



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Internationaal privaatrecht in migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid

Eeckhout, V. van den

Citation

Eeckhout, V. van den. (2002). Internationaal privaatrecht in migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid. *Nemesis*, 75-88. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12851>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12851>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

*De evolutie van een
twee-sporenbeleid*

Internationaal privaatrecht en migratierecht

Met het Verdrag van Amsterdam vond een 'europeanisatie' plaats van het vreemdelingenrecht. In het kielzog van deze operatie werden door de EG-lidstaten eveneens bevoegdheden op het vlak van het internationaal privaatrecht (ipr) overgedragen aan de EG. Deze processen van europeanisatie roepen fundamentele vragen op, die nopen tot een meer algemene bezinning op de samenhang van het ipr met aspecten van migratierecht. In deze bijdrage ligt de focus op de verwevenheid van het ipr met het vreemdelingenrecht, zowel in Europese als niet-Europese context. Aandacht gaat naar de spanningsvelden die tot uitdrukking komen als men de ontwikkelingen in Europese context plaatst naast de ontwikkelingen in niet-Europese context. Centraal staan daarbij twee recente uitspraken van de Hoge Raad inzake verstoting.

Selectieve aandacht voor aan de gang zijnde ontwikkelingen

Europeanisatie van vreemdelingenrecht en internationaal privaatrecht

De wijzigingen die in 1997 door het Verdrag van Amsterdam aan het EG-Verdrag zijn aangebracht,¹ hebben bij vreemdelingenrechtelijk georiënteerde juristen de nodige opschudding teweeggebracht. Met het Verdrag van Amsterdam heeft immers een 'europeanisatie' van het vreemdelingenbeleid plaatsgevonden, in die zin dat bij het Verdrag van Amsterdam door de EG-lidstaten aan de EG bevoegdheden zijn overgedragen om regels te maken op het vlak van het vreemdelingenrecht. In de Nederlandse literatuur wordt ruim aandacht gegeven aan ontwikkelingen die daarmee voor het vreemdelingenrecht in gang zijn gezet. Belangenbehartigers van vreemdelingen tonen zich waakzaam, nu mogelijk fundamentele wijzigingen te verwachten zijn op het vlak van de regeling van verblijfsrechtelijke aanspraken en mobiliteit van niet-Europese vreemdelingen.

Hun aandacht voor de door het Verdrag van Amsterdam aangebrachte wijzigingen inzake vreemdelingenrecht lijkt bij nader toezien echter selectief te zijn. Want een andere ontwikkeling, eveneens in gang gezet met het Verdrag van Amsterdam en mogelijk eveneens fundamenteel voor de afwikkeling van verblijfsrechtelijke aanspraken van niet-Europese vreemdelingen, stond tot nog toe bij diezelfde juristen veel minder in de schijnwerpers: met het Verdrag van Amsterdam heeft immers ook een europeanisatie van het *internationaal privaatrecht* plaatsgevonden. Bij belangenbehartigers van vreemdelingen lijkt dit fenomeen niet werkelijk grote beroering teweeg gebracht te hebben.

Debet aan die schijnbare desinteresse is mogelijk het vrij technisch en dikwijls ontoegankelijk geachte karakter van het ipr. Maar hoe 'vreemd' het ipr ook moge zijn in manier van denken, het moge duidelijk zijn dat verblijfsrechtelijke aanspraken van vreemdelingen in belangrijke mate samenhangen met familie-rechtelijke verhoudingen waarop de betrokkenen zich beroepen; nu precies het vakgebied van het ipr de voorwaarden bepaalt waaronder familierechtelijke verhoudingen met een buitenlands element kunnen worden tot stand gebracht dan wel beëindigd, oefent het internationaal familierecht terzake onmiskenbaar een scharnierfunctie uit. Juist in het besef daarvan heeft de EU zichzelf een prominente opdracht toegekend op het gebied van vervaardiging van ipr-regelgeving.

Uiteraard hebben ipr-georiënteerde juristen wel oog voor de aan de gang zijnde ontwikkelingen in het ipr. Maar veel ruimte voor analyse en prospectie lijkt er in het vakgebied van het ipr momenteel niet te zijn, nu ipr-juristen de handen vol hebben aan de kennisname, ordening en uitlegging van de regelgeving die Europa produceert, niet alleen op het gebied van het familierecht, maar ook op het

1. Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijhorende akten, ondertekend te Amsterdam 2 oktober 1997, *PbEG C* 10 november 1997, nr. 340/1, in werking getreden op 1 mei 1999.

gebied van het vermogensrecht. Wat meer is, waar bij ipr-juristen aandacht bestaat voor de implicaties van de europeanisatie van het ipr, voor de samenhang tussen ipr en vreemdelingenrecht en de toekomstige ontwikkeling van het ipr, beperken de analyses zich tot wat ik zou noemen de samenhang van ipr met het 'vrij verkeer in eng-Europese context'.

... Als aanzet tot ruimere reflectie over samenhang van ipr met aspecten van migratierecht

De europeanisatie van het ipr werpt mijns inziens echter op een veel ruimer vlak fundamentele vragen op, welke nopen tot een meer algemene bezinning op de samenhang van het ipr met aspecten van migratierecht. Het zou daarbij mijns inziens niet alleen moeten gaan om een analyse van hetgeen vooralsnog in Europese context gebeurt: boeiend wordt het als men de Europese ontwikkelingen plaatst naast, zo mogelijk tegenover, ontwikkelingen in niet-Europese context, en men in de analyse naast het vreemdelingenrecht in enge zin ook vakgebieden als het sociaal zekerheidsrecht en het nationaliteitsrecht betreft. Dan gaat het uiteindelijk om een analyse van de manier waarop het ipr interfereert met andere rechtsgebieden die onder de brede noemer van het 'migratierecht' vallen, te weten het vreemdelingenrecht, het nationaliteitsrecht en het sociale zekerheidsrecht. In zo'n analyse kan ten volle duidelijk worden hoezeer het ipr dreigt te evolueren in de richting van een tweesporenbeleid naar gelang het de Europese dan wel de niet-Europese context betreft: daar waar men enerzijds in EU-verband het ipr ten dienste wil stellen aan het bevorderen van mobiliteit van personen, dreigt het ipr anderzijds, wanneer het migratie vanuit niet-EU-landen betreft, te evolueren naar een instrument van een restrictief en tot ontmoediging strekkend migratiebeleid.

Deze bijdrage wil een eerste poging tot analyse in voornoemde zin zijn. De uitwerking blijft evenwel beperkt: de focus ligt in deze bijdrage op de verwevenheid van het ipr met het vreemdelingenrecht.² Daarbij zal ik vooral aandacht geven aan de spanningsvelden die ontstaan naar aanleiding van de ontwikkelingen in Europese context, speciaal in verhouding tot twee recente uitspraken van de Hoge Raad inzake verstoting.

Ontwikkelingen in Europese context: vrij verkeer van personen en liberaliserende tendensen in het ipr

Achtergrond en huidige regeling

Klaarblijkelijk is men zich binnen de EU terdege bewust van de samenhang van het ipr met het vreemdelingenrecht. Althans, uit de regelgeving die men momenteel vervaardigt, blijkt dat men aandacht heeft

voor het gegeven dat confrontatie met problemen van ipr-aard de uitoefening van het recht van vrij verkeer van personen, zoals gegarandeerd door het EG-Verdrag, kan belemmeren. De hypothese is dat ipr-perikelen de mobiliteit van werknemers binnen Europa kunnen verstoren. En inderdaad is het aannemelijk te veronderstellen dat een werknemer aan wie het recht van vrij verkeer van personen toekomt en die overeenkomstig art. 10 Werknemersverordening³ zijn echtgenoot/echtgenote mag meenemen naar een andere EU-lidstaat, minder geneigd zal zijn tot het uitoefenen van zijn of haar recht op vrij verkeer, indien er niet op vertrouwd kan worden dat een 'echtgenoot' ook in het land van vestiging als zodanig zal worden beschouwd.⁴

Met het Verdrag van Amsterdam heeft ook een europeanisatie van het internationaal privaatrecht plaatsgevonden

Welnu, de Europese instanties blijken het in deze context te betreuren dat perikelen van ipr-aard een hinderenis kunnen vormen in de mobiliteit van werknemers binnen Europa. Wat meer is: ten tijde van de totstandkoming van het Verdrag van Amsterdam – waarvan één van de hoofddoelstellingen bestond in het wegemen van de laatste hinderpalen voor het vrije verkeer van personen en het vergroten van de veiligheid – vonden zij dat men zich niet diende neer te leggen bij deze situatie, maar dat integendeel de Europese instanties zélf bevoegdheden moesten worden toegekend om dergelijke belemmeringen te kunnen opheffen. Nu met het Verdrag van Amsterdam het vakgebied van het ipr gekoppeld werd aan het thema van het vrij verkeer van personen, achtte men kennelijk de tijd rijp om zelf over te gaan tot het vervaardigen van ipr-regelgeving, en wel met de mogelijkheid daarvoor gebruik te maken van communautaire rechtsinstrumenten zoals verordeningen en richtlijnen.⁵ Met het Verdrag van Amsterdam heeft de Europese Gemeenschap in de nieuwe Titel IV van het EG-Verdrag de taak en bevoegdheid gekregen zélf maatregelen te nemen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen, voor zover nodig voor de goede werking van de interne markt. Titel IV draagt als opschrift *Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen*. Volgens het onder deze titel ressorterende art. 65 EG moeten onder te nemen maatregelen ook maatregelen op het terrein van het ipr begrepen worden. En luidens art. 65 geldt dit voor de gehele ipr-trits, dus zowel voor regels van rechtsmacht en erkenning en ten-

2. In een in *Migrantenrecht* te verschijnen bijdrage zal ik nader ingaan op de interferentie tussen ipr enerzijds en sociaal zekerheidsrecht en nationaliteitsrecht anderzijds.

3. Verordening (EG) 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *PbEG* L 257, p. 2.

4. Cfr. ook, *mutatis mutandis*, redeneringen inzake harmonisatie van internationaal vennootschapsrecht, M. Groenleer, 'De communautaire aspecten van de Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen', *NIPR* 2001, p. 311.

5. In de zaak die voorlag aan het Hof van Justitie (HvJEG 5 februari 1981, zaak 40/79, *NJ* 1981, met noot) bleek dat aan vrouwen die door toepassing van ipr-regels onder deze dan wel gene wetgeving vielen, daardoor bepaalde pensioenrechten werden ontzegd; de vraag rees of dit geen verboden discriminatie uitmaakte en het Hof niet moest ingrijpen in ipr-regels. A-G Werner stelde toen – met betrekking tot de taak van het Hof – dat de vraag of het Hof een stel ipr-regels moet ontwikkelen die op communautair niveau kunnen worden toegepast, ontkennend moet worden beantwoord.

uitvoerlegging – de meer procesrechtelijke aspecten van het ipr – als voor regels van conflictenrecht.

Uiteraard waren ook al voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam vragen gerezen over ipr in relatie tot vrij verkeer van personen. De analyse hieromtrent van Jessurun D'Oliveira,⁶ onder meer steunend op uitspraken van het Hof van Justitie als *Diatta* en *Reed*, leidt tot de conclusie dat de EU geen communautair begrip huwelijk kende, en dat het communautaire recht zich ten aanzien van het familierecht van de lidstaten *lijdelijk* opstelde.

Brussel II: favor divortii, favor recognitionis en internationale beslissingsharmonie

Er wordt door de EU wel degelijk gebruik gemaakt van de nieuw toegekende bevoegdheden. Het eerste ipr-produkt van de EU is per 1 maart 2001 voor alle EU-landen behalve Denemarken⁷ in werking getreden: het betreft de zogenaamde 'Brussel II-verordening'.⁸ Binnen de EU is men klaarblijkelijk overtuigd dat het vrij verkeer van personen gebaat is met een vrij verkeer van vonnissen, ook op het terrein van het familierecht: als een uitspraak op één van de door Brussel II bestreken domeinen⁹ van het ene EU-land ook in het andere EU-land als zodanig wordt erkend, kan dit de mobiliteit van EU-werknemers alleen maar ten goede komen, zo is kennelijk de redenering.¹⁰ Vandaaruit komt men in Brussel II tot het opstellen van soepele regels van erkenning en tenuitvoerlegging tussen EU-landen op de door Brussel II bestreken domeinen. En, zoals bij de opstelling van een erkenningsverdrag vrij gebruikelijk is, heeft men in Brussel II naast regels inzake erkenning en tenuitvoerlegging tegelijk ook regels inzake rechtsmacht opgenomen.

Met Brussel II wordt zodoende in Europa, mede vanuit bekommernissen inzake migratie en mobiliteit, uitwerking gegeven aan het streefdoel van het bewerkstelligen van een situatie van internationale harmonie – een situatie waarbij rechtsverhoudingen in meerdere landen over en weer erkend worden en, met andere woorden, hinkende rechtsverhoudingen vermeden worden. Opmerkelijk is dat dit gebeurt via een ingreep in het internationaal procesrecht: vaak wordt aangenomen dat *conflict*regels best de internationale harmonie zouden kunnen bewerkstelligen; Brussel II laat zich evenwel niet in met regels van conflictenrecht maar beperkt zich tot regels van internationaal procesrecht, te weten regels van rechtsmacht enerzijds, regels van erkenning en tenuitvoerlegging anderzijds. Opmerkelijk is bovendien dat men in Brussel II poogt het streefdoel van de internationale beslissingsharmonie te bewerkstelli-

gen op een manier die tevens de begunstiging van de mogelijkheid tot echtscheiding – het zogenaamde *favor divortii* beginsel – ten goede komt. Dat het *favor divortii* in Brussel II voorop staat, komt tot uiting zowel in het bevoegdheidsluik als in het erkenningsluik – waar het als *favor recognitionis* kan worden benoemd – en blijkt onder meer uit het feit dat ruime bevoegdheidsregels zijn opgesteld, op een manier die *forum-shopping* mogelijk maakt; uit het feit dat een in wezen zeer soepele erkenningsregeling is opgezet en uit het feit dat afwijzende scheidingsbeslissingen niet onder de erkenningsregeling vallen, zodat 'herkansingen' mogelijk worden.

—————

*Zo vindt een beweging in
'liberaliserende' zin plaats van het
internationaal familierecht van
Europese landen*

—————

De in Brussel II tot uiting komende wil de mogelijkheid tot echtscheiding te begunstigen is niet onbegrensd,¹¹ maar duidelijk is wel dat de EU haar lidstaten mee optrekt in een liberaliserende tendens op het vlak van echtscheidingsrecht. Zo vindt, door een koppeling in 'opwaartse' zin van het streefdoel van internationale beslissingsharmonie en *favor divortii*, een beweging in 'liberaliserende' zin plaats van het internationaal familierecht van Europese landen.

Aantijgingen van discriminatie in het ipr vanuit de samenhang tussen het vrij verkeer van personen en het ipr

De tendens tot 'liberalising' wordt overigens door de Nederlandse doctrine ook aangestuwd bij de *interpretatie* van Brussel II, en wel op een dubbele manier: enerzijds in de invulling die zou moeten gegeven worden aan het 'openbare orde' begrip in Brussel II, anderzijds in discussies over het geldingsbereik van Brussel II.

Vooreerst wordt er, juist vanuit respect voor het beginsel van de vrije circulatie in het kader van de interne markt, voor gewaarschuwd dat lidstaten niet al te vlug de openbare orde-exceptie zouden mogen invoeren als het zou gaan om de erkenning van een huwelijksontbinding van personen van eenzelfde geslacht. Nationale weerstanden tegen bepaalde leefvormen zouden dus mede vanuit deze invalshoek overwonnen moeten worden.¹²

6. H.U. Jessurun D'Oliveira, 'Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie. Hoog tijd!', *NJB* 2001, p. 205. Zie ook, m.b.t. het gezinsbegrip in de EU bekeken vanuit Belgisch perspectief A. Weyembergh, 'Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial', *RDE* 2000, p. 6-19.

7. Denemarken heeft bij het Verdrag van Amsterdam aangegeven niet met de vorming van Europees immigratiebeleid onder titel IV mee te willen doen.

8. Oftewel 'Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen',

PbEG L 160/19.

9. Burgerlijke rechtsvorderingen tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk enerzijds, burgerlijke rechtsvorderingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen van de echtgenoten ter gelegenheid van de hiervoor bedoelde rechtsvorderingen betreffende het huwelijk anderzijds.

10. Zie de preambule bij Brussel II.

11. Zo is er bijvoorbeeld géén forumkeuzemogelijkheid.

12. Aldus H.U. Jessurun D'Oliveira, 'De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk. Nederlands relatierecht en de Europese Unie', *NJB* 2001, p. 2025.

Hier sluit al onmiddellijk de kwestie van het geldingsbereik van Brussel II bij aan: het is immers nog maar de vraag of 'homohuwelijken' überhaupt wel vallen binnen het geldingsbereik Brussel II. Welnu, mede vanuit de koppeling met het beginsel van vrij verkeer wordt dit in bepaalde doctrine bepleit. Want, zo wordt geredeneerd, verordening Brussel II is vervaardigd vanuit het streefdoel van het bevorderen van de interne markt in Europa, en dit streefdoel wordt gerelateerd aan het waarborgen van het vrije verkeer van personen binnen Europa; maar, zo wordt geopperd, wat zou dan wel kunnen rechtvaardigen dat heteropartners meer dan homopartners binnen Europa zouden mogen genieten van regimes als Brussel II die het recht op uitoefening van vrij verkeer willen stimuleren? Voorzover zou blijken dat bepaalde samenlevingsvormen uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van Brussel II worden zodoende precies vanuit die koppeling met het vreemdelingenrecht in de doctrine discriminaties onderkend in het geldingsbereik van Brussel II.¹³ Ipr-regels voor geregistreerde partnerschappen, heterohuwelijken en homohuwelijken worden tegen elkaar afgewogen vanuit het oogpunt van de mate waarin de betrokkenen in de Europese ipr-regelgeving aanspraak kunnen maken op regels die de mobiliteit stimuleren. Kortom, vanuit onderkenning van de banden tussen vreemdelingenrecht en internationaal familierecht worden momenteel ipr-regels voor verschillende leefvormen tegen het licht gehouden van de mate waarin ze in Europese context het vrije verkeer van personen belemmeren dan wel stimuleren, en vanuit die optiek worden ipr-regels op hun merites beoordeeld en eventueel als discriminerend aan de kaak gesteld.

Binnen de EU zelf toont men zich momenteel vooral gevoelig voor de aantijging dat Brussel II, door de manier waarop het materieel toepassingsgebied van Brussel II is afgebakend – daarin begrepen de selectie in leefvormen – kinderen zou discrimineren. Het materieel toepassingsgebied van Brussel II is immers, waar het ouderlijke verantwoordelijkheid betreft, beperkt.¹⁴ Zodoende blijken niet alle beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid te kunnen genieten van het soepel erkenningsregime dat Brussel II heeft ingesteld. Reeds in de loop van 2000 groeide de overtuiging dat deze selectie ten onrechte in het nadeel zou werken van

kinderen die betrokken zijn in rechtsvorderingen die buiten het toepassingsgebied van Brussel II vallen. Het voorgaande bracht de Commissie tot een nieuw voorstel van verordening, Brussel III.¹⁵ In wezen wordt hierin voorgesteld het beginsel van wederzijdse erkenning uit te breiden tot alle beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, zodat alle kinderen kunnen profiteren van de Europese regeling.

De actuele bekommernis van de EU voor de bescherming van de interne markt zet als een dominatoren het ganse ipr in beweging

Evenmin als Brussel II bevat Brussel III regels van conflictenrecht. Wel wordt in de toelichting¹⁶ bij Brussel III door de Europese Commissie gesteld: 'Hoewel dit voorstel geen bepalingen inzake het toepasselijke recht bevat (hetgeen evenmin het geval is in Brussel II), is de Commissie van oordeel dat het nuttig kan zijn dieper in te gaan op de vraag welke rol de harmonisatie van de regels van conflictenrecht in echtscheidingszaken en in zaken betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid kan spelen om de wederzijdse erkenning van beslissingen te vergemakkelijken'. Op het punt van harmonisatie van conflictenrecht is men zo al iets dwingender dan in het ontwerpprogramma van maatregelen voor de uitvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning.¹⁷

In dit ontwerpprogramma wordt wel duidelijk gemaakt waar men uiteindelijk toe wil komen: de afschaffing van het *exequetur* op een aantal terreinen, waaronder het omgangsrecht. Op dit laatste punt werd door Frankrijk reeds een initiatief genomen.¹⁸ Het beeld dat hier naar voren komt is dat van een dominatoren: zeker uit het ontwerpprogramma blijkt hoezeer de actuele bekommernis van de EU voor het streefdoel van bescherming van de interne markt als een dominatoren het ganse ipr in beweging zet en in functie plaatst van die bescherming van de interne markt: bescherming van de interne markt zou nopen tot wegwerken van belemmeringen inzake het vrij verkeer van personen; dit zou

13. Zie met name H.U. Jessurun D'Oliveira, 'Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie. Hoog tijd!', *NJB* 2001, p. 205 en H.U. Jessurun D'Oliveira, 'De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk. Nederlands relatierecht en de Europese Unie', *NJB* 2001, p. 2025. Zie ook de adviezen van de Staatscommissie ipr van mei 2001 inzake verordening Brussel II en december 2001 inzake openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (www.justitie.nl). Volgens Rb. Roermond 29 maart 2001, *NIPR* 2001, 327 is Brussel II niet van toepassing op geregistreerde partnerschappen.

14. Zie hiervoor, noot 9.

15. Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid (door de Commissie ingediend), Brussel 6.9.2001 COM (2001) 505 definitief.

16. P. 6.

17. Zie het *Ontwerpprogramma van maatregelen voor de uitvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning van beslissingen in burgerlijke en handelszaken*, gepubliceerd 15 januari 2001 (2001/C/12/01). De Europese Raad in Tampere had de Raad verzocht een pro-

gramma vast te stellen specifiek op het punt van wederzijdse erkenning. Vooral op het gebied van het internationale familierecht moet volgens het ontwerpprogramma vooruitgang worden geboekt. Overigens werden de materies van het omgangsrecht en de onderhoudsgelden al tijdens de bijeenkomst van de Europese Raad in Tampere, in oktober 1999, aangemerkt als prioritaire doelstellingen voor de justitiële samenwerking. Zie <http://ue.eu.int>. Zie ook meer algemeen voor de Europese plannen het eerder uitgebrachte *Actieplan* van de Raad en de Commissie van 3 december 1998 over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandkoming van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd, *PbEG* 42 (1999) nr. C 19, p. 1.

18. Voor de oorspronkelijke versie, zie *PbEG* 43 (2000), nr. C 234, p. 7, nadien aangepast in document 11692/01 JUSTCIV 112 d.d. 18 september 2001. In een heel recent – mei 2002 – door de Commissie uitgebracht voorstel voor verordening (COM/2002/222 definitief) worden de huidige Brussel II verordening, het voorstel van de commissie betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid én het Franse initiatief betreffende omgangsrecht samengevoegd.

dan weer het organiseren van vrij verkeer van beslissingen impliceren; hiervoor wordt afschaffing van *exequatur* nodig geacht, in eerste instantie te organiseren door harmonisatie van soepele erkennings- en tenuitvoerleggingsregels, waarvan gemeend wordt dat deze gemakkelijker te bereiken zijn indien ook de bevoegdheidsregels geharmoniseerd worden. Overigens werd het bevoegdheidsluit van Brussel II op communu Nederlands niveau nagenoeg ongewijzigd 'gekopieerd' in de in januari 2002 in werking getreden nieuwe regels van internationale bevoegdheid. Klaarblijkelijk is vanuit het streefdoel, binnen Europa, van het beschermen van de interne markt, een ganse dynamiek in het leven geroepen met ook uitlopers naar niet-communautaire regelgeving.

Kritische vragen over toekomstige ontwikkelingen

Maar sommigen willen het proces alsnog een halt toeroepen en formuleren kritische vragen. Vooreerst is er de kwestie of, rekening houdende met overwegingen inzake interactie tussen internationaal familierecht en aspecten van mobiliteit en migratie, gewerkt moet worden aan unificatie van het internationaal procesrecht, unificatie van het conflictenrecht, unificatie van het materieel recht van de EU-lidstaten en hoe de harmonisatie van deze uiteenlopende delen van het recht gecoördineerd moet worden. Feit is dat de Europese ipr-activiteit momenteel nagenoeg geheel beperkt blijft tot de procesrechtelijke dimensie, maar dat plannen bestaan in de richting van harmonisatie van het conflictenrecht. Zo moet volgens het Actieplan nog voor mei 2004 een grondige studie zijn verricht naar de mogelijkheid om een rechtsinstrument op te stellen voor het bij scheiding toepasselijke recht. Of dit laatste in het licht van de vooropgestelde doelstelling – bevordering van het vrij verkeer van personen/bescherming van de interne markt – ook noodzakelijk is, wordt in de doctrine nogal eens betwijfeld.¹⁹ Volgens het Actieplan zelf moet aan de eenmaking van het conflictenrecht inzake echtscheiding gewerkt worden om *forum-shopping* te beperken: eens het conflictenrecht eengemaakt, zou het op het vlak van het toepasselijk recht geen verschil meer maken of de rechter van deze dan wel gene lidstaat wordt aangesproken tot ontbinding van een huwelijk. Hier zou dan dus mogelijk toch enige toegeving worden gedaan aan betrachtingen van lidstaten met een minder liberaal echtscheidingsrecht het proces van europeanisatie niet al te liberaliserend te laten werken.

19. Zie bv. M. Freudenthal en F.J.A. van der Velden, 'Europees procesrecht en het Verdrag van Amsterdam', in: E.H. Hondius, A.W. Jongbloed, R. Ch. Verschuur (red.), *Van Nederlands naar Europees procesrecht? Liber amicorum Paul Meijknecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 88, voetnoot 22. Volgens de Franse auteurs Ancel en Muir Watt (B. Ancel en H. Muir Watt, 'La désunion européenne. Le Règlement dit "Bruxelles II"', *RCDIP* 2001, p. 403-459) is er alleszins minder aanleiding tot harmonisatie van het conflictenrecht op het gebied van echtscheiding, gezien het bepaalde in art. 18 dat de erkenning van een beslissing in huwelijkszaken niet kan worden geweigerd omdat zij volgens de wet van de aangezochte lidstaat niet op dezelfde gronden gegeven had kunnen zijn.

20. Zie in deze context ook het tijdens de Raad van Tampere uitgesproken streefdoel tot 'gelijkberechtiging van derdelanders' (zie noot 17 en verder noot 71).

21. Zie hierover o.a. W. Hau, 'Das System des Internationalen Entscheidungs Zuständigkeit im europäischen Eheverfahrenrecht', *Fam-*

Voorzover de EG daadwerkelijk zou overgaan tot uitvaardiging van ipr-regelgeving op het vlak van conflictenrecht, benieuwt het mij alleszins in hoeverre de EG daarbij gebruik zal gaan maken van het vanuit het gelijkheidsbeginsel 'verdachte' criterium van nationaliteit, zeker gezien de gelding van art. 12 EG-Verdrag waarbij binnen de werking van het EG-Verdrag discriminatie op grond van nationaliteit verboden is.²⁰ In de sfeer van Brussel II – in de sfeer dus van het procesrecht – werd de kwestie van de schending van art. 12 EG-Verdrag door de doctrine reeds ter discussie gesteld, met name waar het bezit van een bepaalde nationaliteit doorslaggevend kan zijn voor de mogelijkheid een beroep te doen op sommige rechtsmachtsriteria.²¹

In de sfeer van het toepasselijk recht was de kwestie eerder aan de orde bij het Hof van Justitie in de *Johannes*-uitspraak.²² In die uitspraak stelde het Hof dat noch de bepalingen van ipr die bepalen welk nationaal recht van toepassing is op de gevolgen van een echtscheiding, noch de nationale bepalingen van burgerlijk recht die deze gevolgen in materiële zin regelen, binnen de werkingssfeer van het verdrag vallen. Vraag is hoe het Hof in de huidige situatie, waarin zowel (aspecten van) ipr als (aspecten van) migratierecht ge-europeaniseerd zijn, zou oordelen over de keuze voor nationaliteitsaanknopning.

Naarmate de Europese ambitie toeneemt, wordt de scheidingslijn tussen Europese en niet-Europese gevallen steeds schimmiger

Er moge dan al twijfel bestaan in hoeverre unificatie van procesrecht en/of conflictenrecht noodzakelijk of wenselijk is en over de manier waarop een conflictenrechtelijk systeem er dan wel uit zou moeten zien, voor sommigen gaat unificatie van het ipr niet ver genoeg, maar is er – zelfs bij prioriteit – nood aan unificatie van het materieel recht.²³

Een volgende vraag is of, rekening houdende met overwegingen inzake interactie tussen internationaal familierecht en aspecten van mobiliteit en migratie, het te voeren harmonisatiebeleid dan ook best in handen wordt gegeven van de EG dan wel van enige andere in-

RZ 2000, p. 1333. Zie ook, in de sfeer van het vermogensrecht, over de impact van art. 12 EG-Verdrag op nationale ipr-regels in de periode na het Verdrag van Amsterdam, M. Wilderspin en X. Lewis, 'Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres', *RCDIP* 2002, afl. 1, p. 1-37.

22. Hof van Justitie 10 juni 1999 (*J. Johannes t. H. Johannes*), *AJT* 1999-2000, p. 616, noot M. Traest 'Internationaal privaatrecht inzake echtscheiding discriminatoir?'. Traest gaat in zijn noot ook in op rechtspraak van het Hof waarbij het discriminatieverbod van art. 12 EG in verband werd gebracht met bevoegdheden die de Gemeenschap heeft om te handelen, ook al werd deze bevoegdheid door de Gemeenschap nog niet uitgeoefend.

23. Zie M.V. Antokolskoia, W.A. de Hondt en G.W. Steenhoff, *Een zoektocht naar Europees familierecht*, Deventer: Kluwer 1999, 141 p. (voor een recensie, zie V. van den Eeckhout, *Rechtskundig Weekblad* 2000-2001, p. 895-896).

stantie, bijvoorbeeld de Haagse Conferentie.²⁴ Daaraan is dan eveneens de vraag gekoppeld hoe meerdere aan de gang zijnde harmonisatieprocessen met elkaar gecoördineerd kunnen worden, of nog, hoe de Europese tendens zich dient te verhouden tot andere regionale dan wel mondiale tendensen.²⁵

In de context van deze bijdrage ben ikzelf vooral geïnteresseerd in de manier waarop de Europese beweging – die er een is van liberalisering, zoveel is wel duidelijk – zich verhoudt tot de situatie in ‘niet-Europese context’. Maar als men tendensen in Europese context wil plaatsen naast, zo mogelijk tegenover tendensen in niet-Europese context vereist dit uiteraard dat vooraf duidelijk wordt gemaakt waar precies de scheidingslijn tussen beide ligt. Zoals uit de hiernavolgende paragraaf zal blijken is het leggen van die scheidingslijn echter vrij complex.

De ‘bibberige’ scheidingslijn tussen Europese en niet-Europese gevallen

Reeds eerder stelde Jessurun D’Oliveira²⁶ vast dat naarmate de Europese ambitie toeneemt, de scheidingslijn tussen Europese en niet-Europese gevallen steeds schimmiger wordt. Jessurun D’Oliveira had het daarbij weliswaar over de ontwikkeling van de nationaliteitswetgeving in verhouding tot het vrij verkeer van personen, maar de problematiek is in zoverre gelijklopend dat ook in het vakgebied van de nationaliteitswetgeving reeds de vraag is gerezen in hoeverre deze materie onderworpen dient te worden aan het principe van vrij verkeer van personen.²⁷

De vaststelling van Jessurun D’Oliveira gaat zeker ook op voor de in deze bijdrage aan de orde staande problematiek, namelijk de ontwikkeling van ipr-regelgeving in verhouding tot het vrij verkeer van personen. Al in de huidige situatie is het zo dat, als men het heeft over ipr-kwesties verweven met het vrij verkeer van personen, blijkt dat dit in zijn concrete uitwerking vrij ruim bezien moet worden en met name ook personen en situaties betreft waarvan in eerste instantie nog vermoed zou kunnen worden dat zij onder de ‘niet-Europese’ context vallen. Zo valt te wijzen op het feit dat de Brus-

sel-II verordening ook bevoegdheidsregels voor niet-EU-onderdanen bevat.²⁸ In de preambule bij Brussel II werd in punt 7 gesteld: ‘Deze verordening dient te voorzien in samenhangende en eenvormige maatregelen voor een zo groot mogelijk personenverkeer. Derhalve is het noodzakelijk de verordening tevens toe te passen ten aanzien van de onderdanen van derde landen die een voldoende sterke band met het grondgebied van een van de lidstaten hebben, overeenkomstig de in deze verordening opgenomen bevoegdheidscriteria’. Zo ook valt, op het vlak van erkenningsregels, te denken aan volgende situatie: een Nederlander die in Marokko een polygaam huwelijk is aangegaan met een Marokkaanse vrouw krijgt vervolgens een baan in Duitsland, waarheen hij zijn vrouw wil meenemen. Het voorbeeld is ontleend aan Jessurun D’Oliveira²⁹ die hierbij als vragen opwerpt of het voldoende is dat het huwelijk *lege loci celebrationis* geldig is, of dat het genoeg is dat het in de ontvangstaar erkend wordt, of dat het huwelijk in beide staten als valide beschouwd moet worden voordat het de grondslag kan vormen voor de uitoefening van de rechten uit art. 10 Verordening 1612/68.

Of zou het wel eens kunnen gebeuren dat het ipr zal worden ingeschakeld in een beleid dat strekt tot ontmoëdiging van migratie?

Bovendien zijn Europese regels inzake migratiebeleid in de maak op het vlak van gezinshereniging, regeling van personenverkeer van derdelanders en regeling van vrij verkeer van Unieburgers en hun familieleden.³⁰ Een aantal van die regels zullen ongetwijfeld ipr-vragen opwerpen die nu soms nog lijken thuis te horen in de niet-Europese context.

Ook maken discussies omtrent categorisatie van Nederlanders die het recht op vrij verkeer niet hebben uitgeoefend, duidelijk dat het soms moeilijk is mensen in de tweedeling ‘Europees’ dan wel ‘niet-Europees’ onder te brengen.³¹ Vooralsnog zijn Nederlanders voor wat betreft het gezinsherenigingsbeleid niet gelijkge-

24. Zie o.a. de kritiek van Nederlandse zijde op het Franse initiatief voor een EG-verordening inzake de wederzijdse tenuitvoerlegging van beslissingen betreffende het omgangsrecht in *Kamerstukken II* 2000/01, 22 112, nr. 173. Zie voor een scherpe kritiek in België op het europeanisatieproces, J. Erauw, ‘Een terugblik naar het Belgisch ipr bij de uitgang van de 20ste eeuw’, *TPR* 2001, p. 55-67, specifiek p. 64-65.

25. Over de moeilijkheden in afstemming ten aanzien van de Haagse Conferentie, zie bv. het Voorstel voor een beschikking van de Raad waarbij de lidstaten worden gemachtigd in het belang van de Europese Gemeenschap het Haags KinderbeschermingsVerdrag 1996 te ondertekenen, document COM (2001) 680.

26. H.U. Jessurun D’Oliveira, noot bij Hof van Justitie EG *Manjit Kaur* 20 februari 2001, *JV* 2001, 24.

27. Zie de referenties bij Jessurun D’Oliveira evenals G.R. de Groot, noot bij *Micheletti* (Hof van Justitie 7 juli 1992), *Migrantenrecht* 1992, Katern 105.

28. Zie hierover ook B. Ancel en H. Muir Watt, ‘La désunion européenne: le Règlement dit “Bruxelles II”’, *RCDIP* 2001, p. 403 – 456, in het bijzonder p. 410 e.v. en voetnoten 23, 25 en 29.

29. H.U. Jessurun D’Oliveira, ‘Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie. Hoog tijd!’ *NJB* 2001, afl. 5, p.

205.

30. Zie over de onderscheiden voorstellen o.a. E. Th. Gerritsma, ‘Europees migratierecht. In vogelvlucht langs de meest recente besluiten en voorstellen’, *Migrantenrecht* 2001, p. 290-297; I. Sewandono ‘De Gezinsherenigingsrichtlijn. Na Vw 2000 volgt Vw 2002’, *Migrantenrecht* 2001, p. 36-42; H. Staples, ‘Wie is familielid volgens het Europees recht?’, *FJR* 2000, p. 82-90 en P. Boeles, ‘Kroniek van het migratierecht’ *NJB* 2001, p. 1534, ook m.b.t. de voorgestelde regeling op het vlak van polygamie. M.b.t. de kwestie van gelijkstelling, onder bepaalde voorwaarden, van ongehuwde partners aan gehuwde partners in deze teksten, zie ook H.U. Jessurun D’Oliveira, ‘Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie. Hoog tijd!’, *NJB* 2001, p. 205 en H.U. Jessurun D’Oliveira, ‘Het pacte civil de solidarité, het geregistreerde partnerschap, het opengestelde huwelijk en het Nederlandse internationaal privaatrecht’, *NJB* 2000, p. 884.

31. Zo blijkt overigens ook als men de situatie bekijkt van migranten afkomstig uit zogenaamde ‘associatielanden’. Zie in dit kader ook noot A.P. van der Mei, noot bij CRvB 14 januari 1998, *USZ* 1998/75 (inzake rectificatie van geboortedata door middel van een Marokkaans vonnis en het daarvan afhankelijke recht op kinderbijslag).

schakeld met EU-onderdanen. Mogelijk komt daar met de uitvaardiging van de Gezinsherenigingsrichtlijn wijziging in – voorzover althans Nederland burgers van de EU die hun rechten op vrij verkeer niet hebben uitgeoefend niet zal uitsluiten uit het toepassingsgebied van de Richtlijn.³²

Hierbij past overigens nog de opmerking dat rechtsverhoudingen die nu bij aanvang nog als niet-Europees gelden, mede door de inwerking van restrictief Nederlands migratiebeleid naderhand wel Europese dimensies kunnen krijgen: Nederlanders die hun recht op vrij verkeer niet hebben uitgeoefend en daardoor vooralsnog geen aanspraak kunnen maken op de standaarden van het gemeenschapsrecht, kunnen wel gedreven worden tot gebruikmaking van dit recht op vrij verkeer, precies vanuit het verlangen om op die standaarden beroep te doen en op die manier, bijvoorbeeld, te ontsnappen aan de ‘inkomenseis’ zoals die momenteel in het Nederlandse gezinsherenigingsbeleid wordt gehanteerd. Uiteraard is het dan belangrijk dat het betreffende huwelijk ook in het buitenland als zodanig wordt beschouwd. Ook is denkbaar dat Nederlanders die nog niet in het huwelijk zijn getreden en grote moeilijkheden ondervinden in hun pogingen een huwelijk te sluiten in Nederland of in het land van herkomst van de partner – moeilijkheden die veelal veroorzaakt zijn door perikelen inzake migratie, bijvoorbeeld op het vlak van legalisatie – zich speciaal naar een andere EU-lidstaat begeven om daar het huwelijk te laten voltrekken,³³ met de bedoeling zich naderhand wel in Nederland te vestigen. Ook hier spelen zeker, binnen Europese context, perikelen van ipraard: indien bijvoorbeeld de Nederlandse partner eerder gescheiden is, is het relevant dat die echtscheiding in het land waar men het nieuwe huwelijk wil laten voltrekken, wordt erkend. In die situatie is het bovendien cruciaal dat het huwelijk dat zodoende in een andere EU-lidstaat is voltrokken, naderhand in Nederland als zodanig zal worden erkend.

Al bij al is de scheidingslijn tussen ‘Europees’ en ‘niet-Europees’ schimmig, maar de tendens is er alleszins een van uitdijning van de Europese invloedssfeer. Plannen bestaan tot uitvaardiging van regels door de EU ter regeling van migratie uit niet-Europese landen – acti-

viteiten die mede worden voorgesteld als maatregelen tot totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid in de Europese Unie.³⁴ De vraag is wat dit zal impliceren voor de uitvaardiging en hantering van ipr-regels terzake.³⁵

Moet vanuit het streefdoel van gelijkheid der seksen voorbehoud worden gemaakt tegen erkenning van rechtsverhoudingen die in het buitenland met toepassing van dat recht gecreëerd zijn?

Welnu, opmerkelijk is dat in de ipr-doctrine soms wel, bij verwijzing naar de samenhang van internationaal familierecht met de interne markt en het vrij verkeer van personen, de ruime term ‘vreemdelingenbeleid’ wordt gehanteerd, maar men de analyse van die samenhang bij nader toezien toch telkens weer blijkt toe te spitsen op de verwevenheid van internationaal familierecht met die aspecten van migratierecht die heel strikt het vrij verkeer van EU-werknemers betreffen. In de huidige discussies over de rechtsbasis in het EG-Verdrag voor initiatieven op het gebied van ipr gaat het vooral om het spanningsveld tussen de vrij ruime bewoordingen ‘voor zover nodig voor de goede werking van de interne markt’ in art. 65 tegenover de eerder beperkte bewoordingen in het opschrift van titel IV, namelijk ‘Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrij verkeer van personen’. Concreet gaat het dan om de vraag of op deze manier door de EU alleen ipr-regels kunnen worden uitgevaardigd die nuttig zijn voor het vrij verkeer van personen, of ook regels die het vrij verkeer van goederen, diensten en kapitalen willen stimuleren. Al naargelang het antwoord op deze vraag zou er meer of minder ruimte zijn om náást het terrein van het internationaal familierecht ook ipr-initiatieven op andere terreinen te ontwikkelen, zo is kennelijk de redenering.³⁶ Aan de spanning die zou kunnen bestaan tussen de bewoordingen in het opschrift van de titel IV enerzijds, art. 65 anderzijds voor wat betreft de regeling van het internationaal familierecht zelf wordt echter

32. Gelijkstelling zou dan bv. betekenen dat gezinshereniging met Nederlanders niet meer aan een inkomenseis mag worden onderworpen. Over de kwestie van het Nederlandse voorbehoud, zie o.a. P. Boeles, ‘Nederland en toekomstig Europees gezinsherenigingsrecht’, *Migrantenrecht* 2000, p. 179-187; P. Boeles, ‘Kroniek van het migratierecht’ *NJB* 2000, p. 1582 en P. Boeles, ‘Integratie in het perspectief van immigratie’, *Migrantenrecht* 2002, p. 18-20. Zie ook de nota *Integratie in het perspectief van immigratie* van Van Boxtel van januari 2002 (www.ministervanboxtel.nl).

33. Of alleszins hun keuze wáár te huwen, mede laten beïnvloeden door perikelen inzake migratiebeleid – een opmerking die overigens ook voor veel niet-Nederlanders zal gelden. De ‘keuze’ voor het aangaan van een huwelijk in Nederland dan wel in het buitenland blijkt in de praktijk nogal eens beknót te worden door van hogerhand opgelegde regels van vreemdelingenrecht en administratieve aangelegenheden. In die zin moet worden onderkend dat het vreemdelingenrecht, soms mogelijk veel meer dan overwegingen inzake culturele verbondenheid, impact kan hebben op afwegingsprocessen van mensen op het vlak van internationaal familierecht. Zie ook P. Boeles, ‘Nederland en toekomstig Europees gezinsherenigingsrecht’ *Migrantenrecht* 2000, p. 179-187, noot 12; M. Tjebbes, ‘Legislation

and verification of foreign documents, a source of much distress’, *Immigration law bulletin* september 2001 en V. van den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 219.

34. Zie de wijze van plaatsing van de onderwerpen in Actieplan nr. 41.

35. Gegeven de plaatsing van de communautaire bevoegdheden inzake ipr in het EG-Verdrag.

36. Zie hierover o.a. J. Israel, ‘Europees internationaal privaatrecht’, *NIPR* 2001, p. 135-149; J. Israel, ‘Conflicts of law and the EC after Amsterdam’, *M.J.* 2000, p. 81-99 (speciaal over de rechtsbasis van het EG-Verdrag waarop desgevallend gesteund kan worden) en H. van Houtte, ‘De gewijzigde bevoegdheid van de Europese Unie inzake IPR’, in H. van Houtte en M. Pertegas Sender (red.), *Het nieuwe Europese IPR: van Verdrag naar verordening*, Antwerpen: Intersentia 2001, p. 1-10. Over de directe dan wel indirecte invloed van Europees recht sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam op nationale ipr-regels in de sfeer van het vermogensrecht, zie Wilderspin en Lewis 2002 (noot 21) en, kort, J.K. Franx, Boekbespreking Pontier, *WPNR* 2002, p. 358-367.

geén aandacht besteed. Zo wordt níét de vraag gesteld in hoeverre bescherming van de interne markt en bevordering van het vrij verkeer van personen ook zou nopen tot, of ruimte laten voor, een Europese ipr-regeling op het vlak van familierecht waar het de reglementering van de EU-buitengrenzen betreft, en in hoeverre daartoe een specifieke regeling zou moeten worden betracht.³⁷

Voorzover de EG terzake initiatieven zou willen nemen, is het uiteraard nog maar de vraag op welke manier dan wel gebruik gemaakt zou worden van die bevoegdheid. Mag met name worden verwacht dat het ipr door de EG dan op eenzelfde manier wordt ingezet als momenteel, in 'zuiver-Europese' context, geschiedt – met benadrukking van het belang van internationale beslissingsharmonie en het *favor*-beginsel, waarbij ipr-perikelen die mobiliteit en verblijfsrechtelijke aanspraken hypothekeren zouden worden weggewerkt? Of zou het wel eens kunnen gebeuren dat, als het gaat om ipr als verweven met migratie van buitenuit langsheen gezinsvorming en gezinshereniging, het krachtenveld zo zal uitwerken dat het ipr mede zal worden ingeschakeld in een beleid dat strekt tot ontmoediging van migratie? De kwestie intrigeert: zeker nu de migratiepolitiek toch wezenlijk verschilt als het gaat om regeling van aspecten van vrij verkeer van EU-ondersdanen enerzijds, regeling van aspecten van migratie naar Europa toe van derdelanders en hun gezinsleden anderzijds, maar nu in de onderscheiden regelingen wellicht toch met dezelfde termen als 'echtgenoot' en 'kind' zal worden gewerkt, rijst de vraag of het denkbaar is dat die termen een andere ipr-invulling krijgen als het gaat om de ene dan wel de andere regeling, en of de afwegingsprocessen in beide zullen verschillen.

Mogelijk zijn hier parallellen te trekken met de manier waarop andere vrijheden in het Verdrag zijn geregeld, bijvoorbeeld het vrij verkeer van goederen: enerzijds met een 'internrechtelijke' component – middels een verbod van in- en uitvoer en alle heffingen van gelijke werking –, anderzijds met een component die de betrekkingen met andere landen betreft – middels een gemeenschappelijk douanetarief. Kan het dan ook, zo rijst de vraag, *mutatis mutandis* zo zijn dat ten aanzien van rechtsverhoudingen die van buitenaf in Europa 'geïmporteerd' worden door de lidstaten gemeenschappelijke vereisten moeten gelden en met andere woorden deze rechtsfiguren uniform behandeld moeten worden? En moet het eveneens als verboden beschouwd worden dat lidstaten, eenmaal een rechtsverhouding in het interne verkeer is gebracht, verdere

vereisten stellen – bijvoorbeeld op het vlak van legalisatie?³⁸ Komt men tot een dergelijke zienswijze, dan is onderzoek naar een systeem van Europese grondrechten op het vlak van familierecht – waaruit toch een 'gemeenschappelijke basis' zou moeten voortvloeien – in dit kader mogelijk uiterst relevant.

Het bovenstaande is voornamelijk vooral prospectie en bespiegeling. Daargelaten of aan de EG dan wel de lidstaten op dit vlak bevoegdheid toekomt, rijst echter de vraag welk beeld en welke spanningsvelden momenteel naar voren komen als men de hierboven beschreven 'Europese ontwikkelingen' plaatst naast de manier waarop momenteel wordt omgegaan met het ipr in de 'niet-Europese context'.³⁹

De niet-Europese context: specifieke aandachtspunten?

Maar zijn er in de 'niet-Europese context' mogelijk, benevens de kwestie van restrictief migratiebeleid, specifieke factoren die reeds door de rol die zij spelen de streefdoelen en afwegingsprocessen zoals die in Europese context aangehouden worden, in niet-Europese context wezenlijk anders doen uitvallen dan deze in Europese context? In de Nederlandse en buitenlandse doctrine en media wordt uiteindelijk toch steeds weer gehamerd op het beginsel van gelijkheid der seksen, het beginsel van niet-discriminatie tussen binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen,⁴⁰ de betrachting tot integratie van migranten afkomstig uit niet-westerse landen,⁴¹ de moeilijkheid in Europa om te gaan met 'exotische' en 'religieuze' rechtsinstellingen?⁴² Mede in het verlengde hiervan dienen zich vragen aan als: kan in niet-Europese rechtsordes eenzelfde 'vertrouwen' gesteld worden als in Europese rechtsordes; welke consequenties mogen worden gehecht aan het feit dat mogelijk met bepaalde rechtsordes geen verdragswederkerigheid kan worden bereikt? Moet vanuit het streefdoel van gelijkheid der seksen groot voorbehoud worden gemaakt tegen erkenning van rechtsverhoudingen die in het buitenland met toepassing van dat recht gecreëerd zijn, en al zeker tegen toepassing in Nederland zelf van dat recht? En is een eventueel daardoor ontstane situatie van internationale *disharmonie* dan de te betalen prijs voor handhaving van het gelijkheidsbeginsel? Of moet integendeel precies in confrontatie met die landen extra veel aandacht besteed worden aan het beginsel van internationale harmonie – bijvoorbeeld omdat voor mensen afkomstig uit die landen de negatieve gevolgen van hinkende rechtssituaties veel ingrijpender zouden zijn –, en moet dan vanuit bekommernis om het streef-

37. Zie wel kort, over de vraag of de EG zich, ter verzekering van een goede werking van de interne markt, zelf zou moeten inlaten met het recht van 'derde' landen, op het gebied van het vermogensrecht, J. Israel, 'Europees internationaal privaatrecht', *NIPR* 2001, p. 146 en recent het voorontwerp van een voorstel voor een verordening van de Raad inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen – met een universeel toepassingsgebied (www.jib.org/actueel/200206).

38. Zie hierover meer in de in *Migrantenrecht* te verschijnen bijdrage.

39. Waarbij ik dan de term 'Europese context' verder zal voorbehouden voor ipr-regels die betrekking hebben op familierechtelijke verhoudingen van EU-werknemers die gebruik hebben gemaakt van

hun recht op vrij verkeer binnen Europa.

40. Zie nog recent in Frankrijk E. Andrez en A. Spire, 'Droits des étrangers et statut personnel', *Plein droit* 2001, afl. 51, p. 3-7.

41. Hierover ook G. Steenhoff e.a. (zie noot 23): deze preadviseurs – en deze roep wordt wel meer gehoord – zien voor het ipr in het bijzonder een taak weggelegd op het vlak van 'de uitdaging van de multiculturele samenleving'.

42. In Brussel II heeft men zich afgehouden van regeling van zuiver religieuze huwelijksontbindingen. Hierover ook Ancel en Muir Watt 2001, voetnoot 22 (zie noot 28), waar zij wijzen op het stijgend belang van regeling van religieuze rechtsfiguren en enigszins kritisch opmerken dat men in Brussel II verkozen heeft de ogen te sluiten voor dit fenomeen.

doel van internationale harmonie méér vreemd recht toegepast worden omdat dit de belangen van de betrokkenen – waaronder de vrouw – kan dienen, ook al houdt dit soms een schending van het gelijkheidsbeginsel der seksen in, zeker ook als blijkt dat in confrontatie met bepaalde rechtsordes pogingen tot internationale harmonie te komen via opstelling van regels van procesrecht niet volstaan?⁴³

—————

*Reeds meermaals werden ipr-regels
heel duidelijk vanuit de optiek van
vrees voor schijnrelaties en
migratiestromen gewogen*

—————

Een aantal van deze factoren zal ik pogen te betrekken in de hiernavolgende bespreking, vastgehaakt aan twee recente uitspraken van de Hoge Raad,⁴⁴ beide inzake verstoting. Voor een voorstelling en korte bespreking van de uitspraken zelf verwijs ik naar mijn noot bij deze uitspraken elders in *Nemesis*.

Internationale echtscheiding ‘in niet-Europese context’: enkele uitwijdingen over ipr, aspecten van migratierecht en basisstreefdoelen van het ipr

Toegang tot familierechtelijke instituten: afhankelijk van verblijfsmodaliteiten?

In de procedure die leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2001 kon de toegang van een Marokkaanse man tot een Nederlands familierechtelijk instituut enkel door middel van een juridische constructie van ‘invulling van een lacune’ verkregen worden. Kennelijk werd *in casu* het verblijf in Nederland van de man en zijn betrokkenheid met de Nederlandse rechtsorde niet voldoende geacht om hem ook, via invulling van de realiteitstoets, toegang te geven tot het Nederlandse echtscheidingsrecht.

43. Bijvoorbeeld omdat men in sommige van die rechtsordes onverschierd het eigen nationale recht van de onderdanen toegepast wil zien vooraleer bereidheid bestaat rechtsverhoudingen te erkennen die niet op eigen territorium tot stand zijn gebracht – technisch geformuleerd: omdat men in sommige rechtsordes rigide vasthoudt aan het nationaliteitsbeginsel en in de erkenningsregeling een conflictenrechtelijke toets hanteert.

44. HR 13 juli 2001, *RvdW* 2001, 135 en *NIPR* 2001, 212; HR 9 november 2001, *RvdW* 2001, 174.

45. Al moet hierbij al direct opgemerkt worden dat het toepasselijk maken van Nederlands familierecht nog geenszins garandeert dat het verzoek van de betrokkene tot, bijvoorbeeld, de erkenning van een buitenhuwelijks kind, ook daadwerkelijk gehonoreerd zal worden: een welbepaalde invulling van blanco-normen, zoals de blanco-norm ‘belang van het kind’ kan alsnog het verzoek blokkeren. Zie bv. HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 405 (maar zie in deze casus de later uitgesproken ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM van 5 september 2000, *Yousef tegen Nederland*, nr. 33711/96) en Hof ’s-Hertogenbosch 6 december 2000, *NIPR* 2001, 6 – in beide gevallen werd op het verzoek, door een man met respectievelijk Egyptische nationaliteit en de nationaliteit van Benin, tot erkenning van zijn buiten het huwelijk geboren kind van een Nederlandse vrouw, Nederlands recht toepasselijk verklaard, maar werd vervolgens erkenning geweigerd. In beide procedures waren ook in die fase wederom verblijfsrechtelijke aspecten in het geding: door de respectieve moeders werden aantijgingen geformuleerd als zou de man een schijnrelatie hebben willen bewerkstelligen en via de erkenning

In menig andere procedure hing de toegang tot Nederlandse rechtsinstellingen⁴⁵ reeds af van de invulling van de ‘realiteitstoets’ en de ‘effectiviteitstoets’,⁴⁶ in welk afwegingsproces de modaliteiten van het verblijf van de betrokkene(n) zeer belangrijk bleken te zijn. Zowel het ‘kwantitatieve’ verblijfsaspect⁴⁷ als het ‘kwalitatieve’ verblijfsaspect⁴⁸ kunnen hierbij een rol spelen. Meer algemeen blijken modaliteiten van verblijf van personen in Nederland op diverse vlakken medebepalend te zijn voor de invulling die de Nederlandse rechter geeft aan regels van internationaal familierecht. Overigens blijken ook rechtsvergelijkend beschouwd kwalitatieve en kwantitatieve aspecten van verblijf vervlochten te zijn in een aantal andere ipr-technieken, zoals bijvoorbeeld de techniek van de openbare orde, van fraude,⁴⁹ de techniek van de *forum non conveniens* exceptie, de techniek van de ontsappingsclausule.⁵⁰

Ipr-regels uitgevaardigd en toegepast in functie van beleidsoverwegingen uit een restrictief migratiebeleid?

Een tweede aspect van de verwevenheid tussen de toegang tot bepaalde familierechtelijke instituten enerzijds, de verblijfsproblematiek anderzijds, betreft de vraag naar de verblijfsrechtelijke *consequenties* van toepassing van ipr-regels én, in het verlengde daarvan, de vraag in hoeverre de uitvaardiging en toepassing van ipr-regels die de toegang tot bepaalde familierechtelijke instituten reguleren, mede bepaald wordt door een restrictieve migratiepolitiek.⁵¹ Welnu, mijn inschatting is dat zelfs na grondige studie wellicht slechts incidenteel en op casuïstische gronden zal kunnen worden aangetoond dat in hoofde van wetgever, rechterlijke of administratieve instantie daadwerkelijk als effect van uitvaardiging of toepassing van ipr-regels frustratie van verblijfsrechten wordt bedoeld: veeleer zal de handelwijze verantwoord worden op meer ‘humanitaire’ gronden, en zullen in het debat één of meer van hogergenoemde ‘specifieke factoren’ worden betrokken.

van het kind een verblijfsstatus hebben willen verkrijgen. Zo zit het ‘venijn’ van de manier van rekening houden met aspecten van migratierecht soms in het Nederlandse familierecht zelf.

46. Over de hantering, naar de toekomst toe, van de effectiviteitstoets in het licht van de inwerkingtreding van het Europees Nationaliteitsverdrag, zie het advies van de Staatscommissie van april 1999 inzake nationaliteit, p. 7-8 en 12 (www.justitie.nl)

47. Het aantal jaren verblijf in Nederland. Zie bv. ook HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 438; Hof Amsterdam 14 november 1996, *NIPR* 1997, 300 en Rb. ’s-Gravenhage 10 november 1993, *NIPR* 1994, p. 106, alle i.v.m. toegang tot de rechtsfiguur van erkenning van een buitenhuwelijks kind. Zie ook m.b.t. de factor van regelmatig op vakantie gaan in het land herkomst Van den Eeckhout 1998, noot 1348 (zie noot 33).

48. Waaronder ook de toekomstperspectieven van de betrokkenen.

49. En verdere verfijningen als bv. het onderscheid tussen het volle en zachte aspect van de openbare orde, het leerstuk van ‘fraude aan de intensiteit van de openbare orde’ en ‘fraude aan jurisdictie’.

50. Zie ook Hof Amsterdam 12 november 1998, *NIPR* 1999, nr. 137 waar het aspect mobiliteit mee in rekening werd gebracht bij invulling van de openbare orde: een tweede huwelijk werd erkend, mede omdat overwogen werd dat de man anders naar Marokko zou moeten gaan om daar te scheiden en te hertrouwen.

51. Zie hierover ook al kort V. van den Eeckhout, ‘Voetangels bij pleidooien voor recht op respect voor culturele diversiteit’, in: P.B. Cliteur en V. van den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom 2001, p. 261-283.

Maar alleszins werden reeds meermaals ipr-regels heel duidelijk vanuit de optiek van vrees voor schijnrelaties en migratiestromen gewogen. Zo werden in het verleden bezwaren geuit tegen de uitspraak van de Hoge Raad van 13 december 1996 waarbij een consulaire huwelijk tussen een Marokkaanse man en een Marokkaans-Nederlandse vrouw rechtsgeldig werd verklaard, vanuit onderkenning hiervan van de gevolgen op het vlak van bestrijding van schijnhuwelijken: de erkenning door Nederland van consulaire huwelijken zoals in de uitspraak bedoeld, zou immers een belemmering betekenen van de uitoefening van een preventieve controle in de zin van de Wet voorkoming schijnhuwelijken terwijl deze controle door de regering als de meest effectieve wordt beschouwd; door de uitspraak van de Hoge Raad zou de controle alleen plaats kunnen vinden op het moment van inschrijving in de GBA.⁵² Overigens was deze laatste beschikking van de Hoge Raad voor de wetgever aanleiding om de Wet conflictenrecht huwelijk te wijzigen, in die zin dat het door de Hoge Raad gehuldigde huwelijksliberalisme in belangrijke mate werd teruggeschoefd.⁵³ En zo ook bleek bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad van 7 november 1997 waarbij de erkenning rechtsgeldig werd verklaard van een buitenhuwelijks kind door een Marokkaanse man die op het ogenblik van de erkenning in Nederland nog geen drie jaar verbleef,⁵⁴ negatieve reacties op te wekken bij de Vaste commissie voor ipr van de NVVB in die zin dat men vreesde dat deze uitspraak al te zeer de poort zou openzetten voor schijnerkenningen.⁵⁵

In de in *Migrantenrecht* te verschijnen bijdrage over verwevenheid van ipr met de materie van nationaliteitsrecht en sociale zekerheidsrecht zal ik nader ingaan op de problematiek van schijnerkenningen. In die bijdrage zal ik de tegenstelling pogen te schetsen tussen enerzijds *favor*-tendensen in het internationaal afstammingsrecht, anderzijds afkottende tendensen in de manier van koppeling van nationaliteits- en sociale zekerheidsrechten aan afstammingsrelaties. Ik zal daarbij aangeven hoe die negatieve koppeling momenteel op uiteenlopende wijzen wordt doorgevoerd, bijvoorbeeld door het negeren van ipr-regels, evenals door het weliswaar relevant maar onvoldoende achten van het resultaat van toepassing van ipr-regels.⁵⁶ Daar zal blijken hoezeer een evolutie van het internationaal familierecht in liberaliserende zin, ook in niet-Europese context, voor een aantal mensen toch nagenoeg geheel betekenisloos kan blijven als aan die familierechtelijke verhoudingen geen publiekrechtelijke gevolgen

worden gehecht. Overigens zal ik daar ook aangeven hoe huldiging van het *favor*-beginsel in het ipr zeker niet altijd positief uitwerkt als het gaat om de beoordeling van publiekrechtelijke gevolgen op basis van die familierechtelijke verhouding⁵⁷ – en zodoende het gevaar dreigt dat *favor*-tendensen zich in niet-Europese context vooral zullen doorzetten waar dit ten nadele van het verkrijgen van publiekrechtelijke aanspraken uitwerkt. Eventuele uitdeining van ‘liberaliserende’ tendensen van het Europese internationaal familierecht naar de niet-Europese context kan in die zin dan ook tot bedrieglijke conclusies leiden.

In het kader van deze bijdrage kan er mee volstaan worden op te merken dat de wijziging van de Wet conflictenrecht huwelijk alleszins illustratief is voor de manier waarop ipr-regels zélf instrumenteel ingezet kunnen worden voor restrictieve migratiedoelinden.

Het belang van internationale beslissingsharmonie in niet-Europese context en aspecten van migratie

Het invoeren van het belang van de Marokkaanse vrouw bij een erkenning van haar verstoting in Nederland, zoals in de uitspraak van de Hoge Raad van 13 juli 2001 gebeurde, is vrij nieuw: in andere procedures waar het belang van Marokkaanse vrouwen bij een situatie van internationale harmonie aan de orde kwam, ging het telkenmale om pogingen – van de vrouw zelf – om een in Nederland verkregen echtscheiding ook in Marokko erkend te doen krijgen.⁵⁸ De patsituatie waarin sommige Marokkaanse vrouwen zich bevinden is welbekend: zij durven zich niet naar Marokko te verplaatsen uit vrees in Marokko op familierechtelijk of zelfs strafrechtelijk vlak⁵⁹ de negatieve consequenties te moeten dragen van het feit dat Marokko hen nog steeds als gehuwd beschouwt. Zo is de mobiliteit van deze vrouwen naar het land van herkomst toe beperkt door een situatie van gebrek aan internationale beslissingsharmonie. Opmerkelijk is wel dat dergelijke problemen van mobiliteit naar het land van herkomst toe – of problemen op het vlak van verkrijgen van verblijfsrecht voor zichzelf of kinderen in dat land van herkomst – veroorzaakt door en mogelijk in combinatie met problemen op ipr-vlak, op hun beurt weer een argument kunnen vormen bij toekenning van verblijfsrecht in Nederland indien de vrouw een ‘afhankelijk’ verblijfsrecht heeft verloren. Illustratief zijn de uitspraken van de Rechtbank ’s-Gravenhage van 28 maart 2000 en 31 maart 2000.⁶⁰ In de eerste uitspraak betrof het een door een Marokkaanse vrouw gedane aanvraag voor verblijf op grond van klemmende redenen van

52. Zie hierover – kritisch – L. Jordens-Cotran, ‘De Hoge Raad en consulaire huwelijken’, *NJB* 1997, p. 682-685. Zie, eveneens kritisch, een deel van de leden van de Staatscommissie ipr in het advies van 1997 over de voorgestelde wijziging van artikel 4 WCH evenals het advies van de Staatscommissie van 16 oktober 2000 inzake internationale adoptie (www.justitie.nl).

53. Zie Wet van 17 december 1998, in werking getreden per 15 januari 1999 (*Stb.* 1999, 1), waarbij artikel 4 WCH werd herzien.

54. HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 438 en *NIPR* 1998, 73.

55. J.N.E. Plasschaert, ‘Erkenning door niet-Nederlanders’, *Burgerzaken en recht*, 1997, p. 254.

56. Ook in de materie van het vreemdelingenrecht, bv. door het stellen van rigide legalisatie- en verificatievereisten.

57. De geldigheid van een huwelijk kan soms ook leiden tot het verlies van een verblijfsrecht. Voor een negatieve koppeling tussen gel-

digheid van huwelijk en (behoud van) verblijfsrecht, zie o.a. HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 502. Zie ook, i.v.m. de problematiek van geldigheid van ‘gedwongen’ huwelijken en het daaraan gekoppeld verlies van verblijfsrecht voor sommigen vrouwen die in het buitenland gaan wonen, L. Jordens-Cotran, noot bij Rb. Maastricht 3 januari 1997, *Migrantenrecht* 1997, 56, p. 67.

58. Zie ook de verwijzingen gemaakt in mijn noot bij deze uitspraak.

59. Bv. de dreiging van veroordeling op basis van overspel, indien naderhand in Nederland een nieuw huwelijk is aangegaan. Zie hierover o.a. ook F.J.A. van der Velden, ‘Marokkaans en Nederlands familierecht: botsende concepten en praktische oplossingen’, *Justitiële verkenningen* 2001, nr. 5 (juni/juli), p. 32-46.

60. Rb. ’s-Gravenhage zp Amsterdam 28 maart 2000, *Nemesis* 2002 nr. 1, p. 24 en Rb. ’s-Gravenhage 31 maart 2000, *JV* 2000/147.

humanitaire aard, omdat zij ernstige problemen voorzag wanneer zij met haar Nederlandse, niet-moslim kind naar Marokko zou terugkeren, dit met betrekking tot inschrijving van het kind, het verkrijgen van een verblijfsvergunning en het volgen van onderwijs. Zij voerde tevens aan dat zij in Marokko strafbaar was nu zij gehuwd was met een niet-moslim. In de procedure wordt gewag gemaakt van perikelen van ipr-aard op het vlak van afstamming en erfrecht van het kind. In de tweede uitspraak maakte de rechtbank zelf gewag van ipr-problemen op het vlak van gezag over de kinderen en betaling van alimentatie – verweerder had gesteld dat de echtscheiding in Nederland en de nationaliteit van het kind van eiseres kennelijk niet tot problemen zouden leiden nu eiseres ook in Marokko naar Marokkaans recht was gescheiden en het kind van eiseres zowel de Marokkaanse als de Nederlandse nationaliteit bezat.

In deze context kan ook melding gemaakt worden van de uitspraak van de Rechtbank van 's-Gravenhage van 7 mei 1998,⁶¹ waarbij het feit dat een Marokkaanse vrouw beroep had gedaan op Nederlands echtscheidingsrecht, tegen de wil in van de man, en daardoor zelf haar kansen op erkenning van die echtscheiding in Marokko zou hebben verminderd, aan de vrouw werd tegengeworpen als argument tot ontzegging van een verblijfsrecht op humanitaire gronden.

Eveneens naar aanleiding van de uitspraak van 13 juli 2001, kan nog gewezen worden op volgende vragen die rijzen als men het beginsel van internationale harmonie bekijkt vanuit de verwevenheid met aspecten van migratie. Acht men het gewicht dat aan het belang van internationale beslissingsharmonie moet worden toegekend hoog, is het dan inderdaad zo dat men grote bereidheid moet vertonen – zoals *in casu* gebeurde – rechtsverhoudingen die in het buitenland tot stand zijn gebracht of verbroken in Nederland te erkennen? Hier kan het verwijt van klassenjustitie opduiken, in die zin dat zodoende aan mensen die het zich kunnen veroorloven naar het buitenland te gaan om daar hun familie-rechtelijke situatie te regelen, mogelijk méér mogelijkheden worden opengesteld dan aan mensen die zich die reis niet kunnen veroorloven? Dit zal met name het geval zijn indien het recht dat in het buitenland wordt toegepast meer mogelijkheden biedt dan het recht dat in Nederland de rechtsverhouding zou beheersen, of nog, in zoverre de procedure in het buitenland soepeler verloopt. Of moet het integendeel zo zijn dat, als het de kwestie van internationale beslissingsharmonie betreft, het aan de betrokkenen zelf toekomt⁶² er zorg voor te dragen dat een situatie van internationale be-

slissingsharmonie wordt bereikt, met name door na de Nederlandse procedure alsnog een tweede procedure in het buitenland te starten, die de rechtsverhouding dan ook naar het recht van dat land zal regelen? In dit laatste geval verplicht men uiteindelijk sommige mensen tot internationale mobiliteit als zij een situatie van internationale harmonie betrachten. Ook in deze situatie kan het verwijt van klassenjustitie opduiken, in die zin dat alleen mensen die het zich qua tijd en geld kunnen veroorloven zich tijdelijk, en liefst op vrij korte termijn,⁶³ te verplaatsen naar het buitenland een situatie van internationale beslissingsharmonie kunnen bewerkstelligen. Als men hieraan tegemoet wil komen en wil vermijden dat personen zich speciaal naar het buitenland moeten verplaatsen om een situatie van internationale harmonie te bekomen, moet dit er dan weer toe leiden dat men in Nederland zelf meer bereidheid moet tonen vreemd recht toe te passen,⁶⁴ of nog, meer bevoegdheden toe te kennen aan buitenlandse consulenten in Nederland?

Het inroepen van het belang van de Marokkaanse vrouw bij een erkenning van haar verstoting in Nederland is vrij nieuw

Vragen naar consistentie: interne en externe weerstanden tegen 'tegennatuurlijke' instituten en aspecten van migratierecht

De uitspraak van 13 juli 2001 doet bovendien ook vragen rijzen naar consistentie. Zo wordt in de conclusie van de A-G Strikwerda bij HR 13 juli 2001 de Wet conflictenrecht echtscheiding (Wce) tegengesteld aan de pogingen hinkende verhoudingen te vermijden, enerzijds in de schoot van de EU, anderzijds specifiek vanuit Nederland waar het het streefdoel en de pogingen vanuit Nederland betreft om homohuwelijken in het buitenland erkend te doen krijgen. Wat betreft deze laatste ontwikkeling, is de redenering van de A-G kennelijk als volgt: als men vanuit Nederland internationale erkenning betracht van een nationaal Nederlands instituut waartegen in andere landen weerstanden bestaan, moet men ook zelf enige tegemoetkoming vertonen ten aanzien van vreemde rechtsfiguren waartegen in Nederland weerstand bestaat, en ook in confrontatie met die rechtsfiguren groot belang willen hechten aan het streefdoel van internationale harmonie. Zo lijkt het debat omtrent aanvaardbaarheid in Nederland van 'vreemde' samenlevingsvormen met de

61. *Nemesis*, RN 1999, 1047. Voor een kritiek, zie V. van den Eckhout, 'Fatwa's, islamitisch familierecht en andere tot de verbeelding sprekende onderwerpen', *Rechtshulp* 2001, p. 14-20. Zie ook over de consequentie die wordt gehecht aan de keuze voor Nederlands echtscheidingsrecht door een Marokkaanse man, en de impact daarvan op de mogelijkheid tot sluiten van een nieuw huwelijk mét daaraan verbonden aanspraken op het vlak van gezinshereniging Rb. Zwolle 16 april 1996, *Nemesis*, RN 1997, 668 en Van den Eckhout 1998, p. 123 (zie noot 33).

62. In dit kader kan wel verwezen worden naar de rechtspraak m.b.t. het veroordelen van een man tot het uitspreken van een verstoting: zodoende werden soms Nederlandse autoriteiten bereid gevonden

om mee te werken aan pogingen van Marokkaanse vrouwen hun man tot verstoting te bewegen, ná een echtscheidingsprocedure in Nederland waarbij Nederlands echtscheidingsrecht was toegepast (zie hierover ook de verwijzingen in mijn noot bij HR 13 juli en 9 november 2001. Zie ook J. Tigchelaar, 'Uw normen zijn de onze niet. Over gelijkheid, cultuur en gender', *Nemesis* 2000 nr. 2, p. 27-29).

63. Want mogelijk ontstaan in de tussenperiode complicaties, bijvoorbeeld op het vlak van afstamming van kinderen die na een echtscheiding in Nederland – maar voor huwelijksontbinding in het buitenland – geboren worden.

64. Voor zover dit de kansen tot erkenning in het buitenland zou verhogen.

openstelling, in Nederland, van huwelijken aan personen van hetzelfde geslacht, nieuw leven ingeblazen.

Het is natuurlijk nog maar de vraag in hoeverre rechtsfiguren als verstoting, polygamie en homohuwelijken op gelijke voet te stellen zijn

Opmerkelijk is wel dat men zich in het advies van de Staatscommissie⁶⁵ bij discussies over de regeling van ipr-aspecten van opengestelde huwelijken op zijn beurt weer lijkt op te trekken aan een ander 'exotisch' instituut, namelijk polygamie. Uit het feit dat aan polygame huwelijken onder bepaalde voorwaarden wel degelijk rechtsgevolgen worden toegekend, worden argumenten gehaald ten bate van het homohuwelijk. Kennelijk voelt men zich met het 'Nederlandse' huwelijk in een min of meer vergelijkbare situatie gedrongen als de situatie waarin het polygaam huwelijk zich in Nederland bevindt. Het is natuurlijk nog maar de vraag in hoeverre rechtsfiguren als verstoting, polygamie en homohuwelijken ook daadwerkelijk op gelijke voet te stellen zijn als het er om gaat hun uitwerking in internationale context te bekijken. Maar wat hier ook van zij, de conclusie van de advocaat-generaal maakt alleszins wel duidelijk dat het afwijzen van ipr-gevolgen van vreemde rechtsfiguren louter onder de argumentatie dat die buitenlandse rechtsfiguur, mede vanuit rechtsvergelijkend oogpunt beschouwd, 'eigenaardig', of 'onnatuurlijk' is, minder overtuigend kan voorkomen nu Nederland zelf een 'eigenaardig' instituut heeft gecreëerd en daarvoor van buitenlandse rechtsordes toch graag respect zou krijgen. Zo bekeken rijzen vragen naar consistentie, en dwingt alleszins de problematiek van het opengestelde huwelijk tot een meer diepgaande beargumentering waarom het ene 'eigenaardige' rechtsinstituut wel, het andere 'eigenaardige' rechtsinstituut niet aanspraak zou kunnen maken op toepassing van regels die mede de internationale mobiliteit van de betrokkenen mogelijk maken.

Andere inconsistenties?

De uitspraak van de Hoge Raad en de procedure daaraan voorafgaand leent zich voor het opwerpen van nog andere vragen naar consistentie. Zo had de rechter in eerste aanleg geoordeeld dat de band die de man heeft met Nederland geacht moet worden zoveel sterker te zijn dan de band met Marokko dat de Marokkaanse autoriteiten niet bevoegd zijn ter zake van de ontbinding

van zijn huwelijk. Welnu, het is opmerkelijk in dit kader vast te stellen dat onder het regime van Brussel II het feit dat onderdanen van een EU-lidstaat naast de nationaliteit van die lidstaat ook nog een andere nationaliteit bezitten die mogelijk zelfs effectiever is, niet noodzakelijk een bezwaar hoeft te vormen tegen toekenning van rechtsmacht tot ontbinding van het huwelijk aan het land van de gemeenschappelijke nationaliteit.⁶⁶

Met betrekking tot de uitspraak van de Hoge Raad zelf wees Jordens-Cotran⁶⁷ eerder op een andere kwestie, met name op het punt van het administratief karakter van de Marokkaanse echtscheidingsprocedure waar de Hoge Raad zoveel belang lijkt aan te hechten: daar waar de Hoge Raad het administratief karakter van een Marokkaanse echtscheidingsprocedure blijkbaar als een struikelblok beschouwt en alleszins uiterst belangrijk blijkt te vinden in de beslissing om de Marokkaanse procedure onder het strikte regime van art. 3 Wce – en niet onder het veel soepeler erkenningsregime van art. 2 Wce – onder te brengen, worden in de Brussel II-verordening zowel gerechtelijke als administratieve procedures ondergebracht in een uiterst soepel erkenningsregime.

Enkele vraagstellingen en bedenkingen omtrent de toekomstige ontwikkelingen van het ipr

'Specifieke factoren' speelbal van beleidsoverwegingen afkomstig van buiten het ipr?

Eerder gaf ik aan welke kwesties mijns inziens bijzonder prangend zijn bij discussies over europeanisatie van het ipr. Op diezelfde vragen moet mijns inziens ook voor wat betreft de niet-Europese context een antwoord gezocht worden. Wat betreft die niet-Europese context gaf ik eerder eveneens reeds aan welke factoren in die context gewoonlijk als 'specifieke' aandachtspunten worden beschouwd. Welnu, in het kader van deze bijdrage zou ik omtrent die factoren het volgende willen opmerken: de manier waarop deze factoren momenteel in het debat worden betrokken, is veelal niet zuiver en bemoedigt een evaluatie. Zo blijken al te vaak zogenaamde bekommernis om gelijkheid der seksen en om emancipatie van buitenlandse en migrantenvrouwen misbruikt te worden voor en inzet te zijn van beleidsoverwegingen afkomstig uit de sfeer van het migratierecht.⁶⁸ Men moet er mijns inziens voortdurend alert op zijn dat overwegingen afkomstig uit het migratierecht en economische overwegingen het ipr-debat op deze manier vergiftigen. Onderkenning van deze dynamiek betekent uiteraard niet dat bepaalde uitwassen, misstanden en discriminaties niet

65. Advies staatscommissie ipr van december 2001 inzake openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, (www.justitie.nl). Jessurun D'Oliveira, ('De Europese Commissie erkent het Nederlandse huwelijk', *NJB* 2001, p. 2025), benadrukt bovendien dat het Nederlandse huwelijk van Europese makelij is, en suggereert daarbij dat het daardoor een streepje voor heeft als het gaat om discussies over het in vrije circulatie toelaten van rechterlijke beslissingen over varianten van het huwelijk.

66. Zie ook voor een kritiek, V. van den Eeckhout, 'Fatwa's, islamitisch familierecht en andere tot de verbeelding sprekende onderwerpen', *Rechtshulp* 2001, p. 14-20. Men leze in dit kader ook HR 19 april 1996, *NJ* 1997, 467, met conclusie Strikwerda en noot ThMdB. 67. L. Jordens-Cotran, 'De Hoge Raad en de erkenning van de verstoting tegen compensatie', *Burgerzaken en recht* 2001, p. 290-294.

68. Zie, mede in rechtsvergelijkende context, de manier waarop in sommige landen wordt omgegaan met bestrijding van polygamie, gedwongen huwelijken en kinderhuwelijken: D.L. 'Polygamie: ne pas se tromper de débat', *Plein droit* 1997, afl. 36-37, 52-54; Van den Eeckhout 1998, p. 82 noot 361 (zie noot 33) en L. Jordens-Cotran en W. Verberk, 'Gezinshereniging. Een jurisprudentieoverzicht 1994-1995 (I)', *Migrantenrecht* 1995, p. 120. Zie ook meer algemeen over de manier waarop aandacht wordt gegeven aan islamitisch recht en de daarin bestaande discriminaties, V. van den Eeckhout, 'Marokkaans familierecht in wet en praktijk', *Sharqiyat* 2000, vooral p. 99-100. En zie hierover ook, uitgebreider, de nog in *Migrantenrecht* te verschijnen bijdrage over ipr in verhouding tot nationaliteitsrecht en sociaal zekerheidsrecht.

aan de kaak zouden mogen worden gesteld; wel betekent het dat men alert moet zijn als dergelijke principes bovengedaand worden en als het debat op deze manier gestructureerd wordt. Met argumentaties op het vlak van 'integratie' van migranten en 'emancipatie van vrouwen' moet dan ook zeer omzichtig worden omgesprongen, zeker als het er bij nader toezien om blijkt te gaan dat aan bepaalde bevolkingsgroepen onder verwijzing naar deze principes aanspraken onthouden worden.

Bij de tendens tot onderwerping van vakgebieden aan het migratiebeleid lijkt men zich overigens niet te storen aan het feit dat men in deze beweging juridische inconsistenties en discriminaties in het leven roept. In de doctrine werd eerder, op deelgebieden, aandacht gegeven aan inconsistenties en discriminaties die het restrictieve migratiebeleid teweegbrengt op het vlak van het familierecht, in het bijzonder waar het gaat om gezinsmodellen zoals in Nederland gehanteerd voor intern-Nederlands gebruik enerzijds, voor niet-Europeaan anderzijds.⁶⁹ Indien naar de toekomst toe een verdere verharding plaatsvindt van de tweedeling in de instrumentalisering van het ipr die zich momenteel aftekent, dan zullen allicht, als neveneffect, nog veel meer inconsistenties in het leven geroepen worden – en zullen de hiervoor genoemde specifieke factoren allicht nog veel meer dan nu al het geval is tot speelbal verworden van tendensen tot tweedeling. Het is bij dit alles overigens de vraag in hoeverre het ipr zélf tot een speelbal dreigt te verworden in functie van het doorvoeren van een tweesporenbeleid inzake migratie. Hier duikt zodoende de vraag op in hoeverre het überhaupt legitiem is het ipr in te schakelen voor, enerzijds, de stimulering van de mobiliteit van personen, anderzijds, restrictieve migratiedoelinden.⁷⁰

IPR speelbal van beleidsoverwegingen afkomstig van buiten het ipr?

Maar wie op dit punt een kritische analyse wil doorvoeren, moet erkennen dat deze vraag zich vanuit ipr-oogpunt bekeken uiteindelijk niet als een probleem van eerste orde, maar als een probleem van tweede orde aandient: voorafgaand aan de vraag naar de legitimiteit van een tweesporenbeleid dient zich de vraag aan of het ipr zich überhaupt leent tot het vervullen van een instrumentele functie inzake migratiebeleid. Het betreft hier immers twee keerzijden van eenzelfde fenomeen, met name het fenomeen van instrumentalisering van het ipr voor migratiedoelinden, enerzijds in af-

knottende zin, anderzijds in liberaliserende zin. De vraag naar legitimiteit van inschakeling van het ipr voor migratiedoelinden noopt in wezen tot reflectie op de ratio en uitgangspunten van het ipr en is in die zin een grondslagenonderzoek. Daarbij stelt zich overigens, als subvraag, de vraag in hoeverre het legitiem is voorrang te geven aan belangen van de overheid boven belangen van particulieren, waar die strijdig zouden zijn. Opmerkelijk hierbij is de tendens die zeker ook in Nederland opgang doet om het inperken van rechten van vreemdelingen voor te stellen als zou dit in hun eigen belang zijn. Op Europees niveau wordt dan wel gesteld dat men wil komen tot integratie van en toekenning van rechten aan onderdanen van derdelanden die legaal in Unie verblijven,⁷¹ op Nederlands nationaal niveau bestaan tendensen die 'integratie' te bewerkstelligen door het *afknotten* van rechten van vreemdelingen: zie de manier waarop de restrictieve regeling inzake gezinsmigratie in Nederland in het kader van integratie wordt geplaatst, namelijk als zou dat in het belang van vreemdelingen zelf zijn.⁷²

De vraag naar legitimiteit van inschakeling van het ipr voor migratiedoelinden noopt tot reflectie op de uitgangspunten van het ipr

Welnu, wat betreft de samenhang van het ipr met het vreemdelingenrecht wordt in de doctrine gesteld dat er wel degelijk een band is tussen vreemdelingenbeleid en ipr,⁷³ maar wordt het anderzijds door sommigen ook 'overtrokken' genoemd vanuit onderkenning van die band ook ipr-regels op te zetten in functie van beleids-overwegingen op het vlak van vreemdelingenrecht.⁷⁴ Zelf zou ik ter zake een onderscheid willen maken tussen enerzijds de samenhang van ipr met kwesties van mobiliteit van personen, anderzijds de samenhang van ipr met toekenning dan wel ontzegging van verblijfsrechtelijke aanspraken. Kwesties van mobiliteit en kwesties van verblijfsrechtelijke aanspraken mogen dan wel beide aspecten zijn van migratierecht, als het er om gaat te bepalen in hoeverre het ipr zich met elk van beide dient in te laten, is er wel degelijk een onderscheid te maken. Immers, het is algemeen aanvaard dat het vakgebied van het ipr er (mede) toe strekt het rechtsverkeer te vergemakkelijken en de rechtszekerheid te bevorderen. Dit oogmerk hangt nauw samen

69. Zie bv. H.U. Jessurun D'Oliveira, *Het migratierecht en zijn dynamiek: het artefact van het 'schijnhuwelijk'*, Deventer: Kluwer 1998; S. van Walsum, 'Het ene gezin is het andere niet. Gezinsnormen en (on)gelijkheid in het Nederlandse immigratiebeleid' in: R. Holtmaat (red.) *De toekomst van gelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 40-60 en 'Hoe verder met het zorgbeginsel', redactioneel *Nemesis* 2002, nr. 1, p. 1-4. Wat betreft discriminatie in leefvormen, te begrijpen als inconsistenties veroorzaakt door restrictief migratiebeleid tussen internationaal Belgisch familierecht en intern Belgisch familierecht, zie ook Van den Eeckhout 1998, p. 280 noot 1252 (zie noot 33).

70. Een vraag die moet worden onderscheiden van de vraag naar legitimiteit van het voeren als zodanig van een welbepaald migratiebeleid op zich, evenals van vragen over *effectiviteit* en *opportuniteit* van inschakeling van het ipr voor migratiedoelinden, die mede in het licht van alternatieve handelwijzen te beantwoorden zijn.

71. Zie met name de Tampere-conclusies onder III, 'Fair treatment of third country nationals', '2. Een gemeenschappelijk asiel- en migratiebeleid van de EU', '2.3 Eerlijke behandeling van derdelanders'. Zie ook Actieplan nr. 8: 'Het integratiebeleid moet erop gericht zijn aan derdelanders die legaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven (in bijzonder bij langdurig verblijf), rechten toe te kennen en verplichtingen op te leggen die vergelijkbaar zijn met die van de EU-burgers. Het moet tevens de non-discriminatie en de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat verder ontwikkelen'.

72. Zie rapport-Boxtel p. 50-51 (noot 32). Zie over dergelijke voorstelling en handelwijze al kritisch in 1983, C.A. Groenendijk, 'Trouwbeperking voor tweedegeneratiemigranten. Minderheden en mensenrechten dicht bij huis' *NJB* 1983, p. 1311-1318.

73. Zie bijvoorbeeld Van Houtte 2001 (zie noot 36).

74. Zie vooral Struycken in 'Interview met prof. mr. A.V.M. Struycken en mr. J.G.A. Struycken', *Ars Aequi* 2001, p. 741-749.

met het streefdoel van internationale beslissingsharmonie: allicht is een situatie van internationale beslissingsharmonie, waarbij staten over en weer elkaars beslissingen respecteren, bevorderlijk voor het internationale rechtsverkeer en de rechtszekerheid en zijn zowel staten als personen hierbij gebaat. Hinkende rechtsverhoudingen – situaties die ontstaan bij gebreke van internationale beslissingsharmonie – zijn over het algemeen niet bevorderlijk voor het rechtsverkeer. Heeft men oog voor het streefdoel van internationale harmonie, dan zal men pogen de nadelige gevolgen van hinkende rechtsverhoudingen te vermijden. Welnu, zelf heb ik er altijd voor gepleit ipr-regels op te stellen vanuit inachtnaam voor het streefdoel van internationale beslissingsharmonie – zij het dan wel in combinatie met het *favor*-beginsel en het leerstuk der mensenrechten:⁷⁵ hinkende rechtsverhoudingen kunnen voor partijen negatieve consequenties inhouden, zowel op het vlak van personen- en familierecht als daarbuiten,⁷⁶ en voor die negatieve consequenties moet het ipr mijns inziens *onder omstandigheden* terdege oog hebben. Problemen op het vlak van mobiliteit zijn één type problemen van die negatieve consequenties, en reeds in die zin dient het ipr oog te hebben voor aspecten van mobiliteit.⁷⁷ Zo gesteld kan het ‘nieuwe’ van hetgeen zich momenteel op ipr-vlak in Europa afspeelt al sterk gerelativeerd worden: het voorgaande moge duidelijk maken dat opzet van ipr-regels vanuit aandacht voor mobiliteit van personen geenszins vreemd is aan de discipline van het ipr, maar integendeel mooi aansluit bij de klassieke doelstellingen van het ipr. Nieuw is dan vooral dat de ontwikkelingen zich

momenteel centreren op de *Europese* context, en dat het in deze context uiteindelijk toch het bevorderen van mobiliteit *an sich* is dat als hoogste goed geldt – waaruit dan wel de gevolgtrekking wordt gemaakt dat het nastreven van een situatie van internationale beslissingsharmonie wenselijk is. Vanuit het vakgebied van het ipr bekeken, kan ik de aandacht die zodoende aan het streefdoel van internationale beslissingsharmonie wordt gegeven alleen maar onderschrijven, nu toch de EU er voor lijkt te kiezen het beginsel van internationale beslissingsharmonie in een opwaartse beweging te combineren met liberaliserende tendensen in het familierecht.

Iets gans anders nu is de opstelling van ipr-regels vanuit overwegingen inzake verblijfsrechtelijke aanspraken die personen op basis van hun familierechtelijke verhoudingen zouden kunnen voorleggen. Op dit punt is er géén directe koppeling te maken met het beginsel van internationale harmonie.⁷⁸ Wel is nog denkbaar dat verdedigd zou worden dat toekenning van verblijfsrechtelijke aanspraken wellicht ten goede komt aan het vergemakkelijken van het rechtsverkeer en in die zin aansluit bij basisdoelstellingen van het ipr, maar een afweer van verblijfsrechtelijke aanspraken middels inschakeling van ipr-technieken is hoegenaamd niet verdedigbaar zonder het wezen van het ipr geweld aan te doen. Dit moet de conclusie zijn, ongeacht of men de huidige migratiepolitiek en de daarin tot uiting komende tweedeling tussen de Europese en de niet-Europese context aanvaardt dan wel verwerpt.

75. Met name dienen afwegingen en correcties te gebeuren in verhouding tot tendensen tot liberalisering van het internationaal familierecht. Zo kunnen het *favor divortii* beginsel en het beginsel van internationale beslissingsharmonie soms samenvallen, maar soms ook met elkaar in botsing komen, en dan moeten keuzen worden gemaakt. Zie hierover o.a. V. van den Eeckhout, ‘Recensie Mostermans’ *NIPR* 2000, p. 39.

76. Te denken valt bijvoorbeeld aan de gevolgen op het vlak van de afstamming van de kinderen, de erfrechtelijke aanspraken, de mogelijkheid van bestraffing op grond van bigamie door de rechtsorde die een eerder gesloten huwelijk niet als ontbonden beschouwt.

77. De factor mobiliteit is mijns inziens zeker ook nog op een tweede manier cruciaal bij de uitbouw van ipr-regels. De factor mobiliteit moet immers als fundamenteel worden beschouwd bij de inschatting van het belang dat moet worden toegekend aan het streefdoel van internationale beslissingsharmonie. De bekommernis om internationale harmonie moet namelijk niet zover gaan dat het ipr ten alle prijze mensen zou moeten behoeden voor de negatieve consequenties van hinkende rechtsverhoudingen. Of belang bestaat bij creatie van een

situatie van internationale beslissingsharmonie is zeer variabel en hangt mijns inziens in eerste instantie af van de mate waarin mensen mobiel zijn en zodoende met bepaalde rechtsordes verbonden zijn. Voor mensen die niet mobiel zijn zal de prijs van het gebrek aan internationale harmonie wellicht minder zwaar wegen.

78. Overigens blijkt de samenhang tussen internationale beslissingsharmonie en kansen tot toekenning of behoud van verblijfsrecht ook vrij *diffuus*: een situatie van internationale beslissingsharmonie kan zowel bevorderlijk als nadelig blijken voor het verkrijgen of behoud van een verblijfsrecht. Zo bijvoorbeeld zal de bereidheid in Nederland twee personen van hetzelfde geslacht in het huwelijk te laten treden – ook al zou men daarmee een rechtsverhouding creëren die in het land van herkomst van betrokkenen niet wordt erkend, mogelijk zelfs strafrechtelijk beteugeld wordt – wellicht onder omstandigheden bevorderlijk zijn voor het verkrijgen van een verblijfsrecht in Nederland en tegemoetkomen aan het belang van de betrokkenen (maar mogelijk wel de mobiliteit van de betrokkenen naar dat land van herkomst toe beperken).