Evenmin trouwens als de voortreffelijk geformuleerde overweging uit het echtscheidingsvonnis, van 29 januari, van (wéér) de Rechtbank Amsterdam, waarin, met betrekking tot een uitsluitend Venezolaans echtpaar, werd betoogd dat, tegenover het domiciliaire recht, het gemeenschappelijke nationale recht een al te grote milieuarmoede vertoonde en deszelfs toepassing dan ook niet kon worden geëist door het uit art. 6 AB afgeleide nationaliteitsbeginsel.⁽³⁾

Ook het huwelijksgoederenrecht, aan de hand van de Hoge Raad⁽⁴⁾ onder het personeel statuut en daarmee – volgens Dubbink zelfs bij uiteenlopende nationaliteit der echtelieden – onder nationaliteitsaanknopning gebracht, vertoont zo zijn toegankelijkheid voor het aanknopingsoverwicht van het milieu waarin feitelijk en maatschappelijk wordt geleefd; betoogt Dubbink niet: "Wanneer partijen lange tijd (bijvoorbeeld tien jaar) gewoond hebben in een staat waartoe de man – bij Dubbink aanknopings-element; J.D. – niet door nationaliteit behoort, zou het langdurig wonen in die staat dezelfde kracht moeten hebben als naturalisatie:

(1) Rb. Arnhem, 23 april 1963, *NJ* 1963, No. 394; Kolléwijn, *WPNR* 4830; *Tien Jaren*, p. 37. Vgl. hier de uitspraak van de Rb. Den Haag, 25 september 1962, *NJ* 1963, No. 506 eveneens inzake voornaamsverandering: *Tien Jaren*, p. 38; zie mijn bijdrage tot de Pitlo-bundel: *Plus est en vous*, p. 197/98.

(2) Rb. Den Haag, 21 februari 1968, *CAR* 4901; T. M. C. Asser-Inst. 5543.

(3) *NJ* 1970, No. 188; vgl. ook de beslissing van dezelfde Rb. op dezelfde datum *l.c.*, No. 187; ik heb de eerstbedoelde beslissing met eigen woorden weergegeven.

(4) HR 17 mei 1929, *NJ* 1929, p. 1279; Van der Ploeg, *WPNR* 4243-45 en *Régimes matrimoniaux*, p. 889; Lemaire, *Hoofddlijnen*, p. 115.

de wet van die staat zou moeten beslissen of partijen huwelijksvoorwaarden kunnen maken of wijzigen.” (1)

12

Dit soort droge naturalisatie waarbij een nieuwe nationaliteit niet ècht wordt verworven, terwijl de oude, hoewel zij allang geheel ‘leeg staat’, niet ècht wordt verloren, kan de personen die het betreft in een nieuwe situatie brengen die door de Cour d’Appel van Parijs (2) met betrekking tot Hongaarse vluchtelingen is getypeerd als de positie van “apatrides de fait”, welke positie dan rechtvaardigt dat, als op een “apatrides de droit”, het domiciliaire recht wordt toegepast. Het is de volkenrechtelijke positie van de beroemde heer Nottebohm (3) getransponeerd op het internationaal privaatrecht: zo min als Liechtenstein zich voor genoemd heer die formeel zijn onderdaan was, bij de Cour Internationale de Justice sterk vermocht te maken, omdat er van een “lien effectief”, een “genuine link” tussen de man en Liechtenstein in het geheel geen sprake was, zo min zou ook in het i.p.r. aanknopings door middel van de Liechtensteinse nationaliteit toelaatbaar zijn. Zo goed als het kan zijn dat een voorhandene nationaliteit nooit aanknopingsrecht heeft bezeten – Nottebohm, Estlandse erflater, – zo kan het ook wezen dat een nog steeds voortbestaande nationaliteit haar aanknopingsvalentie voor het i.p.r. – en wellicht zelfs voor het Volkenrecht – overleeft. Wat men, vanwege het schrijnende van hun geval, bij Hongaarse en andere réfugiés onmiddellijk duidelijk voor ogen had – ook vóórdat het Vluchtelingenverdrag in werking was getreden –, moet toch eveneens kunnen worden ingezien in gevallen waarin een complete vervreemding van het vaderland in geen enkel opzicht iets schrijnends zou hebben. Het is bepaald geen toeval dat wat Kollewijn schreef in verband met de eerste categorie “apatrides de fait” zo nauwkeurig

(1) Dubbink en Van der Ploeg, *Het huwelijksvermogensrecht in het i.p.r.* Preadviezen Kon. Broedersch. Notarissen, 1969, p. 25. Vgl. Sauveplanne, *WPNR* 5052.

(2) Arrest van 23 november 1954, *D.* 1955, p. 245; *Rev. Crit.* 1956, p. 63, Noot van Loussouarn.

(3) Zie Maury, *L'arrêt Nottebohm et la condition de la nationalité effective*, in: Festschrift Makarov (*RabelsZ* 1958), p. 515 e.v. met abundante literatuurvermelding. Het is interessant te constateren hoe ook de CIJ via polypatridie tot de beperking van het rechtseffect van monopatridie komt.

past op de tweede: "Het nationaliteitsbeginsel verliest zijn zin indien, door welke omstandigheden ook, een persoon geheel is losgeraakt van zijn vaderland en er niet meer aan denkt daarheen terug te keren, hetgeen ook kan worden uitgedrukt door de integratie in het sociale milieu van zijn woonplaats. Het kan soms moeilijk zijn deze afwezigheid van "esprit de retour" en het opgaan in het plaatselijk milieu vast te stellen. Zolang de feiten in dit opzicht niet(1) duidelijk spreken, zal de rechter, voor wie het nationaliteitsbeginsel geldt, de nationale wet moeten blijven toepassen. Maar zodra het voor een rechter evident is, dat feitelijk met de vaderlandse gemeenschap werd gebroken, is het toe te juichen, dat hij niet aan mechanische toepassing van het nationaliteitsbeginsel vasthoudt." (2) Een kleine vier jaar later getuigt Kolléwijn nog eens van deze opvatting in zijn commentaar op het geval van het Siamese meisje Bagman, dat boven werd weergegeven.

Mijn stelling dan is deze, dat er geen enkel bezwaar tegen kan bestaan om, wanneer het nu eens, anders dan in de *sub* 11 vernoemde gevallen, niet om van hun vaderland vervreemde buitenlanders in Nederland, maar om van Nederland vervreemde Nederlanders in het buitenland gaat, op gelijke wijze als bij de genoemde gevallen is geschied, van het verbeteren doordrukken van ons nationaliteitsbeginsel af te zien. En laat ik niet horen dat er iemand zegt dat de tekst van de wet er zich tegen verzet! Meer nog, laat ik ook niet merken dat iemand nog schrijft dat art. 11 van de Wet AB het verbiedt! (3) De door interpretatie gewonnen veralzijdiging die aan art. 6 AB het voor vreemdelingen geldende, ongeschreven analoon toevoegde, heeft, zo wij zagen, zijn invloed op de werkingsomvang van de bepaling alreeds gehad, en wel buiten bezwaar van genoemde objecties. Wanneer wij het ons dan permitteren in quaesties betreffende de staat onder omstandigheden een voorhandene vreemde nationaliteit van een monopatride buitenlander bij de

(1) Dit woordje: 'niet', is naar mijn mening, in de op de vindplaats afgedrukte tekst kennelijk weggevallen; ik moge mij deze interpolatie hier dan ook veroorloven.

(2) *NTIR* 1961, p. 143, met een verwijzing naar Batiffol, die in deze richting de oplossing voor het antagonisme tussen nationaliteit- en domicilie zoekt (*Traité*, p. 441 - 3e druk -; vgl. thans, 5e druk, m.m.v. Lagarde.

(3) Lemaire, *Hoofdlijnen*, p. 145; de betekenis van deze AB-bepaling is maar een zeer beperkte; kan in ieder geval niet worden gebruikt als stop op de rechterlijke plicht zich af te vragen wat in concreto de werkingsomvang van een toe te passen bepaling moet zijn.

aanknoping te negéren, (1) brengt bedoelde veralzijdiging met zich, dat aan deze objecties evenmin doorslaggevende betekenis toekomt wanneer wij in zaken van personeel statuut onder vergelijkbare omstandigheden ook de Nederlandse nationaliteit van een monopatride landgenoot bij de aanknoping buiten beschouwing laten. En, à propos, laat ik dan nog liefst óók niet gewaarworden, dat iemand volhoudt dat deze restrictie zich niet verdraagt met de wil van de wetgever. (2) Beroep op Voorduin ten betoge dat ook de van Nederland vervreemde emigranten (wel degelijk) onder art. 6 AB vallen, omdat de wetgever met "de" Nederlanders "alle" Nederlanders zou hebben bedoeld, mist – die Gesetze sind besser als ihre Verfasser – overtuigende kracht, ook al daarom, omdat thans toch al wel duidelijk mag zijn geworden, dat naar staand objectief recht de categorie Nederlanders in art. 6 AB heel stellig niét "alle" Nederlanders meer omvat. Trouwens, de historie wijst eerder in tegengestelde richting wanneer men maar wil bedenken "hoe weinig men in de eerste helft van de negentiende eeuw in de overgang van het domicilie- tot het nationaliteitsbeginsel ten aanzien van het personeel statuut een principiële en belangrijke wijziging heeft gezien." (3)

13

Aanvaarding van de stelling, dat geheel van Nederland vervreemde Nederlanders óók niet onder 6 AB vallen, met incalculering van de afwezigheid van een 'animus revertendi' – "ook voornemens zijn, indien plausibel en voldoende gestaafd, feiten waarmee een rechter soms rekening heeft te houden" (4) – , zou het mogelijk hebben gemaakt rechtstreeks en zonder dat een beroep op de openbare orde noodzakelijk was geweest, tot de erkenning over te gaan van het – wellicht bijna vergeten – Zuid-Afrikaanse echtscheidingsvonnis waarover – zie boven, *sub* 5 – de Amsterdamse Rechtbank te oordelen had. Integratie in Zuid Afrika dès dat, al-

(1) En dat niet uit "chauvinisme judiciaire"; zie Ariëns, *NTIR* 1962, p. 1.

(2) Franx, *RMTh* 1966, p. 144; ook Lemaire, die zich *l.c.* (noot 3 op p. 72) eveneens voor zijn afwijzing op de geschiedenis beroept, zij het niet uitdrukkelijk op *toets*-geschiedenis.

(3) Kollewijn, *Geschiedenis*, p. 199.

(4) Kollewijn, *ad* Rb. Amsterdam, 7 april 1964, *Nf* 1965, No. 213, *WPNR* 4927, p. 484, 1e kol.

thans voor de man, naturalisatie was aangevraagd die kort na de scheiding ook werd verkregen, een en ander ten blijke van het voornemen nu ook voor het laatste formele restant met Nederland te breken, zou het echtpaar buiten bereik van art. 6 AB hebben gebracht, ook vóórdát de naturalisatie een feit was. Het zacht smalend commentaar dat Kisch (1) gaf op de rechterlijke referte aan het discours van de Groninger Amerikaan met de plaatselijke koddebeier nopens zijn voornemen de Nederlandse nationaliteit aan te vragen nadat hij er alles wat maar mogelijk was aan had gedaan om zijn Amerikaanse nationaliteit 'leeg te halen', lijkt in het licht van het hier betoogde enigszins onverdiend. Het "spelen volgens de regels", waar Kisch terecht zo op gesteld is, betekent toch zeker: het spelen volgens de regels zoals die naar hun uit interpretatie te winnen zin en strekking moeten worden verstaan; en dan kan de strekking wel eens minder omvatten dan de tekst suggereert. (2) De altijd met kracht van stal gesleurde rechtszekerheid loopt hierbij dan geen gevaar, wanneer men er zorg voor draagt de grens van de spankracht der norm enigermate duidelijk aan te geven. En dat is hier, moge ik denken, toch stellig gebeurd.

14

Er kon tot nu toe, echter, ten behoeve van de voorgedragen stelling, maar weinig bijval worden genoteerd. Franx vindt haar *de iure constituendo* niet onverdedigbaar, maar acht haar thans in strijd met het staande Nederlandse i.p.r. (3), terwijl De Winter, van hetzelfde gevoelen, de poging om voor de duidelijk onbevredigende gevolgen van niet-erkenning van een vreemde, tussen Nederlanders uitgesproken echtscheiding, langs deze weg een oplossing te vinden, zonder meer vruchteloos noemt. (4) En *hij* krijgt wel bijval – het leven is hard –, met name van Van Oosten in zijn conclusie voor het bovengenoemde 4 maart-arrest, (5) en van

(1) De Amerikaan buitenaf, *WPNR* 4375, n.a.v. Hof Leeuwarden, 3 maart 1954, *NJ* 1954, No. 328. Zie over deze zaak ook Van der Ploeg, *l.c.* (boven, noot 3 op p. 68) en de verwijzingen bij deze.

(2) Ik moge hier verwijzen naar wat ik schreef naar aanleiding van Van der Ploeg's 2e erfrechtelijke regel: *NTIR* 1962, p. 81/82.

(3) *L.c.*, zie boven noot 2, p. 73.

(4) *HPS* 1964, p. 87. Zie ook *Rec. des Cours* 1969, p. 392 e.v.

(5) *NJ* 1965, No. 132, p. 536, 1e kol.; zie boven *sub* 3.

Lemaire die van strijd met art. 11 AB gewaagt. (1) Ook Hijmans van den Bergh ziet het met de stelling niet helemaal gemaakt; vindt haar, lijkt het, te domiciliair; zegt dat de Hoge Raad er trouwens ook niet van wil weten. (2) En daar, zo zou men geneigd zijn te zeggen, ziet het wel naar uit.

15

In zijn commentaar op de 4 maart-beslissing kloeg Kollwijn (3) al dat de Hoge Raad, jammer genoeg, bij zijn verwerping van het beroep tegen de Rotterdamse beschikking, niet het voorbeeld van de Rechtbank had gevolgd door een slag om de arm te houden. De door de Hoge Raad geformuleerde erkenningsregel luidt inderdaad bijzonder strikt. Men leze haar, boven *sub* 3, nog maar eens na. En de geïmpliceerde bevestiging van de regel, op 26 september 1969, (4) maakt dat de zaak er niet juist veel gemakkelijker op wordt.

Nu is het wel waar – Kollwijn ziet daar in zijn commentaar, dunkt me, aan voorbij – dat de Hoge Raad in een goeie maartse bui, aan zijn eerstgenoemde beschikking een échappatoire heeft verbonden (neergelegd in het op twee na laatste ‘dat’ (5) van zijn enige overweging ten aanzien van het cassatiemiddel) waardoor hij zich de mogelijkheid van erkenning, onder bijzondere omstandigheden, ‘tegen’ de strikt luidende regel in lijkt te hebben voorbehouden, maar het is al even waar dat hij, in september 1969, het échappatoire niet onaanzienlijk heeft verengd door, nogmaals, te overwegen dat aan de werking van art. 6 AB niet kan worden afgedaan door de in het middel aangevoerde omstandigheden, welke dan daarin bestonden, dat de in Zuid-Afrika gescheiden Nederlanders “geen enkele nauwe band met Nederland meer onderhielden”.

Hier komt dan nog bij, zo zou men nog kunnen betogen, dat van

(1) *L.c.* boven, noot 3 op p. 72.

(2) Noot onder 9 december-arrest, *NJ* 1966, No. 378, p. 1047, 1e kol.

(3) *L.c.* boven, noot 2 op p. 56.

(4) Zie boven *sub* 4, en noot 1 op p. 58.

(5) “dat de omstandigheden vermeld in het slot van het eerste onderdeel en in het tweede onderdeel, daaraan niet kunnen afdoen.” Het is, inderdaad, *niet* 's Hogen Raads gewoonte zich al te strak vast te leggen; vgl. de geciteerde passage uit Kollwijn's commentaar, boven *sub* 3 (begin); zie ook Franx, *RMTh* 1966, p. 145/46.

een échappatoire, gelijk hier bedoeld, niets is te bespeuren in de regel als geformuleerd in de, tussen beide uitspraken in gevallen december-beslissing van 1965. Maar dààr staat dan weer tegenover *dat* het dictaat van art. 6 AB in de winterformule van '65 – het was Van der Grinten die hierop wees (1) – minder streng en stringent aankomt dan in de “krachtens”-frase van maart van hetzelfde jaar; *dat* deze beslissing in haar geheel enkele twijfelachtigheden en inexactitudes (2) bevat waardoor men er goed aan doet haar niet àl te geredelijk ‘at face value’ te nemen; *dat*, bovendien, waar de categorieën van een rechtsregel, gelijk het hun aard is, nu eenmaal altijd aan uitdijng en inkrimping onderhevig zijn, men niet zomaar mag aannemen dat de regelgever extensie en restrictie heeft uitgesloten indien hij, wellicht niet begerig in alles vooruit te lopen op beslissingen in concreto, de – in tijd nog vaak wisselende – begrenzing van de spankracht zijner categorieën niet op voorhand heeft aangegeven; en *dat* tenslotte de Hoge Raad, zichzelf in de beslissing van september 1969 door toevoeging van de – verenigde – reserve corrigerend, het overabsolute van december 1965 weer heeft geredresseerd.

Het opgehouden échappatoire – zo het er is, hetgeen ik wens vol te houden – is weliswaar bepaald zeer eng, maar nu ook weer niet zó eng of men kan er de (mijns inziens tòch al niet onder art. 6 AB vallende) Nederlanders die met Nederland in het geheel geen banden – en dit is iets anders dan “geen enkele nauwe band” – meer onderhielden, geriefelijk door buiten de erkenningsnorm brengen. In zoverre heeft de Hoge Raad, naar mijn stellige overtuiging, de handen nog geheel vrij. (3)

En dit niet alleen, het échappatoire biedt ook nog mogelijkheden tot erkenning van de buitenlandse echtscheiding van Nederlanders die *niet* door complete vervreemding, als ‘apatrides de fait’, op het moment der scheiding reeds buiten art. 6 AB waren geraakt, maar die, tengevolge van een ‘Norm-treue’ niet-erkenning, met hun hinkend huwelijk in de allergrootste ongelegenheid zouden komen: Nederlanders die na verkregen echtscheiding in den vreemde keurig zijn hertrouwd, al of niet met een vreemdeling, en die uit zulk

(1) *Ars Aequi* 1966, p. 213.

(2) Zie de commentaren vermeld *supra* noot 2, p. 57.

(3) Vgl. mijn commentaar in *NTIR* 1969, p. 413/414; zie mijn bijdrage tot de Hijmans van den Bergh-bundel, *Met eerbiedigende werking* p. 381.

een opvolgend huwelijk kinderen hebben gekregen; Nederlanders, die anders dan de Zuid-Afrikaan geworden ex-landgenoot uit de Amsterdamse beschikking, wellicht eerst geruime tijd ná de scheiding van Nederland zijn weg-genaturaliseerd. Ook over dezulken heeft de Hoge Raad zich tot nu toe niet uitgelaten – nog ook hoeven uitlaten – en het staat dan ook geenszins vast, dat hij de ‘bijzondere omstandigheden’ van deze lieden – die met een restrictief verstaan van art. 6 AB dus niet zijn te helpen – buiten aanmerking zal laten om vooral maar te voorkomen dat hij tot een beslissing ‘tegen de regel in’ zou geraken. Ik zou menen dat de Hoge Raad ook in dit opzicht de handen nog geheel vrij heeft.

16

En dat is maar goed ook, en wel om de volgende reden. In zaken van erkenning is het niet altijd juist, uitsluitend en alleen de vraag te stellen of de situatie over welke erkenning het gaat, is tot stand gekomen op een regelmatige wijze, dat wil zeggen regelmatig naar maatstaf van de regels die de erkenner bij het tot stand brengen van zulk een situatie zelf zou hebben moeten hanteren. Bij de vraag of datgene wat buitenaf op een daar geldige wijze werd verricht, ook hier kan worden aanvaard, spreekt het feit van het reeds geldig bestaan dáár, hiër noodzakelijkerwijze mee, zodat men bij erkenning met een ander feitenbestel te maken heeft dan bij totstandbrenging. (1) Anders gezegd: wil men zich – zoals in casu – in de werkingsomvang van de materiële conflictregel bij erkenningsquaesties verdiepen, dan ontkomt men er niet aan zich tevens te bezinnen op de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden ons recht bereid is aan het voldongen feit betekenis toe te kennen “tegen” de eigen geschreven of ongeschreven conflictnormen in. Het is Kollewijn geweest die door zijn innoverend commentaar bij de Amsterdamse beschikking van 1961, voor dit aspect van de erkenningsproblematiek het eerst de aandacht heeft gevraagd. (2)

(1) Voskuil, *WPNR* 4976, p. 537/38, met name noot 40; vgl. aldus ook Bijleveld, *o.c.* (boven noot 5 op p. 56), No. 17, p. 12; zie ook mijn bijdrage tot de Pietersbundel: *Rechtsvinding*, p. 120/21; zie tevens Lemaire, *Hoofddlijnen*, p. 146.

(2) *WPNR* 4739, p. 429, 2e kol. *Tien Jaren*, p. 121; vgl. Niederer, *Einführung*, p. 321/22.

Kollewijn, dan, die het beroep van de Rechtbank op de openbare orde in de besproken beschikking misplaatst achtte, was van mening dat haar weigering om onder pressie van art. 6 AB de Zuid-Afrikaanse echtscheiding van de hand te wijzen, wellicht beter te baseren ware geweest op een weliswaar aan de openbare orde verwante, doch daar ook weer wezenlijk van verschillende nieuwe exceptie: "de uitzondering van het *fait accompli*". Eer internationaal privaatrechtelijk systeem, zo betoogt hij, dat gebaseerd is op het domiciliebeginsel, heeft, waar nu eenmaal he vestigen van een woonplaats niet onder alle omstandigheden zekerheid biedt omtrent het "opgaan in de lokale gemeenschap" – hetgeen de ratio uitmaakt van het systeem –, terwijl dit "opgaan" juridisch niet wel anders dan door het woonplaatsbegrip kan worden gevat, voor de ergste gevallen behoefte aan een escape clause die het dan vindt in de exceptie van de *fraus legis* of in de openbare orde. En nu toont juist de Amsterdamse uitspraak aan aldus vervolgt hij, dat, in erkenningszaken, ook het nationaliteits-systeem behoefte heeft aan een escape-clause, in die gevallen n.l. "waarin het apert is dat niet zonder de gerechtigheid te kort te doen aan die regel (i.e. de uit art. 6 AB afgeleide erkenningsregel; J.D.) kan worden vastgehouden". Domiciliestelsel: vreemd staatsvonnis wordt erkend als het conform het woonrecht is uitgesproken, tenzij er sprake is van *fraus legis*; nationaliteits-stelsel: vreemd staatsvonnis wordt niet erkend wanneer het slechts conform het woonrecht is gewezen, tenzij er sprake is van een onmiskenbaar '*fait accompli*'.

Wanneer doet dit laatste zich nu voor? Kollewijn geeft daar slechts enkele gedachten over mee. Het is duidelijk, zegt hij, dat de tijd hier een rol vervult. "Een vreemd echtscheidingsvonnis met miskenning van het Nederlandse recht gewezen, heeft minder kans op erkenning, wanneer het pas is uitgesproken, dan wanneer het jaren geleden werd gevelde, en het feitelijk een toestand van gescheiden-zijn der echtgenoten in het leven heeft geroepen. Het kan voorts verschil maken of de *eiser* bij het buitenlandse rechtsge ding zich op het vonnis beroept (bijvoorbeeld om te hertrouwen) dan wel of de *gedaagde* dit doet. Hebben beide echtgenoten het vonnis geaccepteerd door beiden te hertrouwen, dan zal geer Nederlandse rechter, behalve als hij door de theorie misleid is

het vreemde vonnis krachteloos verklaren, uitgezonderd indien beiderzijds fraus legis zou zijn bewezen." En hij geeft dan tenslotte aan, dat er een argument voor de aanvaarding van de buitenlandse echtscheiding steekt in het feit dat de gedaagde uit het buitenlandse proces in de absolute feitelijke onmogelijkheid verkeert – gelijk in het geval van maart 1961 – om een echtscheiding te verkrijgen die genade vindt in de ogen van de Nederlandse rechter.

18

Alvorens deze meegegeven gedachten wat nader te overwegen, lijkt het dienstig eerst mede in het beschouwingsveld te betrekken een aantal gedachten van Kisch die, voor zover ik weet, eveneens als eerste in ons land zich met iets van uitvoerigheid over het voldongen feit in het privaatrecht heeft uitgelaten. (1) Kisch, dan, wijst erop dat er in het recht een duidelijke conservatieve tendentie is te bespeuren, die haar grond vindt in de menselijke neiging het nu eenmaal ontstane in stand te laten, het in gang gezette niet terug te draaien; en hij doet opmerken dat deze behoudende neiging zich ook manifesteert met betrekking tot relaties en situaties die hun ontstaan danken aan inbreuk op een norm: de progressieve kracht van het recht wordt gestuit door een conserverende tegenkracht. Voorts formuleert hij, met een beroep op de talmud, als observatie van algemene waarde voor ons onderwerp, de volgende stelling: "Een 'sterk' voorschrift, een verbod van grote progressieve kracht laat zich niet in zijn werking stuiten, maar een zwak voorschrift wordt in zijn loop tegengehouden door de tegenkracht, de wrijving van, de eerbied voor het *fait accompli*", een stelling die hij amper illustreert. En, tenslotte, vestigt hij de aandacht op het bestaan van wat hij noemt: de samengestelde tegenkracht, waarbij veelal met name de tijd, waarop ook Kollewijn reeds wees, een belangwekkende rol heeft te vervullen – en hij geeft dan als voorbeeld, onder andere, de verjaring.

Ik moge hier nog een enkele observatie uit eigen-teelt aan toevoegen, vooreerst in verband met de functie van de tijd. Naar mijn

(1) *Het Privaatrecht tegenover het Voldongen Feit*, in: Verslag van het Prov. Utr. Genootschap v. Kunsten en Wetenschappen 1949, p. 67 e.v.; vgl. hier mijn *Het Internationaal Privaatrecht en het Voldongen Feit*, Publicaties Studiekring Offerhaus, Reeks IPR, No. 6 (ter perse).

mening betreft het hier een dubbelfunctie: de tijd werkt er niet alleen toe mee het feit van het bloot bestaan van de aan de norm contraire situatie te versterken – het tijdsverloop verzwaart niet alleen het fait accompli en verstevigt alzo zijn aanspraak op handhaving –, de tijd draagt er eveneens toe bij dat de bij het ontstaan van het fait accompli gevioleerde norm ten gevolge van een soort *non-usus* aan doorzettingskracht inboet. Dit dubbelkarakter zal in de internrechtelijke gevallen waarover Kisch het had, wellicht niet zo duidelijk in het oog springen; in het internationaal-privaatrechtelijke evenwel ligt dat anders, omdat daar – en dat is dan tegelijk een tweede observatie – de tijdsfactor zich veelal met een ruimtefactor combineert: het fait accompli dat buitenaf, contrair aan onze normen, is ontstaan en waarop, nog steeds buitenaf, gedurende een zekere spanne tijds is voortgeleefd, is door het tijdsverloop zelf niet alleen versterkt, maar wordt uit ‘hoofde van verwijdering’ uit onze rechtssfeer, en dat gedurende genoemde zekere spanne tijds, in verminderde mate vatbaar voor toepassing van onze normen. Het is in het i.p.r. nu eenmaal zo dat – dwingende, want daar gaat het natuurlijk steeds over – normen aan doorzettingskracht inboeten (c.q. winnen) naarmate de door hen bestreken casus zich verder verwijderd uit het rechtsmilieu waarin zij gelden (c.q. er dieper in doordringt); het is de gedachte van de relativiteit van de openbare orde. (1) Speelt, nu, voor het interne recht alleen het wat men zou kunnen noemen, intrinsieke gewicht van de norm (2) een rol – hiermee is bedoeld te refereren aan de mate waarin de betreffende rechtsorde aan de handhaving van de norm hangt; men vergelijkte: het verbod van bigamie tegenover de termijn van afkondiging bij huwelijksluiting (3) –, voor het internationaal privaatrecht komt hier nog bij wat dan het *extrinsieke* gewicht van de norm zou kunnen heten: de in concreto te bepalen doorzettingskracht van de norm in het licht van de graad van verbondenheid tussen (internationaal) feitenbestel en rechtsorde waaruit de norm stamt. Lang volgehouden verwijdering tendeert dan dit extrinsieke gewicht te doen afnemen, omdat de

(1) Een verwijzing voor vele: Lemaire, *Hoofdpijnen*, p. 390 e.v. en samenvatting, p. 415.

(2) Dit gewicht kan in tijd nog fluctueren: vgl. erkenning van een overspelig kind.

(3) Zie art. 76 Nw. BW.

betreffende rechtsorde in toenemende mate gedesinteresseerd raakt. (1)

Als derde observatie zij dan tenslotte nog gezegd, dat het fait accompli waarom het in het internationale gaat, een feitenbestel moet zijn dat effectief en rechtswerkzaam is en als zodanig erkend wordt en beleefd in een milieu waarmee een relevante verbinding bestaat.

19

Verdiens Kollwijn's exceptie van het fait accompli te worden aanvaard? Ik meen van wel; sterker nog, ik geloof dat men er, bij de huidige stand van zaken, waarbij art. 6 AB ook voor erkenningsvragen geldt, eenvoudigweg niet onderuit kan. Het is des rechts om niet alles wat anders dan volgens de eigen normen tot stand komt, om de enkele reden dier afwijkende genese, als ongeldig terzijde te stellen en te negeren. Het 'quieta non movere' doet, behalve in het privaatrecht en het volkenrecht, ook opgeld in het i.p.r. Ik behoef hier alleen maar te wijzen op de verkregen rechten - door Lemaire in zijn handboek, en, naar aanleiding van art. 21 lid 2 EW, in zijn losbladige uitgave (2) onder de vocable: fait accompli, ten tonele gevoerd - om te doen blijken dat wij wel degelijk bereid zijn, nopens de aanvaarding van voldongen feiten met onze (conflict-)normatuur waarmee geen rekening mocht zijn gehouden, onder omstandigheden terug te treden (3); en hetzelfde geldt mede, en dan in iets ruimere mate nog wel, voor de situaties bedoeld in art. 11, sub 3 EW. Het arrest Ellis-van Schuylenburch (4) is niets anders dan de acceptatie van een fait accompli, ook al werd ze verhuuld achter een rechtshistorische interpretatie van art. 992 BW en het is al eender met de in renvoi-kleding gestoken oplossing van het beroemde geval-Forgo. (5) Trouwens onze

(1) Zie ook de rechtvaardiging van het toepassen van het renvoi inzake adoptie: *WPNR* 5123, sub B, Inleiding. Vgl. ook bijdrage tot de Pieters-bundel, p. 123/24 naar aanleiding van het arrest Ellis- van Schuylenburch, HR 20 januari 1961, *NJ* 1964, No. 381, noot Veegens. Voor illustratie van het hier betoogde zij verwezen naar de litteratuur, vermeld in noot 1, p. 79.

(2) *Hoofddijnen*, p. 383, met name p. 387; losbl. uitg. EW, p. 147/48.

(3) Zie voor het verwijderingsaspect, de woorden: 'buiten Nederland,' in de aanhef van art. 21, lid 2, EW.

(4) *Vide supra* noot 1.

(5) Batiffol-Lagarde (5e druk), p. 361.

hele tastende rechtspraak die, met een wonderlijke variatie aan argumenten, (1) zich op het stuk van erkenning van buitenlandse echtscheiding van Nederlandse echtgenoten waarvan er een ook nog een vreemde nationaliteit had, aan art. 6 AB wist te onttrekken, is één grote aanvaarding van rechtswerkzame voldongen feiten; en hoezeer dit als tegen de norm ingaande werd gevoeld, moet men dan nog maar eens lezen bij Van Sasse van Ysselst. (2) Men zie in dit verband ook naar de kidnep-gevallen, die geheel in het teken staan van (vermijding of aanvaarding van) het *fait accompli*. (3) Het rekening houden met aan de norm *contraire faits accomplis* weet men soms, als gezegd, langs interpretatieve weg in de norm in te werken; een ander maal gaat men ertoe over dit rekening houden in een nieuw geformuleerde zelfstandige norm op te nemen: zie de regel der verkregen rechten, zie ook de erkenningsregel met betrekking tot de zoëven bedoelde echtscheidingen. (4) Maar waar zulks niet – of nog niet – een feit is, zij men zich wel bewust in genen dele buiten de i.p.r.-orde te treden, wanneer men, met beroep op de voorgestelde exceptie, in goede justitie maar tégen de norm in, meent aan voldongen rechtswerkzame feiten een erkenning niet te kunnen onthouden.

Men bedenke daarbij tevens het volgende. Door de gestaag toenemende migratie, waarbij tegenwoordig vestiging in het buitenland steeds gemakkelijker tot stand komt en integratie in het locale milieu veel sneller, en intenser, plaatsvindt ook zonder dat men nationaliteitsconsequenties trekt, kan men het den aldus geïntegreerden toch moeilijk ontzeggen dat ze zich, voor de regeling van hun rechtsposities en wat daarmee samenhangt, tot de locale rechter wenden. Men kan toch niet wel in ernst van hen vergen dat ze zich bijv. tot hun misschien wel zeer verre nationale rechter richten? Evenmin mag men, zonder de rechtswerkelijkheid geweld aan te doen, van deze mensen eisen dat ze blijf geven – gelijk een ieder fictievelijk wordt geacht – de wet te kennen en ons i.p.r. bovendien, en dit wel zó goed dat ze voor hun locale rechter de zaak geheel weten in te richten met het oog op eventuele latere erkenbaarheid in

(1) Men leze dit eens na bij Kollewijn, *Tien Jaren*, p. 106 e.v.

(2) *HPS* 1964, p. 44.

(3) Bv. Hof Den Haag, 6 oktober 1961, *NJ* 1962, No. 241 en vooral het commentaar van Kollewijn, *WPNR* 4784, p. 129, 2e kol., *Tien Jaren*, p. 156.

(4) Te vinden in het arrest van 9 december 1965, *NJ* 1966, No. 378; zie hieronder, *sub* 24.

het vaderland; als, tenminste, de locale rechter voor dit judiciële chapeau-bas te vinden zou zijn.

Men bedenke voorts dat, ook al is, door manco aan prognose, met eventuele erkenbaarheid elders niet *ab ovo* rekening gehouden, de vergemakkelijkte migratie met zich kan en zal brengen, dat (geldige) uitspraken, de rechtsposities der migranten betreffende, afkomstig van rechterlijke instanties bij wie op volkomen regelmatige wijze rechtsingang werd gevonden, later in ongedachte rechtsmilieus op de een of andere wijze toch nog een functie krijgen te vervullen: wat in één land rechtskrachtig is beslist, mag dan niet, op de enkele grond dat de beslissing afwijkt, in een ander land worden genegeerd. Something's got to give, en het ligt dan in de rede, dat dat niet (steeds) in eerste instantie de vreemde uitspraak moet zijn.

En als men dan toch aan het denken is, bedenke men tenslotte ook maar dat de stelling: eens ongeldig, altijd ongeldig, een drogreden is. Het voldongen feit waar we het over hebben is, in ieder geval in de jurisdictie waar het tot stand werd gebracht, een volmaakt rechtsgeldig gegeven. Ook al vinden wij wat dáár rechtshandeling heet, hiër nietig, daarmee is de rechtshandeling niet van de baan, want ze bestaat rechtsgeldig voort in het ontstaansland niet alleen, maar waarschijnlijk in een wellicht nog niet eens zo gering aantal andere staten ook. Het oordeel, op een later tijdstip en in een ander land dan het ontstaansland, over geldigheid of ongeldigheid van de handeling, is opgedragen aan een veelal niet tevoren te bevroeden beoordelingsnorm, en van een aan het beoordelingsmoment anterieure ongeldigheid – volgens welke wet? – die zou moeten worden gecontinueerd en die voor geen validering in aanmerking zou kunnen komen, is dan ook geen sprake; voor het hele begrip validering is mitsdien zelfs plaats noch functie. De Hoge Raad heeft dit in het meergenoemde 992-arrest met klaarheid uitgemaakt. (1) *Tempus regit actum* is géén regel van Nederlands i.p.r. (2)

(1) Vgl. *NTIR* 1961, p. 197 en 1964, p. 318; vgl. Kollewijn, *WPNR* 4741, p. 454, 1e kol., *Tien Jaren*, p. 246.

(2) Anders: Van der Ploeg, *Præadvies* 1961, p. 76 en *Régimes matrimoniaux*, p. 954 en 1048; bestreden door Offerhaus, *Correspondentieblad Broederschap Not.*, 1961, p. 358. Vgl. *NTIR* 1961, p. 202, *sub* 6; zie ook *NTIR* 1964, p. 380, *sub* 2.

Is men er, dan, voor te vinden, Kollewijn's exceptie te aanvaarden zo zal men zich ook hebben te verdiepen in de vraag naar haar werkingsomvang. De auctor zelf merkt hier op, dat de exceptie voorlopig nog een vaag en rekbaar geheel is, er overigens onder refereert aan de openbare orde aan toevoegend, dat we een vage en rekbare term nodig hebben "zolang de rechtspraak (...) aan het begin van een nieuwe ontwikkeling staat en de theorie geen richtlijnen heeft uitgestippeld". Maar de theorie is inmiddels aan 't stippelen geweest en ook de rechtspraak heeft intussen aan het – ongebroken – lijntje een fraaie stip toegevoegd.

In het exposé van Kisch springen twee punten naar voren, waarvan het eerste – als hier nader uitgewerkt – niët, en het tweede – zij het anders geformuleerd – wèl bij de meegegeven Kollewijn-se gedachten paraisseert. Niet treffen we aan Kisch' overweging dat fait accomplis een betere kans maken geaccepteerd en in stand gelaten te worden, wanneer de norm waarop werd inbreuk gemaakt, niet als van groot gewicht wordt ervaren; dit gewicht dan voor het i.p.r. te verstaan als gewicht in tweeërlei opzicht: intrinsiek en extrinsiek. Wèl treffen we wat Kisch genoemd heeft: de samengestelde tegenkracht, aan, waar Kollewijn (eveneens) de tijdsfactor van belang verklaart – de feitelijke toestand van gescheiden-zijn die jaren heeft geduurd – alsook wanneer hij de rechter voor 'door de theorie misleid' uitmaakt als deze, buiten gevallen van bewezen *fraus legis*, divorcés die zich beiden hernieuwd in een huwelijk – met een ander – en wellicht ook in de procreatie hebben gestort, aan hun eerste matrimoniële band aangelijnd zou houden. Ook Kollewijn's referte aan de – voor de gedaagde uit het buitenlandse geding – bestaande onmogelijkheid om zich door middel van een nieuw geding een hier wel-erkenbare echtscheiding te verschaffen, mag in gelijke zin worden verstaan. (1)

21

Het was uit dezen laatsten hoofde dat Kollewijn, ten behoeve van de erkenning (1961) van de Zuid-Afrikaanse echtscheiding, zijn exceptie in geweer bracht; maar was daarmee de erkenning – uit

(1) Vgl. de: recognition arising from "necessity", die in Noorwegen mogelijk is: Broch, *NTIR* 1968, p. 270.

noodzaak; omdat anders een onhoudbare met de openbare orde strijdige situatie zou ontstaan?, moge men wellicht wat snaaks vragen (1) – wel op de meest precieze wijze gefundeerd? Een bestaande onmogelijkheid als door Kollewijn bedoeld, is natuurlijk wel een mooi gemarkeerd en daarom handzaam criterium, maar, nu de invoering, per 1 januari 1970, van de ruime bevoegdheid van art. 814 Rv. dit soort gevallen goeddeels heeft geëlimineerd, lijkt het met het oog op een eventuele hantering in de toekomst van de exceptie nuttig, na te gaan of een andere fundering wellicht nauwkeuriger is en mitsdien meer zoden zet aan de dijk des inzihts.

Gelijk opgemerkt, heeft Kollewijn er bij het opstellen van zijn suggestie geen oog voor gehad, dat het gewicht van de norm van betekenis zou kunnen zijn voor de aanvaardbaarheid van het fait accompli, hetgeen impliceert dat bij hem, evenmin overigens als bij Kisch, de gedachte is opgekomen zich af te vragen, of er misschien een rechte evenredigheid bestaat tussen het gewicht van de norm en de zwaarte van het voldongen feit. En zulk een evenredigheid, zo zou ik menen, ligt voor de hand: zware normen vragen zware (voldongen) feiten; anders gezegd en in termen van Kisch: men is bij zware normen, voor erkenning tégen haar progressieve kracht in, aangewezen op een samengestelde tegenkracht.

Nu zal men niet licht beweren dat in geval van echtscheiding van unisono-Nederlanders, art. 6 AB geen zware norm is. De boven te berde gebrachte jurisprudentie: de arresten van de Hoge Raad van 4 maart en 9 december 1965 en van 26 september 1969, met hun, als men het zo al wil zien, tenauwernood gelaten échappatoire (2), wijzen bepaald in een andere richting. In onze rechtsorde staat

(1) Het is toch ook al te dol, op grond van een samenspel van regels van Nederlands recht, welk recht de echtscheiding kent, een Nederlands onderdaan in Nederland echtscheiding feitelijk te ontzeggen, zonder dat een beroep op openbare orde zou openstaan, waar buitenlanders die volgens hun eigen recht niet mogen scheiden, onder omstandigheden juist met een beroep op de openbare orde in Nederland wel aan een Nederlandse echtscheiding worden geholpen. Vgl. de wijze waarop de Rb. Utrecht uit de impasse kwam (7 mei 1969, Rol No. 800/1969; Asser-Inst. 4979): *forum necessitatis*. Vgl. Kokkini/Verheul, *o.c.* (noot 4 op p. 56), p. 34/35. Zie ook: *Nederlandse Rechtspraak inzake echtscheiding in het IPR* – Public. Asser-Inst. – 1970, p. 5 (alwaar de Utrechtse beslissing niet is vernoemd). Vgl. ook Bijleveld, *o.c.* (noot 5 op p. 56), p. 28; vgl. tenslotte Kollewijn en de gedachte van 'déní de justice', die ook uitloopt op een beroep op de openbare orde: *NTIR* 1961, p. 135.

(2) Zie boven *sub* 15.

art. 6 AB – en stond het misschien méér nog in 1961 – ondanks alle afkalving van het nationaliteitsbeginsel als zodanig, bepaald zeer hoog genoteerd; zeker wanneer het om Nederlanders zonder nationaliteits-dissonanten gaat. Het zou dus moeten komen van een samengestelde tegenkracht. Die, nu, was in de Amsterdamse casus op twee manieren voorhanden.

Vooreerst was daar het, door zowel Kisch als Kollewijn vernoemde tijdsverloop: de echtscheiding werd eind-1945 in Zuid-Afrika uitgesproken, terwijl eerst in den aanvang van 1961 om erkenning werd gevraagd; er bestond dus “feitelijk een toestand van gescheiden-zijn”, die al ruim vijftien jaren had geduurd.

In de tweede plaats was daar de posterieure naturalisatie. En bij zulk een achteropkomend incident moet men – zie boven *sub* 19, *in fine* – er zich in het bijzonder voor hoeden, te gaan denken in termen van validatie: in Amsterdam stond ter beoordeling of een in Zuid-Afrika geldige echtscheiding het gevolg der huwelijks-ontbinding *thans* ook in Nederland kan hebben. Het beoordelingsmoment valt in 1961. Mèt de uitspraak van vijftien jaar terug, komt alles wat in die anderhalve decade met betrekking tot het ‘echtpaar’ is voorgevallen, in principe binnen de gezichtskring van de beoordelende rechter die zich, aldus, *en toute connaissance de cause* – zoals die ‘cause’ zich in de afgelopen periode heeft ontwikkeld – behoort af te vragen of hij, wat dáár volmaakt geldig was *en is*, *thans* en *hier* in de rechtssfeer van zijn forum aan rechtsgevolg mag en moet helpen. De beoordelingsnorm dan a priori – d.w.z. *sans connaissance de cause* en enkel omdat de scheiding in 1945 een affaire tussen Nederlanders was – aan het eenzijdige art. 6 AB te willen ontleen, is miskennis van het feit dat de vraag van het al of niet matrimoniëel nog aan elkaar geklonken zijn, nu speelt tussen een Zuid-Afrikaan en een Nederlandse. En dan vraagt men zich in gemoede wèl af, of het de bedoeling en de pretentie van het Nederlandse (internationale) echtscheidingsrecht kan zijn te decreteren, dat een Zuid-Afrikaan – ook al is hij dan emeritus-Nederlander – die in Zuid Afrika leeft en te wiens opzichte een op Zuid-Afrikaans recht gebaseerd, in kracht van gewijsde gegaan Zuid-Afrikaans echtscheidingsvonnis bestaat, hier in ons landje, naar onze voor Nederlanders geschreven *gedragsnorm*, inderdaad als een nog steeds getrouwd man moet worden aangemerkt. Het wil er bij mij niet in; en bij de Hoge Raad, zo zou ik menen, ook niet. Want als we de relevante overwegingen uit het – verwante –

Ellis-van Schuylenburch arrest⁽¹⁾ eens lezen als waren zij afkomstig uit een echtscheidingsuitspraak, dan krijgt men het volgende:

dat niet aannemelijk is, dat de wetgever in art. 6 AB een voorschrift gevende voor het verkrijgen van echtscheiding door Nederlanders die zich in een vreemd land bevinden, bedoeld heeft zich tevens uit te spreken over de vraag welke gevolgen moeten worden toegekend aan het feit dat de gescheidenen, of een van hen, na het verkrijgen der echtscheiding een andere nationaliteit hebben c.q. heeft verworven;

dat immers de aan de wetsbepaling ten grondslag liggende motieven voor een belangrijk deel hun kracht verliezen indien de door de hoedanigheid van Nederlands onderdaan uitgedrukte band van de gescheidene(n) met de Nederlandse rechtsorde na het verkrijgen der echtscheiding is verbroken;

dat het middel er wel op wijst dat de opvatting der Rechtbank medebrengt dat een oorspronkelijk nietige echtscheiding later rechtsgeldig wordt, doch daarbij voorbij ziet, dat een in strijd met art. 6 AB verkregen echtscheiding alleen nietig genoemd kan worden voor zover de geldigheid van die echtscheiding aan de Nederlandse wet wordt getoetst. (2)

(1) HR 20 januari 1961, *NJ* 1964, No. 381, Noot Veegens; op de verwantschap wordt ook door Hijmans van den Bergh gewezen in zijn noot onder het arrest inzake de Noorse echtscheiding: *NJ* 1966, p. 1047, 1e kol. sub 8.

(2) In zijn rechtspraakcommentaar *WPNR* 5114, p. 43, 1e kol., merkt De Winter op: "Voor zover men mocht denken aan een analogie met het arrest (...) Schuylenburch/Ellis (...), zij opgemerkt dat een testament eerst juridisch relevant wordt door het overlijden van de testateur. Wanneer ik goed zie, vormt dit de grondslag voor de overweging van de Hoge Raad 'dat een in strijd met art. 992 gemaakte uiterste wilsbeschikking alleen nietig genoemd kan worden, voorzover de geldigheid van die uiterste wil, wat de vorm betreft, aan de Nederlandse wet wordt getoetst.'" Ik ben het in het geheel niet met De Winter eens, dat het post-mortale relevant worden van het testament de grondslag van de geciteerde overweging van de HR vormt. De HR tikt de stellers van het middel op de vingers die - kort gezegd - betoogden: eens ongeldig, altijd ongeldig. De HR zegt duidelijk dat geldigheid of ongeldigheid afhangt van de beoordelingswet en geen quaestie van validering involveert: op het moment dat Nederland met het zich als (in den vreemde geldig) testament aandiend stuk te maken krijgt, zal het Nederlandse i.p.r. de beoordelingsnorm vaststellen; en die is in casu een andere dan men gezien de wetstekst, zou verwachten, omdat *post factum* een naturalisatie heeft plaatsgevonden. Dáárin steekt de grondslag van de overweging, die op dit punt dan ook volmaakt logisch aanhangt aan de voorafgaande twee overwegingen waarin het relevant worden van het testament geen enkele rol speelt. De door De Winter gewraakte analogie is dus wel degelijk gezond; zie Pieters-bundel, p. 116-126 en *NTIR* 1969, p. 413.

waarmee maar gezegd wil wezen, dat ook in de opvatting van de Hoge Raad erkenning van de Zuid-Afrikaanse echtscheiding (1961) niet per se zou hebben misstaan. Een gedragsnorm – of het nu art. 6 AB of art. 992 BW of art. 10 AB van vóór 1942 is – levert niet noodzakelijkerwijze en onder alle omstandigheden exclusievelijk de maatstaf voor de toetsing achteraf van contrair gedrag.

De naturalisatie van de in de Unie achtergebleven man versterkt het *fait accompli*; verhoogt deszelfs vermogen zich tegen art. 6 AB in door te zetten. Maar het doet nog iets anders; iets dat, naar uit de zojuist gegeven transcriptie en het daaraan vooraf gegane betoog moge zijn gebleken, op zichzelf de zaak vrijwel trancheert. De naturalisatie maakt het gehele feitenbestel tot een verwijderingsgeval, en veroorzaakt daardoor dat de norm in quaestie haar wat Kisch noemt progressieve kracht slechts in verminderde mate zal wensen te handhaven, met als gevolg dat het *fait accompli* een evenredig vergrote erkennings-kans heeft.

Van een juiste instelling met betrekking tot de feiten die, gegeven het beoordelingsmoment, voor de vraag naar de erkenbaarheid mede in ogenschouw genomen moeten worden, getuigt een tamelijk recente beschikking van de Rechtbank Den Haag. (1) De feiten waren in wezen nagenoeg gelijk aan die welke in 1961 in Amsterdam ter sprake kwamen: echtelieden, die beiden uitsluitend de Nederlandse nationaliteit bezaten, waren in het buitenland (ditmaal: USA) van echt gescheiden op een niet-Nederlandse grond (ditmaal: “extreme cruelty”; uit de beschikking blijkt niet of dit wel of niet een Amerikaans-rechtelijke vertaling is van feiten die bij ons de echtscheidingsgrond: mishandeling, zouden hebben opgeleverd); de man, tegen wien de scheiding op eis van de vrouw was uitgesproken, verwierf reeds zes dagen na de uitspraak het Amerikaanse staatsburgerschap; hij meldt zich nu in Alphen aan de Rijn teneinde, andermaal, met een Nederlandse in het huwelijk te treden, maar moet ondervinden dat de ambtenaar BS zijn ministerie weigert. De onder vigueur van art. 129 oud BW geadieerde rechter overweegt: “dat bij de beoordeling v.h. verzoek moet worden uitgegaan v.d. huidige nationaliteit van betrokkenen”, en loopt, na constatering dat er thans verschil van nationaliteit bestaat, mir nichts dir nichts, máár terecht, uit art. 6 AB weg, overwegende: “dat in dat geval de vraag of de in den vreemde uitge-

(1) Rb. Den Haag 30 september 1969, *NJ* 1970, No. 74; *NTIR* 1969, p. 412.

sproken echtsch. hier te lande kan worden erkend moet worden beantwoord o.g.v. de ongeschreven beginselen van Ned. I.P.R.". Dat in de opvatting van de Rechtbank bedoelde beginselen dan zouden meebrengen dat de echtscheiding die ten aanzien van de man is uitgesproken, aan diens nationale wet moet worden getoetst, is minst genomen qua formulering nu niet zo'n gelukkige greep; maar dit zij de Rechtbank gaarne vergeven nu zij, zo naar inzet als naar uitkomst, geen misslag beging. Amsterdam heeft in Den Haag school gemaakt; Den Haag heeft Amsterdam, voor wat de beschouwing der naturalisatie betreft, verbeterd.

22

Net zo min als de, als oplossing voor de moeilijkheden voorgedragen, restrictieve interpretatie van art. 6 AB, heeft de meer armslag biedende en dus bij aanvaarding der restrictie toch niet te ontberen exceptie van het voldongen feit veel handen op elkaar gekregen. Ook hier doet De Winter zijn "vruchteloos" (1) horen en weer wordt hij daarin gevolgd door Van Oosten. (2) Hijmans van den Bergh laat zich te dezen niet uit. Maar er is wat applaus, voorzichtig aangestemd door Franx die stelt dat hij, persoonlijk, in een extreem geval wel voor Kollewijn's exceptie voelt; maar dan als het ware, tot zijn spijt, moet toevoegen dat de 9 december-decisie van de Hoge Raad de deur ook voor Kollewijn's neus heeft dichtgeslagen. (3) Blijft de interessante reactie van Lemaire.

Lemaire's stellingname is er een van principiële complexiteit. De vraag naar de erkenbaarheid van een buitenslands tussen uitsluitend-Nederlanders gewezen echtscheidingsvonnis, aldus moge ik zijn gedachtengang weergeven, is niet slechts een vraag die zich – in verband met het totstandbrengen van de echtscheiding – richt naar het personeel statuut dat, bij ons, door de genade van art. 6 AB en de gunst van de Hoge Raad, wordt beheerst door het Nederlandse (interne) recht, maar is tegelijkertijd noodzakelijkerwijze – in verband met het totstandgebracht zijn van de echtscheiding – ook een vraag die afhangt van de opvattingen omtrent de verhouding tussen het eigen conflictenrechtelijke systeem en dat

(1) *Supra* noot 4, p. 74.

(2) *Supra* noot 5, p. 74.

(3) *RMTh* p. 145/46; vgl. wat omtrent dit "dichtslaan" is in het midden gebracht boven, *sub* 15.

van de vreemde rechter. "Het uitgangspunt," zo betoogt hij, (1) "dat de erkenning *ook* een kwestie met een eigen karakter oplevert, kan ertoe leiden, dat van het andere uitgangspunt: vasthouden aan het personeel statuut, in bepaalde gevallen dient te worden afgeweken. Het gaat om een afweging in concreto van het belang van de gelding van het personeel statuut tegen het belang van de internationale harmonie van ons i.p.r. met de buitenslands bewerkstelligde toepassing van vreemd i.p.r.". En verderop: "Naar mijn mening is dus m.b.t. de buitenlandse echtscheiding van Nederlanders het "fait accompli", het niet terugzetten van de klok wanneer dit (2) (de ontstane werkelijkheid en de daarbij betrokken belangen) meer schaadt dan (de kracht van 6 AB) baat, niet te beschouwen als een exceptie op een algemene erkenningsregel, die uitsluitend uit 6 AB voortvloeit. Het "fait accompli" is – evenals 6 AB – een zelfstandige grond om de vreemde echtscheiding te erkennen." Voortreffelijk; het lijkt wél verder te gaan dan ik zelf aanvankelijk geneigd was aan te nemen, maar ik ben het hier thans van harte mee eens. Lemaire gaat dan voort met te melden, dat er daarnaast nog bijzondere gronden zijn; voorbeeld: een geval hetwelk, op het ogenblik dat de erkenning aan de orde komt, zo nauw met de rechtssfeer van het vreemde land verband houdt, dat het eerbiedigen van de loop van het toegepaste vreemde i.p.r. billijk moet worden geacht; zie: beschikking Rechtbank Amsterdam, maart 1961;... "en ... pats", zei de dichter, "de Kerstnacht lag aan scherven!"

23

Het begon, namelijk, nèt fascinerend te worden. Het fait accompli als zelfstandige erkenningsgrond, naast art. 6 AB; niet als grondslag voor een exceptie, maar als basis voor een onafhankelijke regel. Dat is iets waar menigeen nog niet van gedroomd had; Lemaire ook niet in volle omvang. Want, wat heeft het voor zin om, naast art. 6 AB èn naast het acceptabele fait accompli, nog van bijzondere erkenningsgronden te spreken, wanneer men als *het* voorbeeld voor de werking van zulk een bijzondere grond uitgerekend de Amsterdamse beschikking aanhaalt, die we boven juist

(1) *Hoofdlijnen*, p. 146/47; cursivering van Lemaire.

(2) Met 'dit' is natuurlijk niet het *niet-terugzetten*, maar juist het *wel-terugzetten* bedoeld.

hebben leren kennen als de aanvaarding van het *fait accompli* par excellence waarmee het allemaal is begonnen: een rechtswerkzame beslissing, van kracht binnen een milieu waarmee, op het (posteri-eure) beoordelingsmoment, een relevante verbinding bestaat: (1) Maar intussen, het grote woord is toch maar gezegd, en het staat voor mij vast dat we er aanzienlijk verder mee komen dan wanneer we blijven steken bij de, allicht beperkter, conceptie van het voldongen feit als (incidentele) uitzondering op een hoofdregel die naar het op volle nationaliteits-sterkte draaiend personeelsstatuut heenwijst; verder ook dan degene die het stimulerende woord, een kleine vier jaar geleden schreef, zelf wellicht precies heeft overzien. *Fait accompli* als zelfstandige erkenningsgrond; het zou een geweldige vereenvoudiging kunnen betekenen. We realiseren ons in het i.p.r. blijkbaar nog steeds te weinig, hoe onnatuurlijk het is te pogen gedane zaken, tégen de keer in, toch een keer te doen nemen. Dat nemen gedane zaken gewoon niet.

24

Wanneer men zich neerlegt bij een voldongen feit, heeft men dit feit 'lock, stock, and barrel' aanvaard. Zoals het is; omdat het er is. Onregelmatigheden worden voor gedekt gehouden; oneffenheden geslikt. En het eerste waar men, hier, dan natuurlijk aan denkt, is de 'onregelmatigheid' daarin bestaande dat in den vreemde niet overeenkomstig de wet die naar *onze* opvatting het personeel statuut in casu beheerst, is recht gedaan. En dat ons i.p.r., en met name de Hoge Raad, met dit aspect van de zaak ernst maakt, bewijst het 9 december arrest, waarin voor "mariages-mixtes" – naar nationaliteit gemengde huwelijken – (nagenoeg) de bij herhaling door Kollewijn (2) naar aanleiding van de lagere jurisprudentie geformuleerde erkenningsregel wordt overgenomen, *zonder* dat ook maar met één woord gerept wordt over onze conflictregel nopens het recht dat het huwelijk beheerst. De Hoge Raad overweegt dat de algemene beginselen van het Nederlands i.p.r. waarnaar, bij de geconstateerde niet-toepasselijkheid van art. 6 AB, de rechter verwezen wordt, meebrengen dat de echtscheiding, (met betrek-

(1) Blijkens zijn toelichtende tekst ziet Lemaire in de aanvaarding van het Zuid-Afrikaanse vonnis in de Amsterdamse casus *niet* een erkenning uit noodzaak, waarvan boven *sub* 20 gesproken is, en die Kollewijn inspireerde.

(2) Zie boven *sub* 9, en noot 2, p. 66.

king tot een mariage-mixte: Nederlander-vreemdeling) "verkregen door een der echtgenoten in zijn eigen land, waar hij woont en waartoe hij mede door zijn nationaliteit behoort, hier te lande moet worden erkend". En nu wil ik hier niet discussiëren over de vraag of de Hoge Raad een beperkte regel gaf: alleen erkenning wanneer de vreemdeling eiser was en procedeerde in zijn eigen land waar hij ook woonde, dan wel een uitgebreide: erkenning, onverschillig wie als eiser optrad, mits de uitspraak maar stamt uit het woon- en vaderland van een der echtelieden (1); ik wil hier slechts, verklarende dat ik het op het laatste houd, onderstrepen, dat de Hoge Raad bij gemengde huwelijken van monopatriden – gereduceerde polypatriden daaronder begrepen – inderdaad bereid is zich op te hangen aan wat de, door hem genoemde, vreemde rechter heeft uitgesproken; bereid is daarbij af te zien van een onderzoek naar – een toetsing van – de vraag hoe de uitspraak tot stand kwam, en waarom de uitspraak luidt gelijk ze doet. De Hoge Raad accepteert het in den vreemde in letterlijke zin 'voldongen' feit, omdat het geding waarop dit feit steunt, plaats vond in een jurisdictie waarmee – door nationaliteit en woonplaats van één der echtelieden – een, naar genoegen van de Hoge Raad, relevante verbinding bestond. En het is dan inderdaad een opmerkelijk iets, dat deze verbinding slechts voor één der partijen geldt. (2) Niet dus per se voor de huwelijksrelatie als zodanig.

Opmerkelijk is dit daarom, omdat het ons drukt met de neus op een internationaal-privaatrechtelijk dubbelfenomeen. Te ener zijde is daar het verschijnsel dat niet, vrijwel niet, of maar zeer moeilijk te localiseren internationale relatiën, zo hier als elders – ook op het gebied van de echtscheiding (3) – worden onderworpen aan het recht van het forum. Dit heeft tot gevolg dat men omtrent de inhoud dier relatiën, ook vanuit het eigen i.p.r.-systeem, geen hoogte krijgt voor en aler er een rechter in een zaak, zulk een relatie betreffende, is gekend. "We moeten af van de kontinentale

(1) Hoe over "verkregen" in deze beslissing wordt gedacht, leze men bij d'Oliveira, die een negental auteurs de revue laat passeren en er dan zelf met een eigen opvatting, als tiende, achteraan gaat: *o.c.* (noot 2 op p. 54), p. 268 e.v.; zie ook Kokkini/Verheul, *o.c. supra* noot 4, p. 56.

(2) Men kan het inderdaad geen mens in ernst ontzeggen voor deze rechter internationaal erkenbaar zijn recht te zoeken.

(3) Kollwijn, *NTIR* 1968, p. 423, wijst in dit verband op het Franse arrest Tarwid, Cass. 15 mei 1961, *Rev. Crit.* 1961, p. 547; zie Droz, *o.c.* (boven noot 1, p. 66), p. 136; zie voor Nederlands recht, hierna, *sub* 31.

gedachte", zegt Kollewijn (1), "dat voor elk internationaal geval het recht steeds vooruit "ergens" gegeven is (...)". Wanneer prognose er niet in zit, zal men het met retrospectie moeten doen (2); het lijkt me een eenvoudige waarheid in de erkenningsproblematiek. Het brengt hier dan met zich mee dat men de rechtsinhoud van een beslissing, die aan zulk een relatie is aangeknoopt uitsluitend door de competentiecriteria van de rechter, wel als (deel-)inhoud van die relatie zal hebben te accepteren: *le for emporte le fond*. "Internationale harmonie is niet slechts bereikbaar door "Entscheidungsinklang", maar ook – het is andermaal Kollewijn (*l.c.*) die het zegt – door erkenning van hetgeen vreemde rechters deden, al pasten ze ook niet het recht toe, dat wij zouden hebben toegepast." In deze hele gedachtengang ligt een a fortiori argument voor het bien fondé van de erkenningsregel, die de Hoge Raad in de 9 december-zaak van de Noorse echtscheiding gaf. Dit te ener zijde.

Te anderer zijde is daar het verschijnsel dat men, eerder dan steeds te pogen internationaal een werkzame eenheid te brengen in de conflictnormatuur zelf – hetgeen bij de bestaande verschillen in grondopvatting veelal niet wel haalbaar lijkt – er zich gaarne voor laat vinden zich neer te leggen bij de bevoegdheid van een (of meer) rechterlijke instantie(s) en bij het door deze(n) toegepaste (interne) recht. Is bedoelde neiging voor een deel daardoor te verklaren, dat men het zich buigen voor de doorzettingskracht van *règles d'application immédiate* op een aantal rechtsgebieden als onontkoombaar ervaart, en dan ook maar liever meteen bevoegdheid en uitspraken accepteert van de locale rechter om wiens normen het gaat (3), zij is, voor een ander deel, terug te voeren op het besef inzake de zoëven gereleveerde internationale harmonie, dat de rechter die een goede grond heeft om zich in de zaak te doen betrekken – de rechter 'sur place', de rechter met de relevante verbinding – rustig aan het werk moet worden gelaten en

(1) *O.c.* vorige noot, p. 424.

(2) Vgl. D'Oliveira, *Verslag jaarvergadering Kon. Broederschap der Notarissen*, 1969, p. 28.

(3) Vgl. bijv. de Haagse Kinderbeschermings-Convention van 5 oktober 1961, *Conf. de la Haye 1960*. Vol. IV en het Haagse Adoptieverdrag van 15 november 1965, *Conf. de la Haye 1964*, Vol II; beide conventies overigens niet zonder reserve; voor commentaren, zie *Les nouvelles Conventions de la Haye: leur application par les juges nationaux*; bibliographie, p. 91 e.v.; uitgave van het T. M. C. Asser-Inst. te Den Haag.

dat de resultaten van diens werkzaamheid dan ook maar moeten worden aanvaard: de in deze zin voor partijen gemakkelijk te bereiken locale rechter behoort ook internationaal een functie te hebben, is "international funktionsfähig".

25

Aldus is in de Haagse Conferentie de echtscheidingsproblematiek inderdaad van jurisdictionele zijde aangevat; en men is er zó mooi uitgekomen dat er van een gelukkig samengaan van nationaliteits- en domicilibeginsel wordt gewaagd. (1) De ter XIe Zitting opgestelde Ontwerp-Conventie bepaalt, dat een echtscheiding in de Verdragsstaten moet worden erkend wanneer ze in één der Verdragsstaten is uitgesproken door de rechter (a) van de gewone verblijfplaats van gedaagde; of (b) van de gewone verblijfplaats van eiser mits *ofwel* eiser ten minste één jaar voor het indienen van de eis in het rechtersland woonde, *ofwel* echtelieden in dat land hun laatste gemeenschappelijke verblijfplaats hadden; of (c) van het land waarvan echtelieden beide de nationaliteit bezaten; of (d) van het land waarvan eiser de nationaliteit bezat mits eiser in dat land zijn gewone verblijfplaats had, danwel gehad had gedurende een continue periode van een jaar, geheel of gedeeltelijk vallende in de aan het proces voorafgaande twee jaar; of (e) van het land waarvan de eiser de nationaliteit bezat mits eiser op het moment van het indienen van de eis in dat land aanwezig was *en* echtelieden hun laatste gemeenschappelijke verblijfplaats hadden in een land welks wet op het moment van het indienen van de eis, echtscheiding niet toeliet. (2) Voor zover voor ons van belang zij dan nog aangetekend dat iedere Verdragsstaat de reserve kan maken dat hij een echtscheiding uitgesproken tussen twee echtelieden die, op moment van het verkrijgen der scheiding, uitsluitend de eigen nationaliteit van die Staat bezaten, niet zal erkennen wanneer een andere wet is toegepast dan wordt aangegeven door het eigen i.p.r. van die Staat, tenzij de in feite toegepaste wet tot gelijk resultaat leidde. Bij het ontwerp-Verdrag dat is opgesteld door de Commis-

(1) Zie literatuur vermeld op p. 97 van de in de vorige noot genoemde Asser-publicatie; zie ook De Winter, *ICLQ* 1958, p. 711 en p. 714, en *Rec. des Cours* 1969, III, p. 449 e.v.

(2) Dit alles met als peildatum het moment van het indienen van de eis.

sion Internationale de l'Etat-Civil⁽¹⁾, is men nog verder gegaan; men heeft zich daar niet eens op jurisdictie-criteria vastgelegd, maar is als grondregel overeengekomen dat iedere in een der betrokken landen verkregen echtscheiding in alle andere zal worden erkend; punt. Ook hier, maar dan niet in de vorm van een te maken reserve, de mogelijkheid om een vreemde echtscheiding niet te erkennen wanneer echtelieden eigen onderdanen – deze Conventie spreekt niet van *exclusievelijk* eigen onderdanen – van het erkenningsland waren, en een andere, bovendien tot een ander resultaat voerende wet is toegepast dan het eigen i.p.r. verordonneerde. Beide Conventies verplichten niet tot erkenning – iedere Conventie met haar eigen nuances – indien de betreffende vreemde uitspraak onverenigbaar is met een voorafgaande uitspraak in het erkenningsland of manifest strijdt met deszelfs openbare orde, dan wel indien partijen – en dan met name gedaagde – niet in de gelegenheid zijn geweest hun standpunten uiteen te zetten of te verdedigen. In beide Conventies, alzo, acceptatie van de vreemde beslissing zonder materieel-rechtelijke toetsing, in het tweede geval (CIEC) – in verband wellicht met het feit dat het om een relatief kleine kring van continentale 'civil law'-landen gaat waarvan men het (bevoegdheids-)recht kan overzien – anders dan in het eerste geval (HC) – met de veel ruimere kring – ook zonder dat als grond voor de erkenningsverplichting over de aard van de relatie tussen rechter en casus wordt gesproken.

26

Wanneer we dan de beschikking van de Hoge Raad van 9 december 1965 zo mogen lezen dat, in gevallen van gemengde huwelijken de erkenning, zonder materieel-rechtelijke toetsing, voor ons internationale rechtsleven – maar dan in de ruimst denkbare (wereld-)kring – geboden is⁽²⁾, wanneer maar – bij uitbreiding gezegd; de rechtspraktijk zal moeten uitmaken hoe ver die uitbreiding dient te gaan – de rechtsorde van de rechter van wien de te erkennen beslissing afkomstig is, met de litigieuze casus een relevante

(1) Zie verdragstekst, zoals aanvaard op 20 juli 1966 te Basel, gewijzigd te Athene op 13 september 1966 en getekend te Luxemburg op 8 september 1967; HPS ... Lidstaten van de CIEC zijn: West-Duitsland, Oostenrijk, België, Frankrijk, Griekenland, Italië, Luxemburg, Nederland, Zwitserland en Turkije.

(2) De Hoge Raad spreekt van 'moet worden erkend'.

verbinding vertoonde, kunnen we niet anders zeggen dan dat w met ons, voor de bedoelde gevallen, aldus omgrensde nationale erkenningsbeleid internationaal toch niet onaardig in de pas looper. Maar de Hoge Raad heeft nog iets meer gedaan; hij is vooruit gelopen, daarmee bewijzend hoezeer het hem, met zijn grot realiteitszin, ernst is, te dezen de acceptatie van het fait accompli werking te geven, al moet ik hieraan terstond toevoege: dat de beslissing die ik op het oog heb een niet wel begrijpelijk tevens niet onbedenkkelijk aspect heeft. Het gaat om de Mexicaans echtscheiding van Kaatje Kist. (1)

Kaatje, Nederlandse van nationaliteit, was op 7 mei 1966 in d Amerikaanse Staat Indiana met een aldaar gedomicilieerde Amerikaan getrouwd maar, nog tijdens de huwelijksreis in Mexico, op 1 juni daaraanvolgend al weer van hem gescheiden, door de Rechtbank te Juarez in de deelstaat Chihuahua van Mexico, aan welke jurisdictie zij zich als eiseres vrijwillig en uitdrukkelijk had onderworpen; de echtscheidingsgrond was onverenigbaarheid van karakter. Kaatje had door haar huwelijk de Amerikaanse nationaliteit niet verkregen, noch ook haar Nederlandse verloren. We hebben (of hadden) dus te maken met een *mariage-mixte*. Nu Kaatje hie te lande, waarheen ze kort na haar *matrimoniale deconfiture* is teruggekeerd, wil hertrouwen maar daarbij tegen een onwillig ambtenaar BS en een afwijzende Rechtbank is opgelopen, komt ze in cassatie, bij de Hoge Raad terecht.

De Hoge Raad zit met een feitelijke vraag omhoog: waar had eiseres (thans verzoekster) ten tijde van de Mexicaanse procedure haar woonplaats? Dat was in de beschikking a quo niet komen vast te staan. De Hoge Raad loopt dan de verschillende proposities langs en komt daarbij voor wat de erkenning in ons land van de Mexicaanse echtscheiding betreft, tot de volgende uitkomsten.

Als de Nederlandse echtgenote – eerst door haar huwelijk meerderjarig geworden – haar Nederlandse (afhankelijke) domicilie zou hebben opgegeven, maar de vestiging van een nieuw domicilie voorhands nog zou hebben achterwege gelaten, dan zou, volgen de Hoge Raad de huwelijksbetrekking “zo veel meer aanraking met Indiana dan met Nederland hebben dat, indien in Indiana d

(1) HR 24 mei 1968, NJ 1968, No. 300, Noot Hijmans van den Bergh; vgl Struycken, *Het Mexicaanse avontuur van de HR* in: HPS 1968, p. 53 e.v.; zie ook Bijleveld, o.c. boven noot 5, p. 56; Kokkini/Verheul, o.c. boven noot 4, p. 56 p. 25 en p. 37.

huwelijksbetrekking tussen deze pp. rechtens als ontbonden geldt ten gevolge van het Mexicaanse echtscheidingsvonnis, zulks mede voor Nederland beslissend zou zijn". Hijmans van den Bergh⁽¹⁾ heeft op deze zienswijze van de Hoge Raad de reactie, dat het hoog College hier zelfs het domiciliebeginsel is voorbijgeschoten dat het – naar hij onder het arrest inzake de Noorse echtscheiding had doen opmerken – op 9 december 1965 nog had afgewezen om – zij het niet zonder inperking – vast te houden aan het nationaliteitsbeginsel; de Hoge Raad zou thans, in mei 1968, als beslissend criterium hebben geformuleerd: de rechtssfeer waarin het huwelijk moet worden gesitueerd.

Maar is het de Hoge Raad er in deze beslissing – in dit onderdeel ervan – wel om te doen, relevantie te verlenen aan de rechtssfeer waarin het huwelijk als zodanig moet worden gesitueerd, als ware hij, nu nationaliteits- en domiciliebeginsel niet te baat genomen kunnen worden, op zoek naar een andere weg om tot een op het huwelijk toepasselijke wet te concluderen? Mij docht van niet.

Juist als in december 1965 is de Hoge Raad op zoek naar het antwoord op de vraag of het geboden is, zin heeft, of verantwoord is, de eigen conflictnormen van stal te halen om de vreemde uitspraak te toetsen, dan wel of er grond bestaat om met de eigen conflict-normatuur terug te treden en het nu eenmaal bestaande ook voor wat betreft ons rechtsmilieu, in stand te laten. En de Hoge Raad kiest dan voor het laatste, omdat de vreemde uitspraak rechtseffect heeft in een milieu waarmee een relevante verbinding bestaat, zonder dat die verbinding op zich nu voldoende bepalend zou behoeven te zijn – wat in casu overigens wel zou kunnen – om de 'governing law' aan te geven. De Hoge Raad is op dit laatste hier *niet* uit. Hij gaat, in dit onderdeel van de beslissing, aan elke materieel-rechtelijke toetsing voorbij, en dat niet alleen, hij insisteert al evenmin op een appreciatie van de bevoegdheid van de vreemde rechter; een appreciatie die, in verband met een vertegenwoordiger van de "fameuse industrie de divorce", op zichzelf geenszins zou hebben verbaasd. Integendeel. (2)

De uitspraak van de vreemde rechter die noch met de huwelijksrelatie noch met één van beide echtgenoten – en dat ware, zie 9 december, al voldoende geweest – enige reële band vertoonde, wordt,

(1) Noot onder het arrest.

(2) Zie Struycken, *HPS* 1968, p. 58; Kokkini/Verheul, *o.c.* (boven noot 4, p. 56), p. 28.

zonder dat over de aangevoerde echtscheidingsgrond wordt gekikt, zonder dat er ook maar één woord wordt gespendeerd aan het al of niet *forum conveniens* zijn van de Rechtbank te Juarez, 'hook, line and sinker' geslikt, omdat ze rechtswerkzaam is in een milieu waarmee het huwelijk – in de hier behandelde suppositie – “zoveel meer aanraking” zou hebben dan met Nederland. Wanneer het feit, in de zin als boven (1) bedoeld, 'voldongen' is, of in een (desnoods via slechts één der echtelieden) relevant milieu als zodanig wordt aangemerkt, is de Hoge Raad, en terecht zou ik menen, bereid heel wat defecten voor gedekt te houden. En nu kan men er boos over zijn, van een Mexicaans avontuur spreken, de vinger dreigend opheffen en met sancties – gezegd niet-erkenning – zwaaien (2), ik voor mij geloof dat deze dogmatische thunderbolts tegenover de pragmatische wijsheid van ons hoogste College niet meer zijn dan rotjes. Men versta mij wel; ook ik vind dat exorbitante fora, als parochialistische overpretentie, als scabreuze touristische trekpleister of anderszins, een internationale hinder zijn die – en ik neem aan dat de Hoge Raad dat ook vindt – zoveel mogelijk dient te worden bestreden. (3) Maar ik vind tevens dat dit dan maar mondiaal moet gebeuren, omdat men anders met het probleem blijft zitten en er eenvoudigweg tòch niet aan ontsnapt een in zulk een exorbitant forum verkregen echtscheiding, waarop in feite in een 'relevant milieu' mocht kunnen zijn voortgebouwd, hier, in goede justitie en met dekking van het defect, tot op zekere hoogte dus *contre coeur*, toch maar als *fait accompli* te accepteren. Ook al ben ik het met de 'foudre' van Kokkini/Verheul (4) op zichzelf wel eens, ik voel mij niet vrij die op de hoofden der justiciabelen te doen neerdalen; zelfs niet als het, onder omstandigheden, beboterde hoofden mochten zijn: in een land waar men de echtscheiding bij onderling goedvinden sinds bijna een eeuw als kras stukje rechtsrealiteit kent, koestert en in stand houdt, voegt het niet dat men het gezamenlijk adiëren van een exorbitante rechter zòzeer vermaledijdt. “L'affirmation de Martin que la solution des conflits est l'expression du droit interne, contient une part de vérité dont Bar-

(1) Zie *sub* 18/19.

(2) Kokkini/Verheul, *o.c.*, p. 28/29 onder verwijzing naar Von Overbeck; vgl. Bijlèveld, *o.c.*, p. 19, onder referte aan Struycken, *HPS* 1968.

(3) De Winter, *ICLQ* 1968, p. 708 e.v. en de verwijzingen.

(4) *O.c.*, p. 29.

tin a voulu trop déduire, mais dont la négation paraît un défi au réalisme.” (1)

Over de propositie dat Kaatje ook wel eens een domicilie in de Amerikaanse staat Indiana zou kunnen hebben gehad, behoeft na het voorgaande niet lang te worden uitgeweid. Als het vreemde echtscheidingsvonnis acceptabel is in de staat waar de van nationaliteit verschillende echtgenoten beide wonen en welks recht vanwege het bestaan van juist deze aanknoping, naar onze eigenste opvatting, als hun huwelijk beheersend moet gelden, kunnen wij het ons, wanneer gezegde echtelieden in hun woonland als geschieden worden aangemerkt, niet veroorloven ze hier in ons land als nog steeds getrouwd te behandelen. De Hoge Raad leert dan ook zonder omhaal, dat erkenning in het woonland meebrengt dat de echtscheiding ook in Nederland moet worden aanvaard.

Naar aanleiding van de desbetreffende overweging merkt de annotator Hijmans van den Bergh op: ‘In het licht van hetgeen de HR. overwoog voor het geval de vrouw de vestiging van een woonplaats achterwege zou hebben gelaten, is, dunkt mij, in deze beslissing niet zonder meer de toepassing van een domiciliebeginsel te zien. Het domicilie is alleen belangrijk, – en hier beslissend –, aanknopingspunt voor de bepaling in welke rechtssfeer het huwelijk moest worden gesitueerd’. En andermaal, zo komt mij voor, raakt hij de zaak maar ten halve. Ik ben het met hem eens, dat de Hoge Raad zich hier niet voor het domicilieprincipe heeft uitgesproken, maar wil er dan toch wel gaarne aan toevoegen dat de Hoge Raad zich hier evenmin heeft uitgesproken voor het rechtssfeercriterium, ten gebruike als aanknoping in een materiële conflictregel. Ook hier toetst onze hoogste rechter niet in materieel-rechtelijk opzicht – laat zich dus ook niet uit, zoals de annotator lijkt te bedoelen (2), over de beginselen die de aanknoping in onze verwijzingsregels dienen te verzorgen –, want ook hier zoekt hij naar de ‘relevante verbinding’, die het feitelijk bestaan van het *exorbitanter* gecreëerde echtscheidingsvonnis moet verheffen op het niveau van een werkzaam fait accompli; en dan is natuurlijk de rechtsorde waarin het

(1) Batiffol, *Rev. Crit.* 1961, p. 553.

(2) Zie zijn opmerking over de belangrijke stap die de Hoge Raad gedaan heeft op de weg die wegvoert van toepassing van art. 6 AB; zie *sub* 3 van zijn noot.

hele huwelijk kan worden gezegd te zijn ingebed, het mooiste wat er is.

Zou men in de referentie van de Hoge Raad aan het gemeenschappelijke domicilie, c.q. de rechtssfeer, een materieel-rechtelijke toetsings-tournure willen zien, dan zij men zich er wel van bewust dat de Hoge Raad dan, bij zijn toetsing, niet louter de eigen verwijzingsregel zou hebben gehanteerd (met domicilie of rechtssfeer dus als aanknopingsfactor), maar zich, met een procédé niet ongelijk aan renvoi, mede zou hebben georiënteerd aan de conflictnormatuur van het door de eigen regel aangewezen vreemde recht. Kollewijn heeft bij de bespreking van de Floridase echtscheiding (1) – in Florida tussen een Amerikaans/Nederlands echtpaar uitgesproken en in New York, alwaar der echtelieden laatste gemeenschappelijke woonplaats was gevestigd, erkend en om *die* reden ook in Nederland aanvaard – reeds op het volgen van een dergelijke procédé gewezen. Renvoi, althans het rekening houden met vreemd conflictenrecht, heeft in erkenningszaken, waar het om de effectiviteit binnen een bepaalde gemeenschap gaat, geheel natuurlijkerwijze een functie. Overigens zou ik er niet voor voelen om de beslissing inzake de Floridase echtscheiding als voorloper van de zaak van Kaatje Kist te zien (2); daarvoor is de eerstgenoemde beslissing mij te zeer gezet in de sleutel van toetsing via de materiële conflict-norm die aanknoopt aan de staat waar echtgenoten beide laatstelijk en gemeenschappelijk hebben gewoond; een staat die in casu door beide, intussen, als domicilie nadrukkelijk was opgegeven.

28

Dan, tenslotte, de propositie dat Kaatje op het tijdstip der Mexicaanse echtscheiding woonplaats had in Nederland. Voor dit geval beslist de Hoge Raad dat

“(. . .) de door de Mexicaanse rechter uitgesproken echtscheiding hier te lande niet zou mogen worden erkend, aangezien de Nederlandse openbare orde niet toelaat dat echtgenoten van wie althans één nauwe banden met Nederland heeft – hetgeen met verzoekster het geval zou zijn bij het samengaan van nationaliteit en woon-

(1) *WPNR* 4468, p. 493, 1e kol., *Tien Jaren*, p. 109; *ad* Rb. Arnhem, 20 januari 1955, *NJ* 1955, No. 789.

(2) Kokkini/Verheul, *o.c.* (boven noot 4, p. 56), p. 27, spreken dan ook zeer voorzichtig van een voorloper “dans une certaine mesure”.

plaats – door zich vrijwillig te onderwerpen aan de rechtsmacht van een buitenlandse rechter diens rechtsmacht ter zake van een echtscheidingsvordering vestigen.”

en men vraagt zich, ook na zorgvuldige herlezing, wèl af wat er achter deze overweging met haar loodzwaar beroep op de openbare orde toch voor zo diep in ons nationale juridieke vlees snijdende motieven mogen steken.

De Hoge Raad releveert met nadruk de nauwe banden die door de Nederlandse nationaliteit en het Nederlandse domicilie van één der echtelieden met Nederland bestaan. In die verbondenheid van één persoon met Nederland ligt dan, volgens de Hoge Raad, een grond om de Nederlandse openbare orde in het geweer te roepen ter coupering van het vestigen van vreemde rechtsmacht door middel van vrijwillige onderwerping. Maar van welke, voor ons rechtsleven dan zo belangrijke normen wordt, door de nauwheid der banden, het openbare orde karakter dermate sterk geprofileerd, dat het zich ook internationaal voelbaar maakt?

Speelt hier misschien een exclusieve jurisdictie die moet worden ontzien? Het lijkt hoogst onwaarschijnlijk. Kollewijn houdt weliswaar vol dat wanneer gedaagde in Nederland woont de rechter van diens woonplaats exclusief competent is (1), terwijl Kosters-Dubink (2) betoogt dat een uitsluitende bevoegdheid optreedt wanneer “de gebezigde competentiegrondslag hier te lande te onredelijk wordt geacht, dan dat daarop berustende vonnissen te onzent rechtskracht zouden kunnen hebben, gelijk wanneer Nederlandse belangen in het spel zijn of personen beschermd dienen te worden tegen een onnatuurlijk uitgebreide vreemde rechtsmacht”, maar, vooreerst, de Nederlands-gedomicilieerde Nederlandse partij was in concreto geen gedaagde maar eiseres waardoor Kollewijn’s exclusieve forum verval, en vervolgens, als Nederland exclusieve rechtsmacht opeist, moet het ook voor een bevoegde rechter zorgen (3) en die had het destijds, in een gemengd huwelijk, onder vigore van het oude art. 262 BW, aan de Nederlandse in Nederland gedomicilieerde eisende partij nu juist onthouden. Dat trouwens van een exclusiviteitspretentie al helemaal geen sprake kan zijn, wordt terstond duidelijk wanneer men zich de erkenningsregel van

(1) *American-Dutch PIL*, 2e druk, p. 54/55.

(2) p. 819/20.

(3) Struycken, *De gracieuze jurisdictie in het internationaal privaatrecht*, diss. Nijmegen 1970, p. 168–171.

9 december te binnen roept waarin nou net het feit dat het een bepaalde vreemde *rechter* was die het scheidingsvonnis over de *mariage-mixte* had uitgesproken, met zich meebrengt dat de buitenlandse uitspraak, zelfs zonder controle op het toegepaste recht, alhier voor erkenning vatbaar is.

Waren er dan belangrijke materiële normen in geding, die – via jurisdictie (1) – de bescherming van het beroep op de openbare orde behoeften? Het is waar, dat in geval van een *mariage-mixte* waarbij echtelieden geen gemeenschappelijk woonland hebben, ook in Nederland wel wordt verdedigd dat de *lex fori* op een hier te lande te wijzen echtscheidingsvonnis moet worden toegepast (2); en het is al even waar dat de toepassing van onze *lex fori* – ook al is zij een ‘*Verlegenheitslösung*’ – in casu naar alle waarschijnlijkheid tot een in het buitenland erkendbare echtscheiding zal voeren omdat een der partners een hier gedomicilieerd landskind is. Het Nederlandse recht schijnt dus een sterke claim op doorzetting te hebben. Maar ook dit is niet meer dan schijn; een schijn die men alras ontmaskert wanneer men, alweer, 9 december indachtig, zich realiseren wil dat Nederland een *vonnis* uit Indiana op zijn beurt grif zou hebben aanvaard, zonder controle op het toegepaste recht. Neen, de openbare orde kan hier ook niet hebben gediend, om, gegeven de verknoping met Nederland in relatie tot de aard der in geding zijnde normen, het Nederlandse recht aan de als noodzakelijk gevoelde doorzetting te helpen.

Blijft over, dat de geproclameerde strijd met de openbare orde enkel en alleen bestaat in het blote feit op zich, dat de rechtsmacht van de vreemde rechter door vrijwillige onderwerping was gevestigd; dat, anders gezegd, bedoelde strijd met de openbare orde de vertaling is van een in eigen nauwe verbondenheid gefundeerd wantrouwen tegen bemoeienis en uitspraak van een rechter wiens rechtsorde met de litigieuze zaak in geen enkele andere verbinding staat dan dat partijen voor hem verschijnen en zeggen dat *hij* het zeggen mag. Meent de Hoge Raad dat nu werkelijk? Is hij ernstig van oordeel dat uitsluitend vanwege een louter in zijn ogen genetische oneffenheid – de rechter, moeten we aannemen, was naar eigen recht bevoegd, – over de uitspraak absoluut niet kan worden

(1) Vgl. de overweging met betrekking tot de jurisdictie in het Solbandera-arrest: HR 12 december 1947, *NJ* 1948, No. 608, Noot Houwing; zie mijn *Rechtskeuze*, p. 58/59.

(2) De Winter, *W.P.N.R.* 5113, p. 31; vgl. Kollewijn, *NTIR* 1968, p. 423 en 424.

gedebatteerd, dat de uitspraak, als zijnde tengevolge dier oneffenheid alleen reeds onherstelbaar in strijd met de openbare orde, eenvoudigweg móet worden genegeerd? Ook als de door de rechter aangevoerde grond, c.q. de bewezen feiten, een der Nederlandse echtscheidingsgronden zou, c.q. zouden, uitmaken? Het lijkt me onaannemelijk. Waarom zouden echtelieden wier huwelijk nergens beslissend te localiseren is, niet om hen moverende redenen, tezamen, een (voor hen) gemakkelijk toegankelijke jurisdictie mogen benutten, nu zij hier te lande met de hier gedomicilieerde vrouw bijvoorbeeld als gedaagde, in een geheide jurisdictie, bij onderling goedvinden kunnen scheiden volgens een *lex fori* die een niet eens zo sterke claim op toepassing kan doen gelden? Vanouds wordt toch voor de aanvaardbaarheid van een buitenlands constitutief vonnis een dubbele controle gevoerd, waarbij wordt nagelopen, enerzijds, in het formele, of de rechter naar de normen van zijn eigen recht wel bevoegd was en of er wel een 'fair trial' (1) heeft plaatsgevonden, en anderzijds, in het materiële, welk recht door de rechter is toegepast. En waarom zouden dan, en dit geldt zelfs voor exclusief-Nederlandse echtparen, partijen de vrijheid niet hebben om met hun ook in Nederland geldige echtscheidingsgrond die rechter te adiëren die hun goeddunkt; hun op dat moment het beste uitkomt? Waar bemoeien we ons toch eigenlijk mee?

Of moeten we de zaak helemaal niet zo verstaan, en het erop houden dat de Hoge Raad het vreemde vonnis afwijst van wege de samenloop van de exorbitantie van het forum met de onbekendheid in ons – met één der partijen nauw verbonden – recht, van de in het vonnis gebezigde echtscheidingsgrond? Men zou het uit de tekst van het arrest kunnen afleiden, waar in de desbetreffende overweging gesproken wordt over de erkenbaarheid, al of niet, van "de door de Mexicaanse rechter uitgesproken echtscheiding"; en de grond hier was: onverenigbaarheid van karakters. Maar dan even het volgende: als op dezelfde grond, maar nu in Indiana, de echtscheiding zou zijn uitgesproken, zou '9 december' het vonnis hier erkenbaar maken; dat is point acquis ondanks de nauwe verbinding Kaatje/Nederland. Het in Indiana rechtswerkzame vonnis van eigen huize wordt dus door ons aanvaard. En als het in Indiana – door erkenning aldaar – rechtswerkzame vonnis nu eens van el-

(1) Kollwijn, *American-Dutch PIL*, 2e druk, p. 35 onder verwijzing naar Rb. Amsterdam 16 november 1934, *NJ* 1936, No. 1027. Zie ook *NTIR* 1960, p. 409 en de verwijzingen aldaar.

ders kwam? Bijvoorbeeld uit Mexico? Dan niet; uitsluitend, want daar komt het in feite dan op neer, omdat partijen de, volgens ons verkeerde, bevoegde rechter hadden benaderd. Het wil er bij mij gewoon niet in. Ik ben bang dat ik de categorische afwijzing door de Hoge Raad van de Mexicaanse echtscheiding in de hypothese dat Kaatje als Nederlandse in Nederland woonachtig was, voor een misslag moet houden, voor een "dul dood doemwaard ding" zoals Geerten Gossaert zei, waarmee in het vervolg niet behoeft te worden gerekend. Want waarin zou die openbare orde van ons dan zo gevioleerd zijn? Ik vermag het werkelijk niet te zien. (1)

29

Monsteren wij nu eens wat wij hebben – of denken te hebben – wanneer het gaat om de erkenning van een buitenlandse echtscheiding waarbij een der partijen, of beiden, de Nederlandse nationaliteit had, resp. hadden; met eerst nog een drietal opmerkingen – men kan ook zeggen: open deuren – vooraf:

1. Het is in principe irrelevant wie in de buitenlandse procedure als eiser optrad; zie boven *sub* 7;
2. de buitenlandse procedure moet voldoen aan eisen van fair trial; dit is, ten behoeve van, veelal, de gedaagde een eis van onze openbare orde; en
3. de vreemde rechter moet volgens eigen recht bevoegd zijn geweest; 2e en 3e vormen samen de onontkoombare formele toetsing, waarover *sub* 28, *in fine*.

De echtparen waarbij het Nederlanderschap een rol speelt kunnen we, op voet van 9 december, verdelen in: *A.* echtparen die exclusief-Nederlanders zijn, en *B.* echtparen die *niet* exclusief-Nederlanders zijn.

A. Echtpaar is exclusief-Nederlands

Deze groep valt, naar mijn mening, in tweeën uiteen: (1) echtgenoten wier nationaliteit voor het i.p.r. (nog) aanknopingswaarde heeft (zie boven *sub* 4): de effectief-Nederlanders, en (2) echtgenoten wier nationaliteit voor het i.p.r. geen aanknopingswaarde heeft (zie boven *sub* 11/12): de, wat ik moge noemen, titulair-Nederlanders.

(1) Ik ben het met Hijmans van den Bergh dan ook niet eens, wanneer hij in zijn noot zegt dat ook dit onderdeel van de beslissing hem juist voorkomt. Zie over dit alles vooral ook het gegronde betoog van Bijleveld, o.c. boven noot 5, p. 56.

1. *Van effectief-Nederlanders wordt de buitenlandse echtscheiding erkend*
 - a. in ieder geval, als ze voldoet aan Nederlands recht (1) (materiële toetsing);
 - b. als ze door achterop komende feiten is bevestigd.
2. *Van titulair-Nederlanders wordt de buitenlandse echtscheiding erkend*
 - a. als ze is uitgesproken door de rechter van, of door erkenning is rechtswerkzaam geworden in, een rechtsmilieu waarmee een relevante verbinding bestaat (geen materiële toetsing);
 - b. als ze door achterop komende feiten is bevestigd.

B. Echtpaar is niet exclusief-Nederlands

Deze groep valt in drieën uiteen; met behulp van het leerstuk der effectieve nationaliteit krijgt men dan, dat ofwel

1. *echtgenoten beide effectieve Nederlanders zijn* – echtscheiding wordt erkend op voet als vermeld sub A. 1 en 2, nu art. 6 AB voor deze echtparen niet geldt –; ofwel
2. *van de echtgenoten er maar één effectief-Nederlander is* – echtscheiding wordt erkend op voet als vermeld sub A. 2 –; ofwel
3. *echtgenoten geen van beide effectieve-Nederlanders zijn* – echtscheiding wordt erkend op voet als vermeld sub A. 2.

Voordat ik, om der wille van de eenvoud, dit erkenningsschema als het bekende kampbekertje, in elkaar schuif, moge ik doen opmerken dat de erkenningspolitiek met betrekking tot de echtelieden vermeld in B. 2, zich geheel natuurlijkerwijze ook als richtige oplossing aandient met betrekking tot echtelieden met beide uitsluitend (een) vreemde nationaliteit(en) (2); dit betekent dat we onze richtlijn – want ik beoog hier niet een proeve van redactie ener wettelijke regeling te geven – kunnen neutraliseren, veralzijdigen, behalve dan voor het echtpaar dat uitsluitend de Nederlandse nationaliteit, en dan nog wel effectief bezit. De richtlijn zou dan als volgt kunnen luiden:

Een buitenlandse echtscheiding wordt hier te lande erkend wanneer ze, na behoorlijke rechtspleging, door de daartoe bevoegde rechter is uitgesproken, dan wel wanneer ze door achteropkomende

(1) D.w.z. als de feiten waarop de vreemde uitspraak berust naar Nederlands recht een echtscheidingsgrond vormen; vgl. verschil in formulering tussen de arresten van de HR van 4 maart 1965 en 9 december 1965, *supra* sub 3. In de in de tekst gegeven formulering krijgt art. 6 AB iets van een facultatieve norm, hetgeen mij een juiste ontwikkeling lijkt.

(2) Vgl. Lemaire, *Hoofdpijnen*, p. 153.

feiten is bevestigd, dan wel door erkenning rechtswerkzaam is geworden in een rechtsmilieu waarmee een relevante verbinding bestaat, met dien verstande dat wanneer het echtgenoten betreft die beide uitsluitend de Nederlandse nationaliteit effectief bezitten, de buitenlandse echtscheiding in ieder geval wordt erkend als ze aan Nederlands recht voldoet en overigens wanneer ze door achteropkomende feiten is bevestigd.

Hierbij nog een tweetal opmerkingen. In de eerste plaats wilde ik er, wellicht ten overvloede, op wijzen dat met: "daartoe bevoegde rechter", is bedoeld een rechter die niet alleen naar normen van zijn eigen recht bevoegd was, maar tevens zodanig met de zaak verbonden, dat hij ook internationaal gezien recht van spreken had. Men denke hier aan de boven, *sub* 25, gereleveerde jurisdictiegronden uit de Haagse ontwerp-Conventionie, welke de rechtspraak zou kunnen overwegen thans reeds ook geheel buiten de Conventionie om te gaan volgen (1); niets let overigens de Nederlandse rechter te dezen nog ruimhartiger te zijn wanneer zulks nodig, of alleen maar practisch, zou blijken.

In de tweede plaats iets over de verstoting. Met deze wijze van huwelijksontbinding, enkel en alleen door eenzijdige wilsverklaring van de man, kunnen we door de alhier met Nederlandse meisjes trouwende gastarbeiders uit Mohamedaanse landen, gemakkelijk te maken krijgen. Ik zou menen dat men er niet aan ontkomt een dergelijke verstoting hier als huwelijksontbinding te erkennen wanneer zij rechtsgevolg heeft in het rechtsmilieu waar zij plaatsvond en was toegelaten volgens de personele wet van de man; en, mocht men aan de gerechtvaardigdheid hiervan nog twijfelen, dan wil men het wellicht met mij eens zijn, dat erkenning in ieder geval geboden is wanneer blijkt dat de vrouw zich bij deze huwelijksontbinding heeft neergelegd: men behoort de vrouw die het fait accompli heeft geaccepteerd niet te noodzaken een toch altijd hinderlijke, tijd- en geldroovende echtscheidingsprocedure te voeren tegen de man, die haar volgens zijn eigen recht volmaakt links kan en mag laten liggen. En dan voor het bewijs van het als echtscheidingsgrond aan te voeren overspel zeker het ginds, ter plaatse gel-

(1) In gelijke zin adviseerden ook Kokkini/Verheul, *o.c.* (boven noot 4, p. 56), p. 28.

dig gesloten tweede huwelijk van de man – if any – aanvoeren (1); ik heb dat altijd juridisch stuitend en onwaardig gevonden, en een bewijs te meer dat slechts door veranderde en verbeterde hantering van de schaarse i.p.r.-normen de van elkaar verschillende rechtstelsels bevredigend in elkaar kunnen worden gepast.

Trouwens de gedachte dat de houding van de vrouw hier a posteriori een rol speelt, leidt verder en doet de vraag rijzen of niet een gelijke rol überhaupt zou moeten toekomen aan de houding-achteraf van de gedaagde uit het vreemde echtscheidingsproces: wanneer gedaagde blijkt zich bij de buitenslands tegen hem uitgesproken scheiding neer te leggen, zijn daarmee en daardoor eventuele deficiënties ten aanzien van competentie, fair play en toepasselijk recht gedekt; waarom bij verstoting wel en hier niet? Ik heb lang gearzeld of ik in deze erkenningsgrond, die geen product is van eigen denkkraft, maar die bij sommige vakgenoten, naar mij uit debatten en discussies is gebleken, hoog genoteerd staat, een aanbevelenswaardige, zelfstandige erkenningsgrond moest zien; en, ik vind nu tenslotte van wel. Vooreerst omdat op deze wijze een juiste i.p.r.-vertaling is gevonden voor onze geliefkoosde en gekoesterde 'grote leugen'; vervolgens omdat het van groot belang is "een van de meest onaantrekkelijke frictieverschijnselen" (2) van het i.p.r.: het *matrimonium claudicans*, zoveel doenlijk te vermijden; en tenslotte, omdat het niet des rechts is, in andere dan strikt daartoe dringende situaties, bescherming te verlenen aan justiciabelen (i.c. genoemde gedaagden), die op deze bescherming geen enkele prijs blijken te stellen – en van een dergelijke (nood)situatie is hier in het geheel geen sprake. Men ziet hoe ver de, tot nu toe onder de tafel gebleven, suggestie van Kollewijn (3), dat het verschil kan maken wie van de twee partijen op het vreemde vonnis een beroep doet, nu opeens komt te reiken. Men mag inderdaad wel zeggen dat de Amsterdamse beschikking van 21 maart 1961, een ware,

(1) Vgl. Rb. Amsterdam, 6 november 1941, *NJ* 1942, No. 183; Rb. Utrecht 9 november 1949, *NJ* 1950, No. 497; Rb. Den Haag, 18 juni 1952, *NJ* 1953, No. 356; vgl. hier ook de niet erkende Mexicaanse echtscheiding waarop de procedure volgde die eindigde met HR 29 november 1963, *NJ* 1964, No. 489; Kollewijn, *WPNR* 4886, p. 6, 1e kol.; vgl. Lemaire, *NTIR* 1961, p. 241, zie ook noot 4 aldaar.

(2) Voskuil, diss. (boven noot 1, p. 67), p. 117.

(3) Zie boven, *sub.* 17; de berusting van gedaagde in de vreemde echtscheiding is verwerkt in de frase: 'door achteropkomende feiten bevestigd', van de voorgestelde richtlijn.

hippe vogel onder de rechterlijke uitspraken, het denken over de erkenning van buitenlandse echtscheidingen niet onaanzienlijk heeft 'omgeturnd'.

30

Thans de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en de conflict-norm die hij dient te hanteren, wanneer hier te lande een internationale echtscheiding wordt gevorderd. Behalve vanwege de plaatsruimte, zal ik, ook omdat mijn medepraeadviseur hierbij uitvoerig stilstaat, slechts summierlijk op deze twee aspecten ingaan. Bevoegdheid van de rechter. (1) Deze is, sedert 1 januari 1970, te vinden in art. 814 nieuw Rv., een artikel waarover vòòr zijn totstandkoming zo het een en ander is te doen geweest. Het artikel is thans echter goed en wel ingevoerd en, dit zo zijnde, zou ik het als een – hoe kan het anders, in dit verband? – *fait accompli* willen aanvaarden, en over de gewenstheid ervan niet langer redetwisten. (2) Aangaande de werkingsomvang van de bepaling echter wèl nog een enkele opmerking.

Ik zou menen dat, waar in het eerste lid van het artikel, *sub a.* en *c.*, de Nederlandse nationaliteit als aanknopingsfactor wordt gebruikt, de rechter *niet* noodzakelijk met behulp van het leerstuk der effectieve nationaliteit zal dienen uit te maken of een bipatride persoon waarover hij zal moeten oordelen, als Nederlander in de zin van deze bepaling moet worden aangemerkt. Voor wat *sub c* betreft, zal zich de zaak dikwijls vanzelf oplossen omdat de daar opgenomen gequalificeerde woonplaats er in vele gevallen voor zal zorgen dat de Nederlandse nationaliteit effectief is (geworden); voor wat *sub a* betreft, zo lijkt mij, dat vooral recessief-Nederlandse, bipatride echtparen woonachtig in landen die de echtscheiding verbieden, behoefte kunnen hebben aan een forum in het oude vaderland, teneinde in de gelegenheid te zijn de hen drukkende

(1) Voor de goede orde zij erop geattendeerd dat naar Nederlands recht een rechtsgeldige huwelijksontbinding anders dan door de dood, hier slechts mogelijk is via de overheidsrechter; uitspraken van kerkelijk-rechtelijke instanties hebben hier te lande geen rechtseffect, noch ook verstoting al of niet voor een notaris bedreven. Kollewijn, *WPNR* 4468, p. 494, 2c kol.; *Tien Jaren*, p. 70 onder verwijzing naar *HPS* 1956, p. 112 e.v.

(2) Zie de literatuur besproken bij De Winter, *WPNR* 4946, p. 169 e.v.; zie eveneens *De Nederlandse Rechtspraak inzake echtscheiding in het internationaal privaatrecht 1963-1970*, Publ. Asser-Inst., Den Haag 1970, p. 2.

matrimonieële gebondenheid te doen slaken. Dit gaat mijns inziens echter ook weer niet zò ver dat een Nederlands echtpaar dat compleet van Nederland is vervreemd – een al of niet bipatride titulair-Nederlands echtpaar: bijvoorbeeld een echtpaar à la Stolberg (1) waarvan de vrouw, door haar huwelijk, de vóór 1892 *iure soli* verkregen Nederlandse nationaliteit van haar effectief Duitse, kort na zijn geboorte naar Duitsland verhuisde, echtgenoot heeft meegekregen – hier te lande, onder ons art. 814 *sub* a Rv. rechtsingang zou kunnen vinden; ik ben het te dezen dan ook niet helemaal met Lemaire (2) en de Memorie van Antwoord (3) eens. Wel ben ik met Lemaire van mening dat onder woonplaats in art. 814 moet worden verstaan: woonstede – zie art. 10 Nieuw BW – of, bij gebreke van een woonstede *in* of *buiten Nederland*, het werkelijk verblijf. (4) Voor het ambtshalve onderzoek door de rechter naar de waarachtigheid van de door partijen aangevoerde grond voor zijn bevoegdheid verwijs ik gaarne naar het uitstekende overzicht dat door het TMC Asser-Instituut is gegeven over de jaren 1963-1970.

31

Dan thans de conflictregel, of liever het samenstel van conflictregels dat de Nederlandse rechter zal hebben te hanteren, wanneer hem gevraagd wordt een internationaal huwelijk te ontbinden. Het is hier dan, bij de ruime jurisdictie die in art. 814 Rv. gegeven is, van belang de erkenbaarheid in het buitenland goed in het oog te houden, daar in het buitenland veelal een materieel-rechtelijke toetsing plaatsvindt die ons de plicht oplegt om, gelijk achteraf gedaan wordt bij de erkenning, ook op voorhand te zorgen dat het euvel van het hinkend huwelijk zoveel mogelijk worde ontgaan: ruimhartigheid bij de competentie, verfijning in de verwijzingsnomenclatuur. Dit maakt het, zo wil mij voorkomen, minst genomen gewenst

(1) Hof Den Bosch, 1 juni 1961, *NJ* 1963, No. 239; Kollewijn, *WPNR* 4830, *Tien Jaren*, p. 28 e.v.; vgl. Publ. Asser-Inst. – vorige noot – p. 4/5; Sauveplanne, *WPNR* 4901, p. 174.

(2) *Hoofdlijnen*, p. 136 en de verwijzing aldaar in nt. 32, naar p. 133.

(3) Invoeringswet, Kamerstukken 8436, 5, p. 32. Vgl. Publ. Asser-Inst. – boven noot 2, p. 108 – p. 2, *sub* 2.

(4) *Hoofdlijnen*, p. 137; vgl. M.v.T. Invoeringswet, Kamerstukken 8436, 3, p. 26; ook Petit, *Hoofdtrekken van het Nederlands Familierecht*, p. 103, lijkt hiermee in te stemmen; anders Publ. Asser-Inst. *l.c.*, voor welke aarzeling ik ook niet geheel ongevoelig ben.

te overwegen of een ladder *in more* Kegel (1) in deze materie geen goede diensten zou kunnen bewijzen. Het is temeer nuttig zich op de mogelijkheid en/of handzaamheid van zulk een sequens van oplossingen te bezinnen, nu vaststaat dat, anders dan de Ministers van Justitie en Buitenlandse Zaken dachten (2), door de ontwikkeling in de jurisprudentie en ondanks frequente toepassing van Nederlands recht, aan het arrest Boon-Schmidt het karakter van standaard-arrest dat welhaast móét worden nagevolgd, definitief is ontnomen.

Als eerste sport moge ik dan aangeven: *de gemeenschappelijke nationale wet van echtelieden*. Hierbij een viertal notities. In de eerste plaats wil ik gaarne ook hier weer poneren, dat het mij, in i.p.r.-zin, onjuist voorkomt om een formeel inderdaad bestaande gemeenschappelijke nationaliteit van echtelieden als aanknopingspunt te bezigen wanneer gezegde nationaliteit volmaakt – zoals boven werd aangeduid (3) – milieu-arm is. Ik moge te dezen nogmaals, en met genoegen en instemming, verwijzen naar de beschikkingen van, wederom, de Amsterdamse Rechtbank. (4) In de tweede plaats wilde ik er op wijzen dat het, ten opzichte van domicilielanden, niet ongunstig lijkt wanneer reeds thans, op voet van art. 11, lid 2 van het Benelux-Ontwerp EW, aan het Nederlandse domicilie zou worden aangeknoopt wanneer het vreemde i.p.r. – dat wil zeggen het i.p.r.-systeem als geheel (5) – dit ons Nederlandse domiciliaire recht als uiteindelijk toepasselijk aanwijst. In de derde plaats moet worden bedacht dat, als de persoon in quaestie uit een land met een niet-geünificeerd rechtsstelsel afkomstig is, de wet van die deelstaat

(1) *Internationales Privatrecht*, p. 291 e.v.

(2) Vermeld in een verdienstelijke, in het Asser-Inst. bewerkte en door deze gepubliceerde scriptie van een tweetal leerlingen van mijn mede preadviseur; zie *Het Nederlandse IPR in zaken van echtscheiding, voogdij en adoptie*, p. 4; zie ook tabel op p. 33, en analyse daarvan op p. 34/35, waaruit blijkt dat in slechts twee van de 45 recente uitspraken Boon-Schmidt is gevolgd, in de periode na de Ministeriële mededelingen omtrent de bindende kracht van het oude arrest van 1907, *W.* 8636; zie over dit arrest met name Dubbink, *WPNR* 4129; zie over het gehele vraagstuk Lemaire, *Hoofdpijnen*, p. 125 e.v.; onjuist is dan ook de opmerking van De Winter, *Rec. des Cours* 1969, III, p. 413, noot 30, waarin hij hetzelfde standpunt als de ministers blijkt te huldigen.

(3) Zie boven *sub* 11.

(4) d.d. 29 januari 1970, *NJ* 1970, Nos. 187 en 188; zie boven *sub* 11, noot 3, p. 70.

(5) Zie Kolléwijn, aankondiging preadvies Van der Ploeg voor de Broederschap der Notarissen 1962, *WPNR* 4687.

(of bevolkingsgroep) moet worden toegepast waarmee de engste verbinding bestaat (1), of, bij gebreke van zulk een enge verbinding, de domiciliaire wet. (2) In de vierde en laatste plaats iets over de effectieve nationaliteit. Als zich bij een echtpaar met gemeenschappelijke nationaliteit een nationaliteitscomplicatie voordoet in die zin, dat één echtgenoot (of wellicht ook beiden) een extra-nationaliteit bezit(ten), geldt voor de aanknoping, in hun geval, alléén de nationaliteit met de grotere milieu-inhoud. Zo kan het dan wezen – zie Noorse echtscheiding – dat een echtpaar met gemeenschappelijke nationaliteit, voor het i.p.r. als *mariage-mixte* wordt behandeld, en daarom via domicilie aangeknoopt. Maar wat te doen, als een duidelijk onderkenbaar aanknopingsoverwicht zich in concreto niet aandient?; als de beide nationaliteiten gelijkelijk effectief of gelijkelijk ineffectief zijn? Alsdan, zo zou ik menen, is de nationaliteit als aanknopingspunt onbruikbaar, en moet men omzien naar een subsidiaire aanknoping. (3)

Als *tweede sport* – bij het ontbreken van een voor het i.p.r. relevante gemeenschappelijke nationaliteit – zou ik willen voorstellen: de *samenvallende materiële oplossing waartoe in concreto de twee nationale rechtssystemen – N.B.: inclusief hun eigen i.p.r. – zouden geraken*. In ge-

(1) Vgl. bijv. art. 1 van de testamentsvormen-Conventie van 5 oktober 1961, zie Kisch, *WPNR* 4662/63.

(2) Kollwijn, *WPNR* 4425, *Tien Jaren*, p. 243 en de verwijzingen. Zie ook Rb. Amsterdam 30 juli 1969, *NJ* 1969, No. 390, besproken door De Winter, *WPNR* 5113, p. 28, 2e kol. Zie ook *WPNR* 4682 (ad Rb. Utrecht 14 januari 1960, *NJ* 1960, No. 386), *Tien Jaren*, p. 150 (met name 151/152).

(3) Men bedenke bij dit alles, dat naar Nederlands i.p.r. de Nederlandse bipatriede niet per se als Nederlander moet worden behandeld door de Nederlandse rechter; boven *sub* 8. Niet naar de nationale wet zullen evenmin behandeld kunnen worden echtelieden wier nationale wet uitsluitend een religieus huwelijk als geldig erkent en die uitsluitend voor de burgerlijke autoriteiten zijn getrouwd: vgl. Hof Amsterdam 30 januari 1964, *De Rechtsstrijd* 1964, 4, p. 41; *HPS* 1965, p. 82; Kollwijn, *WPNR* 4887, p. 17, 2e kol.; vgl. Cour de Cass. 25 februari 1947 (Ghattas), *Revue* 1947, p. 444 Noot Niboyet, en hierover Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 215. Verwant aan deze gevallen, waarin dus een weliswaar voorhandene nationale wet toch geen rol krijgt te spelen, zijn de *cacuposities* waarin een der echtelieden een hertrouwd persoon is wiens nationale wet echtscheiding niet kent en die desniettemin van eerste echt scheidde in het woon- en vaderland van zijn (een andere nationaliteit bezittende) partner; strikt volgens de nationale wet van bedoelde echtgenoot zou diens huwelijk een nicht-Ehe zijn; men zie gevallen van het Zwitserse Caliaro-type, waarover uitvoerig de voortreffelijke bijdrage van Von Overbeck in *Zeitschrift für Zivilstandswesen*, 1967, p. 346 e.v.

lijke richting gaan de gedachten van Franx. (1) Er is, zo betoogt hij, geen reden om van het nationaliteitsbeginsel af te stappen en over te gaan op het domicilie- of enig ander beginsel, indien weliswaar de nationaliteiten der echtgenoten verschillen maar *niet* de beide nationale complexen echtscheidingsregels danwel de oplossingen waartoe deze *in concreto* voeren. Hetzelfde zou ook moeder gelden bij partieel verschil. "De domiciliaire wet komt hier alleen in aanmerking, indien de echtscheiding wordt gevorderd op eer grond, die wel door de ene maar niet door de andere wordt erkend." Ik kan dit goeddeels onderschrijven, met dien verstande echter dat men – anders dan Franx lijkt te doen, als ik wel zie – zich dient te realiseren dat bij dit gelijkheidspostulaat rekening moet worden gehouden met het vreemde i.p.r.: een Ier – wiens nationale interne recht echtscheiding verbiedt – die, met een Spaanse getrouwd, in Zuid Afrika is gedomicilieerd (naar Ierse begrippen), kan we degelijk scheiden: Spaans en Iers recht lopen, dank zij hun uiteenlopend i.p.r. hier niet samen. (2) En nu moet men zich vooral niet voorstellen dat men, met het hier besproken procédé nu zo iets uitzonderlijks doet; integendeel. Bij de erkenning (zie boven, *sub* 3) hebben we gezien dat wij een buitenlandse echtscheiding van exclusief-Nederlanders bereid zijn te aanvaarden, ook al is niet het Nederlandse recht toegepast, mits maar, uitgaande van dezelfde feiten, de oplossing naar Nederlands recht samenvalt met die van het krachtens vreemd i.p.r. toegepaste vreemde recht. Gaarne zij overigens toegegeven – Droz heeft daar ook op gewezen (3) – dat het voor de rechter in concreto wel eens bijzonder delicaat en ook bezwaarlijk kan zijn twee (vreemde) rechtsstelsels en het bijbehorende (vreemde) i.p.r. te moeten onderzoeken op eventuele parallellen, zulks terwijl – als verleiding! – de daarna komende conflict-oplossing (sport 3): de wet van het gemeenschappelijk domicilie – die nogal eens de *lex fori* wil zijn – zo oneindig veel gemakkelijker is er trouwens internationaal als heel wel vertoonbaar mag gelden. Het is hier een afwegen tussen rechterlijke commoditeit en internationale erkenbaarheid: echtscheiding, practisch met onderling goedvin-

(1) *R.M.Th.*, 1966, p. 150.

(2) Zes maanden gemeenschappelijke woonplaats hier, zie art. 814, behoeft naar Iers recht nog geen verlies van de Zuid-Afrikaanse 'domicile' mee te brengen.

(3) *De Conflictu Legum*, p. 131.

den (1), hier uitspreken, tussen echtelieden, wier nationale wetten beide echtscheiding verbieden, strijkt mij in ieder geval tegen de haren. Tja; laat de practijk het maar zeggen; de oplossing is in Frankrijk duidelijk verworpen. (2)

Als *derde sport* dan, gelijk gezegd: *de wet van het gemeenschappelijk domicilie*. Over deze sport wilde ik niet veel zeggen; ze ligt nogal voor de hand. Ze is de in Frankrijk algemeen aanvaarde oplossing. (3) Eén explicitering lijkt mij echter nog wel nuttig, namelijk dat ook wanneer echtelieden niet meer samenwonen, maar wel alle twee een – separate – woonstede binnen dezelfde rechtsorde hebben, het aan hen gemeenschappelijke recht van deze rechtsorde toepassing verdient. (4)

Op de volgende, *vierde sport* moet men een voorziening vinden voor gevallen waarin echtelieden noch een gemeenschappelijke nationaliteit noch een gemeenschappelijk domicilie (als bedoeld in de vorige alinea) bezitten. En dan zou ik in eerste instantie willen aanbevelen dat gezocht wordt naar het milieu waar, ondanks het ontbreken van een huidig gemeenschappelijk domicilie, het huwelijk als 'ingebettet' moet worden beschouwd. Men denke aan het geval van een Marokkaanse gastarbeider die met een Italiaanse in Italië is getrouwd; de vrouw woont met de uit het huwelijk geboren kinderen in Italië, de man woont, werkt en verdient zijn – deels naar Italië opgezonden – geld in Nederland; na verloop van tijd weigert hij naar Italië terug te keren, omdat hij hier wil scheiden om met een Nederlandse blondine te trouwen. Het komt mij alsdan niet onredelijk voor de door de Marokkaan hier te lande gevraagde echtscheiding te onderwerpen aan Italiaans recht. Het gaat er eigenlijk om wie in feite het (virtueel) immobiele deel van de echtvereniging uitmaakt; dat kan, in plaats van de vrouw met de kindertjes, wel degelijk ook de man met de hooggespecialiseerde baan

(1) Aldus De Winter, *WPNR* 5113, p. 27, 2e kol. *ad* Rb. Utrecht, 27 november 1968 (A.K. 4499), Lemaire, *Hoofddlijnen*, p. 154, Verheul, *NJB* 1968, p. 971; *contra*: Kolléwijn, *WPNR* 5013, p. 437, 1e kol. en Van Rijn van Alkemade, *HPS* 1961, p. 52, bij welke laatsten ik mij gaarne aansluit.

(2) Arrêt-Corcós, Cass, 22 februari 1961, *Rev. Crit.* 1961, p. 382, Noot Batiffol; *D.* 1961, p. 437, Noot Holleaux; zie ook arrêt-Caraccione, Cass. 12 juni 1961, *Rev. Crit.* 1961, p. 558, Noot Batiffol; *D.* 1961, p. 438, Noot Holleaux. Bij ons is De Winter, *WPNR* 5113, p. 30, 1e kol., ook uitgesproken tégen deze oplossing.

(3) Dubbink, *N.T.I.R.* 1956, p. 199 e.v.; Droz, *o.c.* noot 3 op p. 112; vgl. De Winter, *l.c.* vorige noot.

(4) Vgl. Arrêt-Tarwid, Cass. 15 mei 1961, *Rev. Crit.* 1961, p. 547, Noot Batiffol.

in het hooggespecialiseerde instituut zijn, terwijl de vrouw 'walk out on him' om zich – wellicht zonder de kinderen – zelfstandig elders te vestigen (en vice versa, wanneer de vrouw bedoelde baai heeft). Het argument van De Winter (1) ter ondersteuning van de toepasselijkheid van de *lex fori* van het land waar de migratoir echtgenoot "een nieuw leven wil beginnen", dat het, namelijk "onwenselijk en onbillijk zou zijn om haar of zijn levenslot blijvend te laten beïnvloeden door het recht van het land waar het mislukt huwelijk gelocaliseerd kan worden", vermag op zich niet te overtuigen. Het gaat te dezen om de vraag of, ondanks het feitelijk uit een-wonen dès dat van onderscheiden domicilies kan worden gesproken, voor het huwelijk een duidelijk aanwijsbare 'maatschappelijke woonplaats' is vast te stellen. Alsdan zou als vierde sport kunnen dienen: *de wet van het huwelijksdomicilie* – van de 'matrimonial home'. Met dezen verstande, echter, dat wanneer zulk een 'home' niet is aan te wijzen ofwel – en dit komt De Winter weer tegemoet – wanneer door (Nederlandse) nationaliteit en domicilie – bij wege van *fait accompli* – een ook internationaal als voldoende relevant aangemerkte – duurzame? – band met de Nederlands rechtsorde is ontstaan, *Nederlands recht* – en dit is dan de vijfde sport – als: *nationaal-domiciliaire wet van één der partijen*, moet worden toegepast.

Het blijft dan nog mogelijk dat, ondanks het gequalificeerde domicilie van een der procespartijen hier te lande, gezegde partij naar de normen van haar eigen i.p.r. haar domicilie in een ander land nog niet had opgegeven. Is dit een afhankelijk domicilie dan ware te overwegen – zesde sport – *de wet van het in deze zin gemeenschappelijk huwelijksdomicilie* toe te passen (2); is dit niet een afhankelijk maar een zelfstandig domicilie, dan zou men – zevende sport – kunnen nalopen of *de materiële oplossing in de beide domiciliaire rechtsstelsels, inclusief hun i.p.r., in concreto coïncideren*, om, zo ja, dan deze samenlopende oplossing ook voor het onderhavige echtscheidingsgeding te gebruiken.

En dan tenslotte, op de achtste sport, kan – moet wel – als give-it-up-rule, omdat we nu eenmaal niet anders meer hebben – geen der voorgaande sporten kon immers dienen –, bij wege van 'gerechtigheid uit het vuistje' de *lex fori* worden toegepast.

(1) *WPNR* 5113, p. 31. 2e kol, *in fine*.

(2) Samenloop van het nationale recht met deze domiciliaire wet is al onderzocht op de tweede sport.

Hoewel ik deze ladder niet met droge ogen kan bekijken – zonder dat mij daardoor overigens de blik wordt vertroebeld –, ben ik mij ervan bewust dat zij niet juist de eenvoud uitstraalt die het door De Winter (1) laatstelijk nog weer eens voorgedragen systeem zo aansprekelijk maakt: gemeenschappelijke nationale wet, wet van het gemeenschappelijk domicilie, *lex fori*. Het is voor mij echter een hele vraag of in deze de aperte eenvoud wel geldt als kenmerk van het juridisch ware; een vraag die ik gaarne voorleg aan de Vergadering-1971 van de Nederlandse Juristenvereniging, haar er in-tussen op wijzende dat het er ons, naar een uitspraak van blijvende en inspirerende actualiteit, om te doen moet zijn: “mit Blick auf die Einzelmenschen und deren rechtliches Schicksal die verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen gerecht und billig in eine so vorteilhafte Harmonie wie möglich zu setzen, zunächst und verbindlich für das eigene Gebiet, aber stets in dem Bestreben, der Entwicklung einer allgemeinen Harmonie nicht im Wege zu stehen.” (2)

(1) *L.c.* voorlaatste noot.

(2) Wiethölter, *Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des Internationalen Privatrecht*, diss. Keulen 1956, p. 116; besproken in *RabelsZ.* 1958, p. 385.