Universiteit Leiden
The Netherlands

Toepasselijk recht en te verwachten erkenningsproblemen. Enkele opmerkingen in nationaal en Europees perspectief.

Eeckhout, V. van den

Citation
Eeckhout, V. van den. (2007). Toepasselijk recht en te verwachten erkenningsproblemen. Enkele opmerkingen in nationaal en Europees perspectief. *Migrantenrecht*, 193-206. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/13735

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from: https://hdl.handle.net/1887/13735

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

Veerle Van Den Eeckhout | Prof. dr. V. Van Den Eeckhout aan de Universiteit Leiden en Universiteit Antwerpen.

Toepasselijk recht en te verwachten erkenningsproblemen

Enkele opmerkingen in nationaal en Europees perspectief

In een recente procedure voor de Hoge Raad (HR 15 september 2006) werd door eiseres in cassatie een prikkelend betoog gehouden over de manier waarop de Nederlandse rechter rekening had moeten houden met problemen die iemand kan ondervinden door een situatie van 'internationale disharmonie'. Het betrof in casu problemen die de vrouw zou ervaren door de omstandigheid dat haar in Nederland met toepassing van buitenlands (Marokkaans) recht uitgesproken echtscheiding in het land waarvan zij de nationaliteit bezit (Marokko) niet voor erkenning in aanmerking komt. In deze bijdrage komt aan de orde in hoeverre de rechter bij hantering van regels van toepasselijk recht moet anticiperen op problemen inzake erkenbaarheid. De problematiek wordt besproken in nationaal en Europees perspectief.

1 Inleiding

In een recente uitspraak van de Hoge Raad, van 15 september 2006,[1] wordt door de eiseres in cassatie een prikkelend betoog gehouden. In het bestreden arrest had het Hof met toepassing van Marokkaans recht echtscheiding uitgesproken tussen twee Marokkaanse echtelieden. In cassatie haalt eiseres, heel kort en algemeen gezegd, aan dat de manier waarop de internationale echtscheiding door de Nederlandse rechter is uitgesproken meebrengt dat deze echtscheiding in het land waarvan zij de nationaliteit bezit niet voor erkenning vatbaar is, en stelt zij dat dat tegen de Nederlandse internationale openbare orde ingaat.

Het is hier niet mijn bedoeling de uitspraak van de Hoge Raad uitputtend te becommentariëren. Ik zal ook niet uitgebreid ingaan op de inhoud van Marokkaans familierecht en Marokkaans ipr voor en na de wijziging van de Mudawwana. Wel zal ik, in hoofdstuk 2, de uitspraak eerst kort plaatsen in het licht van vroegere Nederlandse uitspraken inzake omgang met Marokkaans recht. Maar veeleer en vooral zal ik daarna, in hoofdstuk 3, grotendeels abstraheren van de casus zoals die voorlag aan de Hoge Raad. Ik zal me dan toespitsen op het in deze casus door de eiseres aangebrachte punt dat de Nederlandse instanties, bij hantering van ipr-regels c.q. toepassing van vreemd recht, rekening moeten houden met te verwachten problemen op het vlak van internationale harmonie - anders gezegd, met de prognose inzake de erkenbaarheid in het buitenland van in Nederland tot stand gebrachte rechtsverhoudingen, of nog, met het risico dat hinkende rechtsverhoudingen tot stand worden gebracht. Dezelfde kwestie zal ik, in hoofdstuk 4, plaatsen in Europees verband. In Europese context kan de problematiek gesitueerd worden binnen één van de - vele - discussiepunten in de omgang met het nationaliteitsbeginsel in het internationaal familierecht.

Bedoeling van deze bijdrage is niet antwoorden aan te dragen op de vele opgeworpen vragen; veeleer is het de bedoeling naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad precies een aantal aandachtspunten en (effecten van) mogelijke redeneringen, bloot te leggen omtrent de ontwikkeling van internationaal familierecht, mede in Europese context.

2 Omtrent HR 15 september 2006

2.1 Voorgeschiedenis en situering

2.1.1 Voorgeschiedenis. De casus voorliggend bij de Hoge Raad

De casus zoals die voorlag bij de Hoge Raad kent een lange voorgeschiedenis. Reeds eind jaren negentig was de Marokkaanse man begonnen met pogingen zijn huwelijk met zijn Marokkaanse vrouw te laten ontbinden door echtscheiding. In eerste instantie had hij voor de rechtbank Amsterdam verzocht om echtscheiding uit te spreken met toepassing van Nederlands recht, subsidiair met toepassing van Marokkaans recht. De rechtbank verklaarde dit verzoek in een uitspraak van 22 december 1999 niet-ontvankelijk, hetgeen in hoger beroep door het Hof Amsterdam op 25 januari 2001 werd bevestigd. Deze eerste procedureslag van de man heeft in de doctrine al de aandacht getrokken.[2]

De casus is tot zover ook opvallend gelijklopend met de procedure van een andere Marokkaanse man, die uiteindelijk zou leiden tot de uitspraak van de

Hoge Raad van 9 november 2001.[3] In beide gevallen slaagt een Marokkaanse man er maar niet in zijn huwelijk in Nederland te laten ontbinden, omdat enerzijds beroep op Nederlands echtscheidingsrecht aan de man wordt ontzegd, anderzijds omdat Marokkaans recht tegen de Nederlandse internationale openbare orde wordt geacht. Daarmee kwam de man in deze casus in een soortgelijke patsituatie terecht als de man die tegen de uitspraak in cassatie ging. In de casus zoals die voorlag aan HR 9 november 2001 sprak de Hoge Raad zelf uiteindelijk echtscheiding uit met toepassing van Nederlands recht en werd daarmee die casus afgesloten.

In deze casus sleepte de procedure zich eerst nog enkele jaren verder voort om uiteindelijk eveneens tot een cassatieprocedure te leiden. In deze casus diende de man naderhand, na de eerste poging, een nieuw verzoek tot echtscheiding in bij de rechtbank Amsterdam. De man had overigens niet gewacht op de echtscheiding om, in Marokko, een tweede huwelijk te sluiten. Door de rechtbank Amsterdam wordt in de uitspraak van 12 maart 2003 ingespeeld op de aldus ontstane situatie van polygamie om echtscheiding uit te spreken. De rechtbank overweegt – aldus de weergave in de conclusie van de advocaat-generaal bij HR 15 september 2006 – dat naar het oordeel van de rechtbank het Marokkaanse recht als strijdig met de openbare orde door de Nederlandse rechter niet kan worden toegepast, 'en het eveneens ongewenst en in strijd met de openbare orde is de polygame situatie van de man te handhaven.'

Overigens is opmerkelijk dat ook in de casus zoals die voorlag aan HR 9 november 2001 in de ook daar jarenlange strijd om echtscheiding in de tussentijd een situatie van polygamie was ontstaan, zo blijkt uit de weergave in cassatie van de feiten in die procedure. In het middel daarbij wordt ook betoogd dat het ongewenst is dat een naar Nederlandse maatstaven met de openbare orde strijdige situatie (polygamie) blijft bestaan. Maar in de uitspraak zelf van de Hoge Raad van 9 november 2001 wordt van deze situatie in de overwegingen geen verder gewag gemaakt.

In de uitspraak van de rechtbank Amsterdam komt de kwestie van polygamie wel uitdrukkelijk naar voren in de overwegingen. Onduidelijk is echter in hoeverre de rechtbank het argument dat de situatie van polygamie als strijdig met de internationale openbare orde zou moeten worden beëindigd,[4] al dan niet doorslaggevend acht om de man toe te laten naar Nederlands recht te scheiden. Is het louter een argument 'ten overvloede' en had de rechtbank ook zonder de complicatie van polygamie aan de man een echtscheiding toegestaan, of niet?

Tegen deze uitspraak waarbij de man, met toepassing van Nederlands recht, de echtscheiding heeft verkregen, tekent de vrouw beroep aan. In hoger beroep wordt daarop eerst, op 15 januari 2004, door het Hof van Amsterdam een tussenbeschikking gegeven waarbij aan de echtelieden de gelegenheid wordt geboden in Marokko een echtscheiding tot stand te brengen. Echter hangende deze procedure blijkt dat Marokkaans recht inhoudelijk is gewijzigd, met name door de wijziging van de Mudawwana in 2004. Het Hof[5] speelt daar vervolgens in de eindbeschikking op in, in die zin dat geoordeeld wordt dat Marokkaans echtscheidingsrecht door de wijzigingen niet langer als strijdig met de openbare orde moet worden geacht. Echtscheiding wordt toegestaan met toepassing van Marokkaans recht, met name op grond van duurzame ontwrichting zoals toegelaten door het nieuwe artikel 94 Mudawwana.

Het Hof gaat daarbij alleen in op de wijziging van het Marokkaanse materiele echtscheidingsrecht. Het Hof maakt daarbij geen gewag van de Marokkaanse regels inzake erkenning van in het buitenland uitgesproken echtscheidingen – regels die eveneens in 2004 gewijzigd zijn.[6] Er wordt door het Hof louter verwezen naar de sinds de wijziging van de Mudawwana gecreëerde gelijke mogelijkheid voor man en vrouw om te scheiden op grond van artikel 94 Mudawwana.

2.1.2 Echtscheiding met toepassing van Marokkaans recht en/of naar Marokkaans recht

Tegen deze uitspraak van het Hof van Amsterdam van 16 juni 2005 gaat de vrouw in cassatie. In wezen haalt de vrouw in cassatie de kwestie aan dat door de Nederlandse rechter dan wel Marokkaans recht is toegepast, maar dat daarmee nog geenszins verkregen is dat zij naar Marokkaans recht als gescheiden zal kunnen worden beschouwd.[7] Zij zou zelf nochtans groot belang hebben bij een echtscheiding naar Marokkaans recht, in verband met haar belang ook naar Marokkaans recht te kunnen hertrouwen evenals met haar financiële belangen (voor wat betreft in Marokko gelegen goederen).[8] Zij vindt dat de Nederlandse rechter met dit belang rekening had moeten houden.

Dat was niet gebeurd: de vrouw bleek uiteindelijk door het Hof 'opgescheept' te zijn met een echtscheiding die dan wel met toepassing van Marokkaans recht is uitgesproken, maar waarvan desondanks onwaarschijnlijk is – althans in haar visie – dat deze echtscheiding in Marokko voor erkenning vatbaar zal zijn. Haar belang zou daarmee in casu miskend zijn. Betoogd wordt dat nu essentiële onderdelen van de voorgeschreven marsroute van de Mudawwana (verzoening en financiële regeling) door het Hof niet zijn nageleefd, de Marokkaanse rechter de uitspraak van het Hof niet als geldig zal erkennen, 'hetgeen haar weer in dezelfde positie brengt als in het geval de echtscheiding naar Nederlands recht zou zijn uitgesproken'.

Van meet af aan had de vrouw in deze procedure kennelijk[9] gewezen op haar belang naar Marokkaans recht als gescheiden te worden beschouwd.[10] Daarmee leek ze in de eerste procedures, gevoerd ten tijde van de gelding van de vroegere regels van de Mudawwana, te bedoelen dat de echtscheiding eigenlijk, en wel nog voor een echtscheiding in Nederland plaatsvond, voor Marokkaanse autoriteiten in Marokko had moeten plaatsvinden.[11] De bezwaren van de vrouw lijken zich, in de fase voor wijziging van de Mudawwana, zodoende veeleer te situeren op het vlak van het voeren van een procedure in Nederland als zodanig als tegen het toepassen in Nederland van hetzij Nederlands hetzij Marokkaans recht. Mogelijk ging de vrouw er daarbij vanuit dat een in Nederland bekomen echtscheiding in Marokko toen nauwelijks voor erkenning in Marokko in aanmerking kwam. Uit het in de Hoge Raad weergegeven betoog van de vrouw wordt mij overigens niet duidelijk waarom zij een echtscheiding voor Marokkaanse autoriteiten op het Marokkaanse consulaat in Nederland afwijst. Is haar houding op dit punt geïnspireerd op de veronderstelling dat een dergelijke consulaire huwelijksontbinding in Nederland niet erkenbaar zou zijn, en denkt zij meer kans te maken op erkenning in Nederland van een Marokkaanse echtscheiding die in Marokko heeft plaatsgevon-

den? Hecht zij er met andere woorden belang aan dat middels één enkele huwelijksontbinding het huwelijk naar zowel Marokkaans als Nederlands recht ontbonden wordt?

Mogelijk vanuit eenzelfde optiek - het pogen verkrijgen, middels één enkele echtscheiding, van een ontbinding van haar huwelijk naar Marokkaans én Nederlands recht - heeft de vrouw er bezwaar tegen dat éérst een echtscheiding in Nederland plaatsvindt en naderhand alsnog het huwelijk in Marokko ontbonden wordt: de huwelijksontbinding moet in de visie van de vrouw blijkbaar per se éérst in Marokko plaatsvinden. Mogelijk heeft zij geen vertrouwen dat als eerst het huwelijk in Nederland wordt ontbonden - met toepassing van Nederlands of Marokkaans recht, maar zonder garanties op erkenbaarheid in Marokko gezien de toenmalige Marokkaanse regels inzake erkenning van buitenlandse echtscheidingen -, later alsnog een huwelijksontbinding in Marokko zal kunnen plaatsvinden waarmee haar huwelijk ook naar Marokkaans recht zal worden ontbonden; mogelijk denkt zij immers dat de man naderhand, nadat de echtscheiding in Nederland is bekomen, niet meer over te halen zal zijn tot het nemen van een initiatief c.q. het meewerken aan een echtscheiding in Marokko, en ziet zij bezwaren of praktische problemen inzake het zelf in Marokko opstarten van een nieuwe procedure.[12] Vandaar is mogelijk haar poging te verklaren de man tegen te houden in een echtscheiding die enkel en alleen in Nederland uitwerking zou hebben, en te proberen in de Nederlandse procedure zelf haar belang naar Marokkaans recht een echtscheiding te bekomen naar voren en verdisconteerd te krijgen, met name door de Nederlandse rechter er van te overtuigen de man er toe aan te zetten mee te werken aan een echtscheiding naar Marokkaans recht.

Het Hof lijkt in eerste instantie mee te gaan in het pleidooi van de vrouw (eerst) een huwelijksontbinding in Marokko te laten plaatsvinden, nu in een tussenbeschikking aan de echtelieden gelegenheid daartoe wordt geboden. Maar dan lijkt het alsof het Hof vindt dat het wordt 'ingehaald' door de wijziging in het Marokkaanse recht. Geconfronteerd met die wijziging oordeelt het Hof sec dat toepassing van Marokkaans recht niet langer strijdig moet worden geacht met de internationale openbare orde, waarna echtscheiding wordt uitgesproken.[13] Het Hof gaat in het arrest niet in op de kwestie of de vrouw hiermee ook naar Marokkaans recht als gescheiden zal kunnen worden beschouwd, het Hof beperkt zich er toe te stellen dat er niet langer bezwaar is tegen toepasselijkheid van Marokkaans echtscheidingsrecht nu dit recht niet (meer) in strijd zou zijn met de Nederlandse internationale openbare orde.

Maar, nogmaals, daarmee is nog niet met zekerheid een echtscheiding 'naar Marokkaans recht' uitgesproken. Gesteld dat de echtscheiding daadwerkelijk niet erkenbaar is in Marokko, en dat de man na de huwelijksontbinding in Nederland niet bereid is in Marokko ook een echtscheiding te bewerkstelligen, dan kan de vrouw mogelijk wel nog zelf een echtscheidingsprocedure in Marokko beginnen om 'naar Marokkaans recht' een echtscheiding te bekomen. Maar omtrent de mogelijkheid in Marokko een echtscheidingsprocedure te beginnen, stelt de vrouw dat met dergelijke procedures in Marokko nog maar weinig ervaring bestaat. Onder 3.4.2 van de uitspraak wordt weergegeven dat door de vrouw is aangevoerd dat 'het inmiddels in werking getreden nieuwe Marokkaanse familierecht nog in de kinderschoenen (staat)' en dat 'er nog geen gevallen bekend (zijn) waarin op basis van deze nieuwe wetgeving een vrouw een echtscheidingsprocedure is begonnen.'

2.1.3 Situering in een bont amalgaam aan uitspraken – exploreren van mogelijkheden tot het bekomen van internationale harmonie

De casus als voorliggend aan HR 15 september 2006 en het daarin gehouden betoog kan worden gesitueerd in een divers geheel van uitspraken en betogen omtrent omgang met Marokkaans recht. In deze jurisprudentie en rechtsgeleerde commentaren speelden al vaker argumenten inzake verhoging van de kansen tot internationale harmonie in die zin dat mensen naar het recht van alle betrokken rechtsstelsels als gescheiden zouden worden beschouwd. Door middel van verhoging van de kansen dat Marokko Nederlandse echtscheidingen zou erkennen enerzijds[14], en doordat Nederland Marokkaanse echtscheidingen zou erkennen anderzijds. Wat betreft de bevordering van internationale harmonie in laatstgenoemde zin is een uitspraak van de Hoge Raad van 13 juli 2001[15] vermeldenswaard. Hierin werd gehamerd op het belang dat een Marokkaanse vrouw er kan bij hebben dat in Nederland een Marokkaanse khul-echtscheiding wordt erkend. Mede vanuit inachtname van haar belang werd de Marokkaanse echtscheiding in Nederland erkenbaar geacht.

Wat betreft de bevordering van internationale harmonie in eerstgenoemde zin, is vermeldenswaard dat in het verleden Nederlandse rechters al zover zijn gegaan om nà

1 HR 15 september 2006, *NJ* 2006/505 en (verkort) *NIPR* 2006/265, Migratieweb: ve07000950.
2 Zie omtrent de afwijzing door het Hof van Beroep van Amsterdam 25 januari 2001 van de eerste poging van de man om van echt te scheiden, K. Boele-Woelki *Ars Aequi* Katern internationaal privaatrecht nr. 79.
3 HR 9 november 2001, *NIPR* 2002/2. Zie over deze uitspraak bv. ook al V. Van Den Eeckhout, noot bij HR 9 november 2001 en HR 13 juli 2001, *Nemesis* 2002, Katern. De procedure is sterk gelijklopend, zij het dat in de casus als voorliggend aan HR 9 november 2001 de vrouw zich kennelijk wel (enkel) op het formele standpunt stelde dat Marokkaans recht inhoudelijk strijdig is met de internationale openbare orde, terwijl hier – zoals blijkt uit de weergave door Boele-Woelki -, de vrouw van meet af aan argumentatie aandroeg inzake noodzaak tot erkenbaarheid van de echtscheiding in Marokko. Zie hierover meer in paragraaf 2.1.2.
4 Met al dan niet achterliggend aan dit argument de bekommernis het tweede huwelijk van de man als geldig te kunnen beschouwen – en hem zodoende ook de gelegenheid te geven de tweede vrouw naar Nederland over te laten komen. Zie hierover ook infra, voetnoot 39.
5 Hof Amsterdam 16 juni 2005, *NIPR* 2006/5.
6 Over de nieuwe regels naar Marokkaans internationaal privaatrecht inzake erkenbaarheid van in Nederland uitgesproken echtscheidingen, na wijziging van de Mudawwana, zie de weergave in uiteenzetting van het middel in de uitspraak van de Hoge Raad van 15 september 2006, vooral onder 1.1.5. Zie ook F.J.A. van der Velden, Het nieuwe Marokkaanse Wetboek van Familierecht; een schets, *NIPR* 2005, p. 4-10 (vooral p. 7-10) evenals S. Bouddount, 'Marokkaanse rechtspraktijk inzake de erkenning van in Nederland uitgesproken echtscheidingen', *Migrantenrecht* 2006, p. 362-365, Migratieweb: ve07000407.
7 Overigens worden doorheen de procedure de termen 'scheiden naar Marokkaans recht' soms op verwarrende wijze gebruikt. Zie bv. de weergave in de uitspraak onder 1.2.3.
8 Zie het betoog zoals ook weergegeven in HR 15 september 2006 onder nr. 1.1.5.
9 Cfr. de weergave bij Boele-woelki in *Ars Aequi*, Katern internationaal privaatrecht nr. 79.
10 Wel blijft onduidelijk of de vrouw in de éérste procedure ook eventueel bereid ware geweest tot een echtscheiding in Nederland met toepassing van Marokkaans recht. In het cassatiemiddel wordt (zie cassatiemiddel onder 1.1.1) , retroactief beschouwend, gesteld, 'Zij bepleit om die reden toepassing van het Marokkaanse recht en – op dat moment, vanwege oud recht – een echtscheiding in Marokko omdat een uitspraak van een buitenlandse rechter naar oud recht niet wordt erkend.'
11 Zie ook de weergave in de conclusie nr. 13: 'Die uitleg is niet onbegrijpelijk (...) en de vrouw op de genoemde plaatsen in haar beroepschrift naar 's hofs kennelijke en niet onbegrijpelijke uitleg slechts een toelichting heeft gegeven op haar bezwaar tegen de beslissing van de rechtbank om de echtscheiding tussen partijen naar Nederlands recht uit

het uitspreken van een echtscheiding in Nederland de man te veroordelen tot een verstoting van zijn vrouw in Marokko.[16] Het belang dat de vrouw zou hebben bij het bekomen van een echtscheiding naar Marokkaans recht werd ook al in menige Nederlandse echtscheidingsprocedure, al dan niet succesvol, op het moment zelf van het voeren van de Nederlandse echtscheidingsprocedure naar voren gebracht. Dit gebeurde soms op initiatief van de vrouw zelf, een enkele keer wees de man op dit belang van de vrouw[17]. Zo werd bijvoorbeeld al geprobeerd aandacht te verkrijgen voor dit belang in het kader van de beoordeling van de realiteitstoets,[18] van de beslissing over de toepasselijkheid van Marokkaans dan wel Nederlands recht,[19] van de beoordeling van de strijdigheid met internationale openbare orde van toepassing van Nederlands recht,[20] van de beoordeling van de 'duurzame ontwrichting van een huwelijk'.[21]

Voornoemde jurisprudentie speelde in een tijd waarin Marokkaans echtscheidingsrecht nog als in wezen strijdig met de Nederlandse internationale openbare orde werd beschouwd, én waarin Nederlandse echtscheidingen in Marokko nauwelijks kans leken te maken op erkenning in Marokko. De eerste reeks pogingen van de man tot het bekomen van echtscheiding in deze casus situeerden zich ook nog in die tijd. Maar tijdens de procedure bleek, zoals al gezegd, de situatie te wijzigen.Volgens het in cassatie bestreden Hof van beroep in deze casus, is door de invoering in de Mudwanna van de mogelijkheid, voor man en vrouw, een echtscheiding op grond van duurzame ontwrichting te bekomen, Marokkaans recht niet langer te beschouwen als strijdig met de internationale openbare orde, en op basis daarvan meent het Hof te kunnen overgaan tot het uitspreken van een echtscheiding op basis van Marokkaans recht.[22]

Met de wijziging van de Mudawwana zijn alleszins nieuwe perspectieven geopend inzake de mogelijkheid van toepassing van Marokkaans recht in Nederland. Tevens zijn nieuwe perspectieven geopend inzake de mogelijkheden tot bevorderen van internationale harmonie in beide richtingen.[23] Echter de bewuste echtscheiding als uitgesproken door het Hof maakt volgens de vrouw niet werkelijk kans op erkenning in Marokko, terwijl het Hof wel degelijk gelegenheid had een echtscheiding uit te spreken met toepassing van Marokkaans recht die vanuit Marokkaans perspectief bekeken als geldig zou zijn beschouwd. De vrouw gaat in cassatie, in essentie steunend op dit punt. De vrouw geeft in haar betoog eigenlijk aan miskend te zijn in haar belang een naar Marokkaans recht geldige echtscheiding te bekomen.

2.2 Argument van eiseres zoals behandeld in conclusie en uitspraak Hoge Raad

In de behandeling van het middel van de eiseres in cassatie raakt het inhoudelijk aspect van het betoog van de vrouw als het ware ondergesneeuwd onder procedurele aspecten. Procedureel gaat het hier, kort gezegd, en in de bewoordingen van conclusie, om de vraag of het Hof, bij de vaststelling en de toepassing van het Marokkaanse recht, zijn motiveringsplicht alsmede zijn plicht tot aanvulling van de rechtsgronden ex art. 25 Rv heeft geschonden. Voorts wordt de vraag aan de orde gesteld of 's hofs beschikking in strijd is met de openbare orde en een ontoelaatbare verrasingsbeslissing inhoudt.

In de conclusie van Strikwerda en in de uitspraak van de Hoge Raad zelf wordt een en ander afgedaan, met argumenten omtrent hetgeen in cassatie kan worden te berde gebracht, inzake het missen van feitelijke grondslag, inzake toetsingsmogelijkheden van toepassing van vreemd recht, inzake woord en wederwoord en motivering van rechterlijke uitspraken.

Opmerkelijk is dat de advocaat-generaal zich er bij dit alles niet over uitlaat of het argument van de vrouw inzake strijdigheid met de internationale openbare orde inhoudelijk überhaupt enige kans zou kunnen maken. De advocaat-generaal toont zich veeleer omzichtig. Hij betoogt in zijn conclusie:[24] 'Dit zo zijnde, kan de vraag of van strijd met de Nederlandse openbare orde in internationaal privaatrechtelijke zin sprake kan zijn, indien de Nederlandse rechter de echtscheiding uitspreekt tussen echtgenoten met een gemeenschappelijke nationaliteit, terwijl de uitspraak in het land van die gemeenschappelijke nationaliteit niet voor erkenning in aanmerking komt, in het midden blijven.' Zo wordt inhoudelijk niet werkelijk ingegaan op de vraag naar strijdigheid met de openbare orde in genoemde zin. De vraag wordt echter ook niet afgedaan als per definitie onzinnig.

In een vroegere procedure voor de Hoge Raad, resulterend in de uitspraak van 12 mei 2000[25] werd al eerder door een vrouw betoogd dat toepassing van Nederlands recht tegen de Nederlandse internationale openbare orde zou ingaan omdat een echtscheiding die op zodanige manier wordt uitgesproken in Marokko niet voor erkenning in aanmerking zou kunnen komen. De Hoge Raad oordeelde in die casus dat het middel faalde 'op de gronden uiteengezet in de conclusie van de advocaat-generaal'. Die advocaat-generaal blijkt eveneens Strikwerda te zijn. Welnu, in zijn conclusie bij deze zaak had Strikwerda als zijn mening te kennen gegeven dat – ik citeer '7. Ten aanzien van het subsidiaire verweer overwoog het Hof dat de stelling van de vrouw dat de man zal moeten aantonen dat partijen naar Marokkaans recht onherroepelijk gescheiden zijn voordat de Nederlandse rechter de echtscheiding uitspreekt, geen steun vindt in het recht en derhalve verworpen dient te worden', '11. Onderdeel 2 van het middel is gericht tegen de verwerping door het Hof van het subsidiaire verweer van de vrouw. Zie ik het goed, dan verwijt het onderdeel het Hof te hebben miskend dat het uitspreken van de echtscheiding naar Nederlands recht, zonder dat eerst naar Marokkaans recht een echtscheiding tot stand is gekomen, tot gevolg heeft dat de man de macht over de vrouw behoudt, zonder dat de vrouw daaraan een eind kan maken, hetgeen in strijd is met de Nederlandse openbare orde. 12. Ook dit onderdeel zal niet kunnen slagen. Naar haar aard kan de conflictenrechtelijke exceptie van de openbare orde slechts worden ingezet tegen de toepassing van vreemd recht, niet tegen de toepassing van Nederlands recht' en '(...) Nu het Hof – niet bestreden in cassatie – ervan is uitgegaan dat Nederlands recht van toepassing is op het verzoek tot echtscheiding en nu het Hof – tevergeefs bestreden in cassatie – heeft geoordeeld dat sprake is van duurzame ontwrichting van het huwelijk van partijen, heeft de man recht en belang bij toewijzing van zijn verzoek tot echtscheiding en stond het het Hof niet vrij dat verzoek af te wijzen op gronden die de wet niet kent.'

In zijn conclusie bij de uitspraak van de Hoge Raad van 15 september 2006 wordt de beantwoording van de vraag of (een welbepaalde) toepassing van vréémd recht door de Nederlandse rechter tegen de internationale openbare orde kan ingaan omwille van de door

eiser genoemde argumenten inzake internationale disharmonie, door de advocaat-generaal in het midden gelaten. En de Hoge Raad spreekt er zich zo mogelijk nog omzichtiger over uit.[26]

Het voorgaande doet de vraag rijzen wat, gesteld dat dit type argumentatie in de toekomst expliciet voor een feitenrechter naar voren zou worden gebracht, de handelwijze van die feitenrechter zou kunnen c.q. moeten zijn.[27] Stel dat de vrouw in casu voor de feitenrechter had aangevoerd dat onder vreemd recht een in Nederland met toepassing van Marokkaans recht uitgesproken echtscheiding niet of slechts onder respect van welbepaalde voorwaarden voor erkenning in aanmerking kan komen, hoe zou de feitenrechter dan moeten oordelen? Wat ook als de vrouw (bijkomend) zou bestrijden dat zij zelf zo nodig in het buitenland een echtscheiding kan verkrijgen? Zou dan het betoog van de vrouw waard zijn mee in overweging te nemen, en zo ja welke consequenties zou de rechter daaraan dan kunnen hechten? Zou denkbaar zijn dat de rechter de internationale openbare orde hanteert als veiligheidsklep tegen toepassing van vreemd recht, en wel in die zin dat als betoogd wordt dat toepassing van vreemd recht een situatie van internationale disharmonie zou opleveren toepassing van vreemd recht achterwege moet blijven c.q. vreemd recht op een welbepaalde manier moet worden toegepast c.q. een nog andere oplossing moet worden gezocht? Algemener gesteld: kan het argument dat iemand belang heeft bij de erkenbaarheid van de uitspraak in het buitenland uiteindelijk zelfs fungeren als richtsnoer voor de rechter bij het hanteren van regels van toepasselijk recht, of sterker nog, door de wetgever als richtsnoer worden gehanteerd bij het uitvaardigen van regels van toepasselijk recht? Hierna licht ik uit het betoog van eiseres een aantal van deze meer 'inhoudelijke' aspecten uit.

Ik stip hierbij nog wel even aan dat in de weergave van de feitenprocedure zoals die leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad mijns inziens een beetje wazig blijft in hoeverre de vrouw de man, middels haar betoog, gewoonweg wilde afhouden van een echtscheiding en 'vasthouden' in een huwelijk - bijvoorbeeld om te beletten dat de man zijn tweede vrouw naar Nederland zou kunnen halen?[28] -, dan wel principieel akkoord was het huwelijk te laten ontbinden, maar dan wel onder voorwaarden die voor haar niet nadelig zouden uitwerken, in het bijzonder op zodanige manier dat zij ook naar Marokkaans recht als gescheiden zou kunnen worden beschouwd.[29] Zo spreken partijen elkaar tegen omtrent de bereidheid die de vrouw zou hebben getoond in Marokko mee te werken aan een echtscheiding, nadat het Hof gelegenheid had geboden tot echtscheiding in Marokko. Maar wat daar in casu ook van zij, principieel rijst hier wel de vraag naar het gewicht van het argument van een echtgenoot dat in Nederland rekening moet worden gehouden met problemen inzake erkenbaarheid van die echtscheiding in het buitenland: mag of moet een dergelijk argument door de Nederlandse instanties in ogenschouw worden gehouden bij hantering - en à la limite zelfs uitvaardiging - van regels van toepasselijk recht, en zo ja onder welke voorwaarden?

3 Geabstraheerd van de casus, in nationaal perspectief. Enkele opmerkingen

3.1 Kan er sprake zijn van strijd met de Nederlandse internationale openbare orde?

Indien een Nederlandse rechter een echtscheiding uitspreekt tussen echtgenoten met een gemeenschappelijke vreemde nationaliteit, terwijl de uitspraak in het land van die gemeenschappelijke nationaliteit niet voor erkenning in aanmerking komt?

3.1.1 Nederlands en buitenlands ipr: Nederlandse regels van toepasselijk recht, buitenlandse regels van erkenning

Al bij al: in hoeverre moet een Nederlandse autoriteit (wetgever dan wel rechter) rekening houden met overwegingen inzake internationale harmonie in de zin van erkenbaarheid naar het buitenland toe, bij het uitzetten respectievelijk hanteren van regels van toepasselijk recht?

Op het eerste zicht kan deze vraagstelling ietwat bevreemdend voorkomen. Of een in Nederland tot stand gebrachte rechtsverhouding in het buitenland erkend zal worden, is immers in wezen een kwestie van vréémd ipr, in het bijzonder vreemd erkénningsrecht. Nederlands recht is logischerwijze niet bij machte de erkenbaarheid in het buitenland van rechtsverhoudingen te reguleren. Dat vreemde regels van erkenning en tenuitvoerlegging bepalen in hoeverre een in Nederland totstandgebrachte rechtsverhouding in dat land erkenbaar zal zijn, is inherent aan het principieel nationale karakter van het ipr, en het onderscheid dat in het ipr dient te worden gemaakt tussen ipr-deelvragen (vragen van rechtsmacht, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging).

Wél kan de vraag worden opgeworpen in hoeverre men zich vanuit Nederland moet *richten* op de erkenbaarheid in het buiten-

te spreken, terwijl haar belang meebrengt dat (eerst) in Marokko naar Marokkaans recht een echtscheiding tot stand wordt gebracht.'

12 Mogelijk ook ziet zij enkel complicaties in het laten van een *tijdspanne* tussen beide huwelijksontbindingen en wenst zij om die reden niet eerst mee te werken aan een huwelijksontbinding in Nederland.

13 In de uitspraak van de Hoge Raad wordt overwogen 'het Hof heeft in zijn tussenbeschikking, kennelijk in verband met de bezwaren van de vrouw tegen een echtscheiding naar Nederlands recht, de behandeling aangehouden opdat in Marokko een echtscheidingsprocedure zou kunnen worden gevoerd. Het Hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk uit de verdere gang van zaken na die tussenbeschikking het volgende afgeleid. Nadat de man aan het Hof had doen weten dat, kort gezegd, de noodzaak van een procedure in Marokko in verband met de inwerkingtreding van het nieuwe Marokkaanse familierecht niet langer bestond, en hij onverminderd belang had bij een echtscheiding (onder meer omdat hij zijn nieuwe partner naar Nederland wilde laten overkomen), heeft de vrouw (...)'. De vraag rijst wat hier bedoeld wordt met 'noodzaak van een procedure in Marokko': noodzaak van wie, waarvoor ...?

14 In Nederland uitgesproken echtscheidingen leken in het verleden sowieso niet – of slechts zeer moeilijk - voor erkenning in Marokko in aanmerking te komen: het creëren van een situatie van internationale harmonie, bij het uitspreken van een echtscheiding in Nederland, leek vandaar welhaast onvermijdelijk.

15 Zie al supra, voetnoot 3.

16 Zie bv. HR 10 november 1989, *NJ* 1999, 112.

17 Zie Hof 's Hertogenbosch 20 december 1996, *NIPR* 1997/75, waarbij de man betoogde – in het kader van de beoordeling van de realiteitstoets waarvan de vrouw voor haarzelf toepassing bepleitte – dat er volgens hem nog steeds sprake was van een maatschappelijke band van de vrouw met Marokko, omdat een naar Nederlands recht tussen partijen uitgesproken echtscheiding door de Marokkaanse autoriteiten niet wordt erkend, en de vrouw aldus, indien zij wenst te hertrouwen, naar Marokkaans recht, wederom echtscheiding dient te verzoeken. Het Hof stelde evenwel, onder meer, dat vaststaat dat de vrouw heeft verklaard niet meer naar Marokko te willen terugkeren anders dan voor vakantie, dat de stelling van de man daaraan niet afdoet, en 'Wat er zij van de niet-erkenning door de Marokkaanse autoriteiten van een dergelijk in Nederland ontbonden huwelijk en de vraag of uitsluitend deze ontbinding een grond zou kunnen vormen om nog een werkelijke band met Marokko te kunnen aannemen, stelt het Hof vast dat de vrouw ter zitting uitdrukkelijk heeft verklaard dat zij geen plannen heeft om te hertrouwen, zodat deze stelling van de man reeds daarom niet kan baten.'

18 Zie Hof 's Hertogenbosch 20 december 1996, *NIPR* 1997/75.

19 Hof Amsterdam 11 april 1996, *NIPR* 1997, nr. 189. Opmerkelijk is dat de vrouw in casu pleitte voor toepassing van Marokkaans recht, in een tijd waarin het nochtans onwaarschijnlijk leek dat een aldus bekomen echtscheiding in Marokko erkenbaar zou zijn.

land van in Nederland gecreëerde rechtsverhoudingen: in hoeverre moet men bereid zijn rechtsverhoudingen te creëren waarvan voorzienbaar is dat ze in het buitenland niet voor erkenning in aanmerking zullen komen – in hoeverre moet men dus bereid zijn 'problemen' op het vlak van internationale disharmonie te creëren -, of in hoeverre moet zoveel als mogelijk gepoogd worden te vermijden dat rechtsverhoudingen worden gecreëerd die niet op internationale erkenning zullen kunnen rekenen.

3.1.2 De Nederlandse wetgever en uitvaardiging van regels van toepasselijk recht

Welnu, als we het hebben over de houding van de Nederlandse *wetgever*, dan kan kort op het volgende worden gewezen: dikwijls heeft de Nederlandse wetgever zelf, bij uitvaardiging van regels van toepasselijk recht, al een welbepaalde afweging gemaakt tussen de betrachting een situatie van internationale harmonie te bewerkstelligen enerzijds en andere betrachtingen anderzijds. Soms wordt bewust op de koop toe genomen dat een situatie van internationale disharmonie wordt gecreëerd. Favor-matrimonii, favor-divortii bewegingen enzovoort kunnen er dan (mede) aan ten grondslag liggen dat bijvoorbeeld gekozen wordt voor een liberaal conflictenrecht, ook al beseft men dat menig buitenlands recht stringenter is en de in Nederland bewerkstelligde rechtsverhouding in het buitenland niet erkend zal worden – zie bijvoorbeeld de Nederlandse regels van toepasselijk recht inzake homohuwelijken, waarbij in het nationale recht van betrokkenen opgenomen verboden terzijde kunnen worden gesteld, in het volle besef dat men in het buitenland kan weigeren dergelijke huwelijken te erkennen. Zo ook zijn de Nederlandse verwijzingregels inzake echtscheiding liberaal en brengen zij, daar waar bijvoorbeeld partijen van buitenlandse nationaliteit mogen afstappen van hun nationale recht en toegang krijgen tot Nederlands (liberaal) echtscheidingsrecht, soms teweeg dat een hinkende rechtsverhouding ontstaat. Dergelijke regeling terug in vraag stellen onder het motto dat de aldus tot stand gebrachte rechtsverhouding in het buitenland niet erkenbaar is, zou uiteraard de aanspraken van betrokkenen in Nederland ernstig terug kunnen schroeven. Zowel buitenlandse vrouwen als mannen zouden daarvan het slachtoffer kunnen zijn.

Soms ook wordt door de wetgever vastgehouden aan de aanknoping aan de nationaliteit van personen, mogelijk vanuit bekommernis om internationale harmonie.[30] Stellen we de vraag naar de achterliggende bekommernissen bij hantering van het nationaliteitsbeginsel, dan worden we teruggeworpen op de vraag naar de ratio achter de nationaliteitsaanknoping in familierechtelijke verhoudingen – een vraag waarop de antwoorden kunnen variëren. Want zo zou het toepasselijk verklaren van nationaal recht ook wel eens (mede) gebaseerd kunnen zijn op andere overwegingen dan overwegingen inzake internationale harmonie, bijvoorbeeld op overwegingen inzake respect voor de (rechts)cultuur van vreemde staten c.q. personen.[31] Maar wat hier ook van zij: *ook* daar waar mogelijk sprake is van een principieel nobel en eerbiedwaardig streven tot bevordering van de erkenbaarheid en dit tot uiting komt in de uitvaardiging van ipr-regels die aanknopen aan de nationaliteit van de personen, wordt door de Nederlandse wetgever niét vereist na te gaan in hoeverre die doelstelling ook daadwerkelijk geconcretiseerd wordt. Waar de wetgever (nog wél) nationaal recht toegepast wil zien, wordt dus door de wetgever geen garantie gevraagd dat toepassing van nationaal recht daadwerkelijk zal resulteren in een situatie van harmonie. Daar waar overeenkomstig een wettelijke ipr-bepaling nationaal recht toepassing krijgt – bijvoorbeeld bij toepassing van artikel 1 lid 1 onder a WCE, of nog, bij toepassing van artikel 1 lid 2 tweede zinsnede WCE (in het laatste geval op verzoek van partijen) - geldt als wettelijke voorwaarde voor toepassing van nationaal recht immers niét dat men verzekerd zou moeten zijn van internationale harmonie, ook al is het toepasselijk verklaren van nationaal recht allicht (mede) gebaseerd op bekommernissen om de internationale harmonie en het pogen vermijden van hinkende rechtsverhoudingen.

Stel nu dat we er van uit gaan dat de basisbetrachting van een bepaalde wettelijke regeling[32] is (mede) de internationale harmonie te bevorderen, maar dat vervolgens in een specifiek geval blijkt dat de principiële doelstelling tot het bekomen van internationale harmonie niét bewaarheid wordt. Dan dreigt de wettelijke regeling die toepassing van vreemd recht toelaat of voorschrijft, te verworden tot een loos gebaar richting buitenland c.q. de betrokkenen. Kan dan toch nog gelegenheid worden geboden tot 'correctie' en afstappen van de normaal toe te passen nationale wet, en zo ja welke conclusies en consequenties kan dit dan hebben voor het vervolg van de procedure, zo rijst de vraag?

3.1.3 De Nederlandse rechter en hantering van regels van toepasselijk recht – aanwending van de exceptie van internationale openbare orde

Kan worden betoogd dat als de Nederlandse wétgever weliswaar niet de voorwaarde stelt dat toepassing van nationaal recht in concreto ook moet resulteren in een situatie van erkenbaarheid van die rechtsverhouding in het buitenland, argumenten hieromtrent wel nog aan de orde kunnen worden gesteld bij de Nederlandse *rechter*?[33] Kan de rechter zich door overwegingen hieromtrent laten leiden bij het invullen van marges die hem worden gelaten? Het gaat dan om marges in de beslissing het ene of het andere recht toepasselijk te verklaren, met name bij het beantwoorden van de vraag of daadwerkelijk vreemd recht zal worden toegepast, bijvoorbeeld bij het invullen van de realiteitstoets,[34] of – vraag die hierna centraal staat – eens vreemd recht als toepasselijk recht is aangewezen, bij het hanteren van de exceptie van internationale openbare orde.[35]

Vooraleer tot de specifieke vraag naar hantering van de exceptie als voorliggend aan de Hoge Raad in te gaan, breng ik eerst nog even het volgende in herinnering: de exceptie van internationale openbare orde wordt gewoonlijk begrepen als zou zij in te roepen zijn indien toepassing van vreemd materieel recht botst met Nederlandse waarden. De overwegingen omtrent de exceptie in de conclusie bij de uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2001[36] sluiten hierbij aan, met name daar waar in die conclusie werd overwogen: '(aldus beschouwd) treedt de regel of de regeling van de lex fori niet in de plaats van de gediskwalificeerde regel of regeling van buitenlands recht, maar behoudt haar toepasselijkheid aangezien de in de verwijzingsregel tot uitdrukking gebrachte bereidheid om het eigen recht plaats te laten maken voor buitenlands recht, haar grenzen mag en moet vinden, daar waar het door de verwijzingsregel als toepasselijk aangewezen rechtstreeks in strijd komt met fundamentele beginselen en waarden van onze rechtsorde'. Bij het inroepen van de exceptie wordt overigens vaak reke-

ning gehouden met de ernst van de gevolgen van toepassing van vreemd recht: volgens de functionele benadering van de exceptie van internationale openbare orde dient de rechter een evaluatie te maken die rekening houdt, zowel met de ernst van het effect dat het vreemd recht in de interne rechtsorde zou teweegbrengen, als met de relatieve intensiteit van de binding met de rechtsorde.

Is het nu ook legitiem de exceptie van internationale openbare orde in te roepen op de manier zoals ingeroepen voor de Hoge Raad in de procedure die leidde tot de uitspraak van 15 september 2006? In de klacht luidt het dat *de uitspraak van het Hof rechtens onjuist is omdat die, wat rechtsgevolgen voor de vrouw betreft, de facto in strijd is met de Nederlandse openbare orde en de openbare orde in het internationaal privaatrecht.* 'Die uitspraak zal immers door de Marokkaanse rechter niet worden erkend, hetgeen de facto ook in Nederland hertrouwen blokkeert en uitvoering c.q. executie in goederenrechtelijke - en financiële zin onmogelijk maakt', aldus nog de klacht als weergegeven door de Hoge Raad.[37]

Zo wordt bepleit de exceptie van internationale openbare orde op wel zeer vergaande wijze op te rekken: in voorliggend geval lijkt het niét te gaan om een botsing van vreemd materieel recht met Nederlandse waarden, veeleer van vreemd *internationaal privaatrecht* - het punt dat Marokko de Nederlandse echtscheiding niet zal willen erkennen en dat de Nederlandse rechter de vrouw in een zodanige situatie heeft gewrongen. En de *gevolgen* van toepassing van buitenlands recht doen zich slechts op zeer 'indirecte' en 'feitelijke' wijze in Nederland voor: de juridische gevolgen van het bekomen van een Nederlandse echtscheiding, met toepassing van Marokkaanse recht, maar op zodanige manier dat die niet voor erkenning in Marokko in aanmerking komt, situeren zich uiteraard in Marokko,[38] maar eiseres betoogt dat zij daardoor *de facto* ook negatieve gevolgen ondervindt in Nederland, met name doordat, aldus het onder 1.2.2 weergegeven pleidooi van eiseres, 'Het gevolg van het niet-voldoen aan de marsroute van de Mudawwana 2004 is dan ook de facto dat de vrouw niet opnieuw zal kunnen huwen. Ook al zou zij dat in Nederland doen, dan zou zij naar Marokkaanse maatstaven een bigamist zijn en dus strafbaar zijn. Zij heeft dan de keus om niet te hertrouwen, hetzij nooit meer voet op Marokkaanse bodem te zetten. Ook blijft het de man altijd mogelijk om in Marokko invloed over haar uit te oefenen zolang zij voor de Marokkaanse wet getrouwd blijft. Al deze situaties zijn onwenselijk en in strijd met de Nederlandse en internationale openbare orde.'
Eiseres betrekt bij dit alles de Nederlandse waarde van gelijkheid der seksen, eveneens op dergelijke vergerekte manier: de gevolgen van de Nederlandse echtscheiding zouden uiteindelijk botsen met het streefdoel van gelijkheid der seksen. Ook hier gaat het er in het betoog niet om dat Marokkaans materieel recht als zodanig tegen Nederlandse waarden zou indruisen, maar wel om de gevolgen van toepassing van Marokkaans recht in Nederland op een manier dat deze echtscheiding niet erkenbaar is in Marokko: zeker is het zo dat vanuit Nederlands ipr-perspectief bekeken zowel man als vrouw na de in Nederland uitgesproken echtscheiding beide de mogelijkheid krijgen te hertrouwen;[39] maar, nu de vrouw vanuit Marokkaans ipr-perspectief nog steeds als gehuwd zou blijven worden beschouwd, zou zij naar Marokkaans recht geen mogelijkheid tot hertrouwen hebben - de man vond ook al in de periode voor de Nederlandse echtscheiding in Marokkaans recht geen beletsel tot hertrouwen, gezien de mogelijkheid voor hem naar Marokkaans recht een polygaam huwelijk te sluiten. Welnu, 'Aldus heeft de man naar het recht van beide stelsels het door hem beoogde rechtsgevolg terwijl de rechtsgevolgen voor de vrouw naar Marokkaans recht haar er ook buiten Marokko van weerhouden om opnieuw te (kunnen) huwen en zij voor de financiële gevolgen in het land waar de huwelijkse bezittingen zich bevinden geen voor executie vatbare titel kan krijgen', aldus de eiseres.[40]

Zo worden door de eiseres de elementen 'internationale harmonie', 'exceptie van internationale openbare orde' en 'gelijkheid der seksen' op wel heel bijzondere manier met elkaar verknoopt. Mag c.q. moet een Nederlandse rechter vanuit de bekommernis om internationale harmonie en gelijkheid der seksen inderdaad zo ver gaan een dergelijk betoog van een Marokkaanse vrouw te honoreren, zo rijst de vraag? Houdt het gegeven dat naar Néderlands recht man en vrouw gelijke rechten dienen te hebben, ook in dat de Nederlandse rechter er zich tevens van moet vergewissen dat door de werking van vreemde ipr-regels geen - eventueel louter feitelijke - situaties ontstaan waarbij de vrouw in een nadeliger positie dan de man komt te staan? Reikt het gelijkheidsbeginsel in het ipr zo ver? Beantwoordt men deze vraag positief, dan zou dit impliceren dat men zich er in Nederland van moet vergewissen dat voor partijen niet alleen in Néderland, vanuit Nederlands ipr-perspectief bekeken, voor man en vrouw gelijke rechten gelden, maar dat men zich er ook moet van verzekeren dat de werking van vreemd recht, daarin begrepen vreemd

20 HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 452. Zie hierover nog uitgebreider infra, onder 2.2 en in voetnoot 58.

21 Hof 's Gravenhage 5 juli 2000, *NIPR* 2001, nr. 244. Het Hof overwoog onder meer 'Op grond van het voorgaande is het Hof van oordeel dat de duurzame ontwrichting van het huwelijk feitelijk vaststaat. Het Nederlandse recht laat de rechter geen ruimte, de beoordeling van de vraag of sprake is van duurzame ontwrichting anders dan op grond van objectief te constateren feiten te toetsen. De grief van de vrouw, dat haar belangen worden geschaad doordat het huwelijk naar Marokkaans recht formeel in stand zal blijven door de weigering van de man mee te werken aan een echtscheiding naar Marokkaans recht en dat op grond daarvan geen duurzame ontwrichting kan worden aangenomen, kan derhalve niet tot een ander oordeel leiden.'

22 Zie ook Rb. Alkmaar 26 januari 2006, *NIPR* 2006, 106, waarbij eveneens met toepassing van (nieuw) Marokkaans recht echtscheiding wordt uitgesproken.

23 Cfr. ook supra, voetnoot 6, wat betreft de wijziging inzake Marokkaanse regels van erkenning.

24 Zie nr. 17, samen te lezen met nr. 16.

25 Hr 12 mei 2000, *NJ* 2000, 452.

26 De Hoge Raad gaat over tot een 'gezamenlijke' behandeling van onderdelen van het middel, namelijk de 'rest' van het eerste en vervolgens het tweede onderdeel van het middel - de klacht dat het Hof heeft miskend dat het als feitenrechter gehouden is 'ook op het gebied van buitenlands recht de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen, hetgeen het Hof ten onrechte zou hebben nagelaten. Zie de overwegingen hieromtrent in de uitspraak.

27 Cfr. de uitspraak onder 3.5.2 en 3.6.2, waar bijvoorbeeld sprake is van 'steekhoudende bezwaren' – steekhoudende bezwaren op het vlak van bezwaren tegen Marokkaans echtscheidingsrecht/op het vlak van bezwaren inzake de niet-erkenbaarheid in Marokko/..., zo rijst de vraag !?

28 Het Hof van Beroep van Amsterdam geeft in haar eindbeschikking van 16 juni 2005 weer: 'De man heeft ter zitting verklaard inmiddels met een tweede vrouw in het huwelijk te zijn getreden en dat hij zijn nieuwe vrouw naar Nederland wil laten overkomen, doch dat dit, gelet op het huwelijk met de vrouw, niet mogelijk is.'

29 Zoals ook in eerste procedure onduidelijk was (zoals ik al aangaf in noot 10) of de vrouw eventueel wel akkoord ware gegaan met echtscheiding naar Marokkaans recht (in verweer tegen toepassing Nederlands recht). Op dat ogenblik leek de vrouw toe te sturen op het toepasselijk verklaren van Marokkaans recht – waarvan echter verwacht kon worden dat het als strijdig met de internationale openbare orde zou worden verklaard, hetgeen de man in de bekende 'patsituatie' zoals ook voorliggend aan HR 9 november 2001 zou hebben gebracht.

30 Voor een recent pleidooi tot (meer) internationale beslissingsharmonie in het internationaal privaatrecht, zie A.P.M.J. Vonken, 'De internationale beslissingsharmonie nader beschouwd. Een bespiegeling over hinkende rechtsverhoudingen, law shopping en inschikkelijkheid jegens buitenlands recht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2006, p. 1-111.

ipr, niet meebrengt dat voor man en vrouw in Nederland een feitelijk verschillende situatie ontstaat.

Het positief beantwoorden van de vraag doet tevens een reeks andere vragen rijzen, met name naar de in zodanig geval te volgen handelwijze: gaat het er in een geval als voorliggend dan louter om Marokkaans recht toe te passen op een manier die wél de erkenbaarheid bevordert? Allicht is dit in een casus als voorlag aan de Hoge Raad de meest voor de hand liggende handelwijze. Maar wat in andere constellaties, in confrontatie met andere rechtsstelsels, met name in confrontatie met rechtsstelsels die onder geen beding - of enkel onder voorwaarden die in Nederland niet kunnen worden vervuld - willen overgaan tot erkenning? Moet de rechter zich desgevallend afhouden van toepassing van vreemd recht als er in confrontatie met een bepaald rechtsstelsel hoedanook geen garantie is dat toepassing van dat recht leidt tot erkenbaarheid van de rechtsverhouding in het buitenland?[41] De vraag rijst bovendien wat in zodanige situatie dan wel de verdere handelwijze van de rechter zou moeten zijn? Als het idee zou zijn dat de Nederlandse rechter zoveel als mogelijk moet proberen te bevorderen dat een situatie van internationale harmonie ontstaat, en geen ongelijkheid tussen partijen ontstaat, maar tegelijk blijkt dat de Nederlandse rechter zelf überhaupt geen echtscheiding kan uitspreken die in het buitenland voor erkenning vatbaar zal zijn en die gelijkheid zal realiseren, moet de rechter dan mogelijk zelfs zo ver gaan zich van de zaak af te houden - eventueel nog wel gecombineerd met het 'doorsturen' van partijen naar het buitenland?

Verder, onder 3.2, werk ik deze vraagstellingen iets nader uit. Maar hier moge eerst nog worden aangestipt dat het opmerkelijk is dat de vrouw dit pleidooi in Nederland houdt tegen de achtergrond van een materie waarin uiteindelijk in Néderland een aantal Marokkaanse mànnen een zwakke rechtspositie bleken te bezitten in vergelijking met hun Marokkaanse vrouwen - zie met name ook de casus zoals destijds voorlag aan de Hoge Raad 9 november 2001.[42] Nog opmerkelijker is dat eiseres die uitspraak van de Hoge Raad - waarbij uiteindelijk tegemoet werd gekomen aan de noodkreet van een Marokkaanse man door hem te verlossen uit de patsituatie van onmogelijkheid, in Nederland, van echtscheiding - betrekt in het eigen pleidooi. Eiseres zelf zet het probleem van de Marokkaanse man in de casus van de Hoge Raad van 9 november 2001 min of meer op gelijke voet met haar probleem - minstens probeert ze beide problemen aan elkaar te koppelen -, waar zij betoogt: 'Waar in het arrest HR 9 november 2001 (...) het onaanvaardbaar is dat noch naar Nederlands recht, noch naar Marokkaans recht de echtscheiding kan worden uitgesproken, zo is het in onderhavige zaak naar maatstaven van de Nederlandse openbare orde onaanvaardbaar dat de Nederlandse rechter een beschikking wijst die naar het land van de nationaliteit van één van beide partijen (de vrouw) tot gevolg heeft dat die vrouw nog gehuwd is, zij niet andermaal kan huwen en ook geen rechten uit de echtscheiding in financiële zin geldend kan maken, terwijl de man naar het recht van dat land er meerdere echtgenotes tegelijk op na mag houden zonder dat dit enige consequentie heeft'[43] en 'Niet alleen kan het beginsel van de openbare orde 'als veiligheidsklep' (...) in geval de toepasselijkheid van een rechtsstelsel waarvan de gevolgen in strijd met de Nederlandse openbare orde moeten worden geacht (...) meebrengen dat de rechter zelf in deze lacune moet voorzien. Het omgekeerde geldt ook. Indien buitenlands recht wordt toegepast dient dat op een zodanige manier te gebeuren dat de rechter zich ervan vergewist dat de uitwerking van die toepassing niet de facto in strijd moet worden geacht met diezelfde Nederlandse openbare orde. Anders gezegd, wanneer het Hof Marokkaans familierecht toepast dient zij dat op een zodanige wijze te doen dat een dergelijke, door de Nederlandse rechter gewezen uitspraak door de Marokkaanse rechter ook zal worden erkend en na erkenning aldus in Marokko kunnen worden geëxecuteerd'.[44]

De patsituatie zoals blijkend in de uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2001, om voor de man een echtscheiding naar Néderlands recht te bekomen - en zodoende een nieuw huwelijk te sluiten/een tweede huwelijk als geldig te laten beschouwen -, wordt zodoende min of meer op gelijke voet gesteld met de patsituatie van de vrouw die naar Màrokkaans recht zou zijn gecreëerd. De onaanvaardbaarheid van de onmogelijkheid voor de man om in Nederland een echtscheiding te bekomen, die de Hoge Raad aan de kaak stelde en waaraan de Hoge Raad heeft geremedieerd, wordt vergeleken met de onmogelijkheid voor de vrouw om naar vreemd recht te hertrouwen. Nochtans zou het honoreren van het betoog van de vrouw ook kunnen worden gezien als een kritiek op de uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2001: de uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2001 - het bieden van een echtscheidingsmogelijkheid in Nederland aan de Marokkaanse man - leidde er destijds immers toe dat principieel de mogelijkheid werd geboden tot het doen ontstaan van een situatie van internationale disharmonie, waarbij de man mogelijk wél zou kunnen hertrouwen en de vrouw niet: een in Nederland uitgesproken echtscheiding kwam in die periode allicht nog veel moeilijker dan nu voor erkenning in Marokko in aanmerking. Of moet de uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2001 zuiver gesitueerd worden in de context van het toenmàlige Marokkaanse echtscheidingsrecht, waarbij in Nederland uitgesproken echtscheidingen toch nauwelijks voor erkenning in Marokko leken te komen? Maar, zo rijst toch nog steeds achteraf de vraag, had de Hoge Raad in die casus mogelijk toch anders gereageerd indien de vrouw in die procedure uitdrukkelijk had aangegeven belang te hebben bij een echtscheiding 'naar Marokkaans recht'? Of nog: moet aandacht worden gegeven aan het aspect van internationale harmonie, maar alleen als (één der) partijen hier uitdrukkelijk gewag van maakt, en mag het aspect genegeerd worden als blijkt dat het belang in een gegeven casus niét speelt?[45]

Had de vrouw in de casus als voorliggend aan de Hoge Raad van 9 november 2001 wel 'steekhoudende bezwaren' en 'kenbare belangen'[46] naar voren gebracht, hoe had de rechter dan geoordeeld? Welnu, in die tijd was het sowieso zeer moeilijk Marokkaans recht toe te passen op een manier dat de echtscheiding erkenbaar zou zijn in Marokko. Ware de man dan in die hypothese, waarbij de vrouw zou hebben gehamerd op haar belang naar Marokkaans recht van echt gescheiden te worden, mogelijk géén uitweg uit zijn patsituatie geboden, althans niet door het aanbieden van een echtscheiding met toepassing van Nederlands recht?

Zo beschouwd zou het, als men een dergelijke conclusie zou trekken, denkbaar worden dat, daar waar destijds het argument van strijdigheid met de openbare orde van Marokkaans echtscheidingsrecht door Marokkaanse vrouwen werd gehanteerd als wapen in de strijd, nu

een nieuw argument-wapen in de strijd opduikt waarmee à la limite buitenlandse mannen van echtscheiding in Nederland kunnen worden weerhouden, met name het argument van de 'internationale harmonie'. Het type pleidooi van de vrouw tot inroepen van de exceptie van internationale openbare orde en bekommernis daaromtrent zou er à la limite, in een bepaalde visie, toe kunnen leiden buitenlandse mannen toch weer in de patsituatie te brengen dat zij in Nederland verstoken blijven van de mogelijkheid een echtscheiding te bekomen, zo zal ik hierna aangeven. Ik zal deze visie plaatsen naast andere mogelijke visies op de te volgen handelwijze indien men oog heeft voor het type betoog van de vrouw.

3.2 Consequenties voor de rechter bij navolging van het betoog van eiseres?

Stel dat de rechter zou meegaan in een betoog als dat van de vrouw voor de Hoge Raad in de uitspraak van 15 september 2006. Had het Hof dan, als eerste optie, eenvoudigweg Marokkaans recht 'goéd' moeten toepassen?

De advocaat van eiseres zelf betoogde omtrent de te hanteren handelwijze: 'Deze rechtsgevolgen en ongelijkheid kunnen in dit geval slechts worden voorkomen, hetzij door een echtscheidingsprocedure in Marokko, waartoe de man nota bene meer dan een jaar door het Hof bij tussenbeschikking van 15 januari 2004 in de gelegenheid is gesteld, hetzij door middel van een zodanige toepassing van het Hof van het Marokkaanse familierecht, dat de Marokkaanse rechter die beschikking als geldig erkent.'

Een dergelijke handelwijze lijkt in casu voor de hand te liggen. Maar de vraag rijst ook naar de te hanteren handelwijze in confrontatie met rechtsstelsels waarbij het überhaupt niet mogelijk is door toepassing van vreemd recht erkenbaarheid te bewerkstelligen. Ik ga hierna kort op enkele 'alternatieven' in, en stip bij elk ervan een paar aandachtspunten c.q. mogelijke bezwaren aan.

3.2.1 'Juiste' toepassing van vreemd recht

Wat betreft de eerste optie, kan de vraag rijzen of de 'juiste' toepassing van Marokkaans recht, in die zin dat Marokkaans recht wordt toegepast op een manier die de erkenbaarheid van de echtscheiding in Marokko ten goede komt,[47] louter kan worden voorgesteld als een welhaast procedurele kwestie van nagaan van de juiste inhoud en van correcte toepassing van vreemd recht. Ik verwijs in dit kader naar de manier waarop in de overwegingen van de Hoge Raad hierover wordt gesproken, en hoe de kwestie van strijdigheid met de internationale openbare orde in het arrest zelfs gezamenlijk wordt behandeld met de klacht dat het Hof ambtshalve had moeten onderzoeken of het de marsroute van de Mudawwana 2004 zodanig heeft nageleefd dat de uitspraak van het Hof wordt erkend door de Marokkaanse rechter.[48]

Maar wat als het type argumentatie zou opduiken in confrontatie met een rechtsstelsel dat überhaupt geen mogelijkheid voorziet tot erkenbaarheid van in Nederland uitgesproken echtscheidingen? Of nog, wat als het type argumentatie opduikt indien - zoals de advocaat van eiseres betoogde - de situatie zich daadwerkelijk voordoet dat sprake is van de 'begrenzing' waar de advocaat op alludeert. De advocaat stelt immers 'De vrouw is dan ook van mening dat de Nederlandse rechter in beginsel gehouden is indien er voor die rechter duidelijk kenbare belangen in het spel zijn, die processuele vormen en regels zo nauwkeurig mogelijk in acht te nemen, zodat aldus de kans op erkenning in het land wiens recht de Nederlandse rechter moet toepassen. Deze verplichting vindt, in de visie van de vrouw haar begrenzing in situaties waarin de door de wet gestelde eisen en vormen in redelijkheid en billijkheid van de Nederlandse rechter niet kunnen worden verlangd.[49] Hebben we te maken met zo'n geval van 'begrenzing', dan zou het dus kennelijk, volgens de advocaat, zo kunnen zijn dat de Nederlandse rechter vreemd recht überhaupt niet wil c.q. kan toepassen op een manier dat de echtscheiding in het buitenland erkenbaar wordt. Moet, als al niet in confrontatie met het huidige Marokkaanse recht, dan toch in dergelijke situaties toepassing van vreemd recht gediskwalificeerd worden omdat het effect van erkenbaarheid in het buitenland toch niet kan worden bereikt en dus te beschouwen is als een loos gebaar? Moet de Nederlandse rechter zich dan ook enkel openstellen - middels bereidheid tot toepassing van vreemd recht - voor die rechtsstelsels in verhouding waarmee het 'de moeite loont' vreemd recht toe te passen, omdat die rechtsstelsels ook daadwerkelijk de mogelijkheid en bereidheid in zich dragen tot erkenbaarheid van in Nederland tot stand gekomen echtscheidingen? De vraag rijst dan wel hoe de Nederlandse rechter dan vervolgens zou moeten handelen. Dit brengt ons tot een tweede optie - de optie zich af te houden van toepassing van vreemd recht.

3.2.2 Geen toepassing van vreemd recht

Welnu, gaat de rechter, in aansluiting op het betoog van een partij dat (een welbepaalde) toepassing van vreemd recht niet kan leiden tot een in het buitenland erkenbare rechtsverhouding terwijl er belang bestaat

31 Zie hierover bv. V. Van Den Eeckhout, 'De wisselwerking tussen materieel recht en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?', *Rechtskundig Weekblad* 1999-2000, p. 1249-1265.

32 De problematiek kan ook betrokken worden op situaties waarbij vreemd recht wordt toegepast op basis van een andere aanknopingsfactor dan nationaliteit.

33 Spreken we over confrontatie van Nederlandse rechters met overwegingen inzake internationale harmonie, dan zal in eerste instantie gedacht worden aan overwegingen van rechters daaromtrent in procedures inzake erkenning van buiten Nederland tot stand gebrachte rechtsverhoudingen, waar met name regels van erkenning moeten worden gehanteerd: daar vooral is gekend dat de rechter te maken krijgt met de tweespalt (het spagaat) of men er toe zal overgaan een in het buitenland tot stand gebrachte akte of rechtsverhouding te weigeren te erkennen, met als resultaat een situatie van disharmonie, dan wel te erkennen. Maar hier rijst de vraag naar het gewicht van overwegingen inzake internationale harmonie in het kader van hantering van regels van toepasselijk recht, in het bijzonder in het kader van de hantering van de exceptie van internationale openbare orde.

34 Zie hierover ook al de supra, onder 2.1.3, vermelde rechtspraak.

35 Terzijde herinner ik er nog even aan dat in een eerdere procedure al de kwestie aan de orde was of het argument van internationale harmonie als exceptie tegen toepassing van Nederlands recht kan worden opgeworpen, zie HR 15 mei 2000, waar ik het hoger al over had (supra, ondere 2.2).

36 Zie al supra, voetnoot 3.

37 Onder 1.2.

38 Vanuit Nederlands perspectief zal de vrouw na de Nederlandse echtscheiding uiteraard als gescheiden worden beschouwd, en vervolgens de mogelijkheid krijgen opnieuw te trouwen. Juridische gevolgen van toepassing van Marokkaans recht op de echtscheiding in Nederland situeren zich in Nederland allicht enkel, mogelijk, op het vlak van het toepasselijk recht op alimentatie.

39 In casu was de man voordien al hertrouwd in Marokko, in welk geval de vraag rijst naar de erkenbaarheid van dit huwelijk na ontbinding van het eerder gesloten huwelijk. Zie hieromtrent artikel 11 lid 2 Haags Huwelijksverdrag.

40 Zie de uitspraak onder 1.2.4. Het betoog vervolgt: 'Deze rechtsgevolgen en ongelijkheid kunnen in dit geval slechts worden voorkomen, hetzij door een echtscheidingsprocedure in Marokko, waartoe de man nota bene meer dan een jaar door het Hof bij tussenbeschikking van 15 januari 2004 in de gelegenheid is gesteld, hetzij door middel van een zodanige toepassing van het Hof van het Marokkaanse familierecht, dat de Marokkaanse rechter die beschikking als geldig erkent.'

41 Zo ja, dan zou dit allicht resulteren in het hanteren van een verschillende omgang met regels van toepasselijk recht naar gelang van de 'nationaliteit' van partijen: (mogelijkheid van) toepassing van vreemd recht in confrontatie met die rechtsstelsels die erkenning willen geven aan een Nederlandse echtscheiding indien hun recht is toegepast, afwijzing van (de mogelijkheid van) toepassing van vreemd recht in confrontatie met andere rechtsstel-

om in het buitenland ook als gescheiden te kunnen worden beschouwd, over tot diskwalificatie en uitschakeling van toepassing van vreemd recht, dan lijken op het eerste zicht twee handelwijzen denkbaar. Vooreerst zou de rechter kunnen redeneren dat het in zodanig geval voor de hand ligt terug te vallen op toepassing van Nederlands recht. Een andere handelwijze zou er, hypothetisch, uit kunnen bestaan dat de rechter zich à la limite 'afhoudt' van de zaak, of nog, het echtscheidingsverzoek inhoudelijk afwijst.

3.2.2.1 Toepassing van Nederlands recht

Toepassing van Nederlands recht lijkt als mogelijke handelwijze min of meer aan te sluiten bij de redeneertrant van de Hoge Raad in 9 november 2001, waarbij eveneens, na diskwalificatie van vreemd recht, de aldus ontstane 'lacune' opgevuld werd door Nederlands recht.[50]

Partijen zijn dan naar Nederlands recht gescheiden, de vrouw kan in Nederland hertrouwen etc. Is dit de oplossing van het 'minste kwaad'? Want, partijen zijn dan wel naar Nederlands ipr gescheiden en in de mogelijkheid te hertrouwen, maar 'het kwaad' geschiedt: onderkend moet worden dat op deze manier natuurlijk helemaal niet wordt tegemoet gekomen aan het belang een in het buitenland erkenbare echtscheiding te verkrijgen. Een echtscheiding uitgesproken met toepassing van Nederlands recht zal in de genoemde omstandigheden allicht nog veel minder kans maken tot erkenning in het land van herkomst van partijen dan een echtscheiding uitgesproken met toepassing van vreemd recht.

Volgt men de stelling van de Hoge Raad in de hogervermelde[51] uitspraak van 12 mei 2000, dan zou tegen toepassing van Nederlands echtscheidingsrecht alleszins niét het argument kunnen worden aangehaald dat toepassing van Nederlands echtscheidingsrecht botst met de internationale openbare orde omdat dergelijke echtscheiding in het buitenland niet erkenbaar is. Denkbaar is misschien nog wel dat een partij zou proberen een soort 'onaanvaardbaarheidsexceptie' tegen toepassing van Nederlands recht in te roepen zoals gehonoreerd werd in de zaak Chelouche-van Leer, in een casus betreffende huwelijksgoederenrecht;[52] maar honorering van een dergelijke exceptie in deze situatie lijkt toch allesbehalve evident, zeker ook nu in de procedure Chelouche-van Leer voor hantering van de exceptie een ander type argumenten werd ingeroepen dan problemen op het vlak van internationale harmonie.

Dat een rechter vermàg af te stappen van toepassing van vreemd recht, ook al is duidelijk dat een rechtsverhouding zal worden gecreëerd die op geen erkenning in het buitenland zal kunnen rekenen, werd overigens expliciet onderkend in een uitspraak van het Duitse Grondwettelijk Hof van 4 mei 1971.[53] Partijen werden toegelaten in Duitsland in het huwelijk te treden, ook al hield het normaal toepasselijk Spaans recht een huwelijksverbod in. Wel moet bij vermelding van deze zaak worden aangetekend dat in die zaak door het Duitse Hof geoordeeld werd dat in casu de schending van een mensenrecht dreigde indien vreemd recht zou worden gerespecteerd: de toegang tot het instituut van het huwelijk werd in gevaar geacht; bovendien wilden beide partijen in die zaak graag onderuit komen aan de toepassing van vreemd recht dat voor hen met name een huwelijksverbod inhield; zij wensten toepassing van de lex fori en wilden het daarbij allebei graag op de koop toe nemen dat zodoende een hinkende rechtsverhouding zou ontstaan.

Uiteraard doet dit de vraag rijzen of een en ander tot een andersluidende conclusie of afweging zou kunnen leiden indien de rechter niét te maken heeft men een 'mensenrecht', en/of als partijen een verschillende mening hebben over het belang dat moet worden gehecht aan het vermijden van een hinkende rechtsverhouding. Ook kan de vraag worden geopperd of een eventuele afweging mag worden beïnvloed door volgende omstandigheden: het al dan niet bestaan van een mogelijkheid voor partijen om door het voeren van een procedure in hèt buitenland naar het recht van dat land het beoogde resultaat te bekomen; de regeling in het buitenland wie dan wel het initiatief daartoe moet nemen, etc.

3.2.2.2 Afhouden van de zaak – 'doorsturen' van partijen naar het buitenland – afwijzen van het echtscheidingverzoek

Het voorgaande brengt ons tot een tweede alternatieve handelwijze.
Een eerste sub-mogelijkheid daarbinnen is de handelwijze die er in bestaat dat de Nederlandse rechter zich eenvoudigweg afhoudt van de zaak, maar eventueel bijkomend de zaak probeert 'door te sturen' naar het buitenland, en zich eventueel extra-erkenningsgezind zal tonen ten aanzien van de erkenning in Nederland van een in het buitenland tot stand gebrachte echtscheiding – ofwel (pas) na de buitenlandse echtscheiding bereid zal zijn alsnog zelf een echtscheiding uit te spreken.[54]

Het betreft hier duidelijk een radicale handelwijze. De handelwijze lijkt wel sterk op de houding van het Hof van beroep in de voorliggende casus, met name daar waar in de tussenbeschikking de zaak werd 'aangehouden' en partijen gelegenheid werd geboden tot het voeren van een echtscheidingsprocedure in Marokko. De handelwijze roept echter een – groot - aantal bezwaren op. Sowieso rijst de vraag of het gerechtvaardigd is partijen te verwijzen naar het buitenland om hun persoonlijke staat te regelen – een handelwijze die in het verleden – zeker in Frankrijk - wel al voorkwam, maar sinds de twintigste eeuw toch niet meer gangbaar lijkt.[55] Daaraan gekoppeld rijzen bezwaren en complicaties zoals ook in voorliggende casus naar voren kwamen, bijvoorbeeld omtrent degene die initiatief moet c.q. kan nemen in het buitenland, omtrent de praktische bezwaren (op vlak van financiën, tijd, praktische problemen tot verplaatsing etc.) die (een van) partijen kunnen voorleggen omtrent het voeren van een procedure in het buitenland – in casu voerde de man aan 'dat van hem niet kan worden gevergd dat hij in Marokko een echtscheidingsprocedure begint, en wees in dat verband erop dat hij suikerpatiënt is en dat hij zijn nieuwe partner naar Nederland wil laten overkomen, terwijl de vrouw in Marokko op haar verzoek kan scheiden.[56]

Deze handelwijze maakt het bekomen van een echtscheiding in Nederland voor Marokkaanse mànnen niet onmógelijk; wel zou een handelwijze[57] waarbij partijen worden 'doorgestuurd' naar het buitenland mogelijk in bepaalde gevallen – voor mannen en/of vrouwen – grote praktische bezwaren kunnen doen rijzen.

Een welhaast nog radicalere handelwijze bestaat er in dat de Nederlandse rechter zou overgaan tot de afwijzing van het echtscheidingsverzoek.[58] In dat geval schrikt de rechter er als het ware zo voor terug een situatie te creëren die de door de vrouw genoemde gevolgen teweeg brengt, dat hij er voor kiest zelfs niet 'de weg van het minste kwaad' te kiezen –

en partijen alleszins naar Nederlands recht van echt te laten scheiden –, of nog, de zaak aan te houden en partijen de gelegenheid te bieden in het buitenland eerst een echtscheiding te bewerkstelligen, maar eenvoudigweg het echtscheidingsverzoek inhoudelijk af te wijzen. In dat geval rest de man die naar Nederlands recht gescheiden wil zijn, als enige optie in het buitenland een echtscheiding te proberen bekomen op zodanige manier dat die erkenbaar wordt in Nederland.

In de hier genoemde handelwijze – het 'zich afhouden' van de zaak, à la limite het afwijzen van het echtscheidingsverzoek - zou de vroegere 'patsituatie' waarin Marokkaanse mannen zich bevonden, zich anno 2007 niet meer op diezelfde manier voordoen: mannen zouden nog steeds in Marokko een echtscheidingsprocedure kunnen beginnen, en na de wijziging van de Mudawwana lijken toch de kansen tot erkenning in Nederland van een in Marokko tot stand gebracht echtscheiding sterk verhoogd; maar de mogelijkheid voor Marokkaanse mannen om een voor Nederland geldige echtscheiding te bekomen, wordt bij dergelijke handelwijze onmiskenbaar wel sterk bemoeilijkt, met name door belemmeringen van praktische aard.

3.2.3 Naar een ruimere armslag voor Marokkaans recht c.q. naar een 'juistere' toepassing van Marokkaans recht? Quid in ruimere context, los van Marokkaans recht?

Volgt de rechter hetzij de handelwijze van het onverwijld toepassen van Marokkaans recht – op een manier dat de echtscheiding ook in Marokko erkenbaar zal zijn - als maar de vrouw daar om vraagt vanuit het belang dat zij stelt te hebben bij het bekomen van een echtscheiding die naar Marokkaans recht geldig is, hetzij de handelwijze van het 'doorsturen' van partijen naar het buitenland om hun rechtsverhouding te regelen, dan zou dit uiteindelijk tot een vrij verrassend resultaat kunnen leiden. Want een en ander zou er uiteindelijk toe kunnen toe leiden dat daar waar vroeger bekommernis om de situatie van de Marokkaanse vrouw leek te resulteren in een tendens zoveel als mogelijk Marokkaans recht terzijde te schuiven en partijen er zoveel als mogelijk van te weerhouden een echtscheiding in Marokko te bewerkstelligen, zich nu[59] een tendens in welhaast tegenovergestelde beweging zou voordoen: ruimere toepassing van Marokkaans recht en/of tendensen tot 'doorsturen' van partijen naar de Marokkaanse rechter.
Mogelijk blijft het inachtnemen van het betoog van de vrouw, zoals al aangegeven, beperkt tot een aanzet voor Nederlandse rechters om, àls al beslist is Marokaans recht toe te passen, dit zoveel als mogelijk te doen op een manier dat de kansen tot erkenbaarheid van de in Nederland, met toepassing van Marokkaans recht uitgesproken echtscheiding in Marokko toenemen.

Maar op een ruimer vlak, in confrontatie met andere dan Marokkaanse rechtsstelsels, blijven, indien men oog heeft voor het type betoog, mogelijk toch nog steeds vragen openstaan over hoe te handelen als normalerwijze vreemd recht toepasselijk zou zijn, maar toepassing van vreemd recht niét leidt c.q. kan leiden tot het creëren van een rechtsverhouding die naar het recht van dat land erkenbaar is. Dit type vragen rijst overigens niet alleen voor Nederlandse autoriteiten, maar ook in Europese context. Al eerder[60] merkte ik, naar aanleiding van de uitspraken van de Hoge Raad van 13 juli 2001 evenals 9 november 2001 op dat zeker ook in Europese context vragen (kunnen) rijzen omtrent omgang met kwesties als niet-discriminatie van seksen en internationale beslissingsharmonie. De voorbije jaren spitste de Europese ipr-activiteit zich niet meer uitsluitend toe op procesrechtelijke ipr-aspecten, maar ook op het reguleren van toepasselijk recht. Welnu, een casus als spelende voor HR 15 september 2006, geschetst in Europese context, doet vragen omtrent omgang met kwesties als niet-discriminatie en internationale beslissingsharmonie alleen maar pregnanter naar voren komen. Hierna, in hoofdstuk 4, zal ik nog kort het type betoog van de vrouw schetsen in die Europese context.

4 Geabstraheerd van de casus en de materie, in Europees perspectief

4.1 Europa en stimulering van vrij verkeer van personen, mede door het bevorderen van de internationale harmonie

Duidelijk is dat in Europese context, bij het uitzetten van regels van ipr-regels evenals bij het uitoefenen van controle op nationale (ipr-)regels door het Hof van Justitie, groot belang wordt gehecht aan het streefdoel 'internationale harmonie.' Dit kwam totnogtoe sterk tot uiting in de omgang met regels inzake erkenning, die met name zeer sterk gericht blijken te zijn op het creëren van mogelijkheden tot erkenning in het ene EU-land van hetgeen in een ander EU-land is bewerkstelligd. In die zin staat de in Europese context duidelijk de betrachting centraal die ook in het betoog van de vrouw voor de Hoge Raad naar voren werd gebracht.
Op het vlak van omgang met regels inzake rechtsmacht, geldt binnen de EU bovendien sterk het principe van 'liberal access to justi-

sels. Uiteindelijk wordt zo als het ware een verschillende 'conflictenregel' geconstrueerd, alleszins een verschil in behandeling van mensen naar gelang van hun nationaliteit – en ditmaal niet een verschil in behandeling resulterend uit de materieelrechtelijke verschillen van rechtsstelsels, maar een verschil in behandeling al in de voorafgaande fase, met name de aanduiding van het toepasselijke recht.

42 Cfr. Hierover ook al, kort, supra, onder 2.1.1.

43 Zie de weergave in de uitspraak onder 1.2.3.

44 Zie de weergave in de uitspraak onder 1.2.6.

45 Cfr. in deze context ook de uitspraak van Hof 's Hertogenbosch 20 december 1996, zie al supra, voetnoot 17.

46 Over de in de casus voorliggend aan HR 15 september 2006 'kenbare belangen' die in het spel waren, zie bv. de weergave in de uitspraak onder 1.2.7.

47 Zie bv. recent de al genoemde (supra, voetnoot 22) uitspraak van Rb. Alkmaar 26 januari 2006, *NIPR* 2006, nr. 106 omtrent een verzoek van de man om echtscheiding uit te spreken, primair naar Marokkaans recht en subsidiair naar Nederlands recht. Toepassing wordt gemaakt van de sinds 5 februari 2004 geldende artikelen 94 en 97 van het Marokkaanse Wetboek van Familierecht. Het primaire verzoek van de man wordt toegewezen.

48 Over de gezamenlijke behandeling van onderdelen van het middel, zie ook al supra, voetnoot 26.

49 Zie de weergave in de uitspraak onder 1.2.7. Verder daarbij wordt weergegeven 'Van dat laatste is echter geen sprake bij pogingen tot verzoening, het vaststellen in een proces verbaal door de rechter dat dit niet gelukt is alsmede bij het vaststellen van de financiële rechten en verplichtingen. Het Nederlandse recht kent ook een schikkingscomparitie, alimentatieprocedures en vorderingen tot boedelscheiding. Ook anderszins kan niet worden gezegd dat het e.e.a. van de Nederlandse rechter die ambtshalve Marokkaans recht moet toepassen niet kan worden verwacht.'

50 Over die handelwijze door de Hoge Raad in de uitspraak van 9 november 2001, en mogelijke alternatieven, zie o.a. de Boer in zijn commentaar bij de uitspraak in *NJ* 2002/279.

51 Voetnoot 25.

52 HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 275.

53 Over de Duitse uitspraak van 4 mei 1971, zie ook al V. Van Den Eeckhout, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners*, proefschrift KULeuven 1997, nr. 804 en volgende en nr. 1047 en volgende (p. 420) evenals 1130 en volgende (p. 462).

54 De handelwijze is in zoverre verschillend van de handelwijze waarbij destijds Marokkaanse mannen door de Nederlandse rechter veroordeeld werden hun vrouw te verstoten, dat in die vroegere praktijk éérst wel in Nederland de echtscheiding werd uitgesproken.

55 En waartoe de Brussel II bis verordening ook al geen ruimte lijkt te laten, eens een bevoegdheidsgrond voorhanden is. Zie over dergelijke handelwijze historisch (voornamelijk wat betreft de Franse praktijk in de negentiende eeuw) ook, kritisch, V. Van Den Eeckhout, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners*, Proefschrift KULeuven

ce'. Vasthouden aan dit principe maakt het onwaarschijnlijk dat praktijken als het systematisch doorsturen van personen naar het buitenland ter regeling van hun persoonlijke staat toelaatbaar zou worden geacht, zeker als één der partijen daar bezwaar tegen maakt. Systematisch doorsturen van partijen lijkt onwaarschijnlijk, zelfs al zou het pleidooi daarvoor gebaseerd zijn op de overweging dat alleen op dusdanige manier een rechtsverhouding naar het buitenland toe rechtsgeldigheid kan bekomen.[61] Staten moeten allicht zelf verantwoordelijkheid nemen en zelf bereid zijn bevoegdheid op te nemen tot regeling van iemand persoonlijke staat, zéker in Europese context. Moeilijker wordt het echter aan te geven welke regels van toepasselijk recht zij daarbij dienen te hanteren.

Betreffende regels van toepasselijk recht in Europese context bestaan nog vele vragen, onduidelijkheden en controverses. Het principe van 'nationaliteitsaanknoping' vormt een van de hete hangijzers in die discussies. Het principe van nationaliteitsaanknoping roept vragen op inzake verenigbaarheid met het Europeesrechtelijk beginsel van verbod op grond van discriminatie op grond van nationaliteit, evenals met beginselen inzake stimulering van vrij verkeer van personen.[62] Een en ander wordt er niet makkelijker op als men beseft dat naar gelang van de precieze situatie waarin partijen zich bevinden en de inhoud van de betrokken rechtsstelsels, partijen er belang bij kunnen hebben hetzij als EU-vreemdeling aanspraak te maken op het recht van het gastland, hetzij als EU-vreemdeling aanspraak te maken op het recht van het land van herkomst. Een bijkomende complicatie kan er in bestaan dat in rechtsverhoudingen waarbij meerdere personen zijn betrokken – zoals een echtscheiding – partijen mogelijk uiteenlopende wensen en belangen terzake hebben, daarin begrepen uiteenlopende belangen op het vlak van internationale harmonie.

4.2 De ratio van nationaliteitsaanknoping in het internationaal familierecht: stabiliteit en/of internationale harmonie; hoe en in welke zin?

Voor Europese landen die (in bepaalde materies) de nationaliteitsaanknoping hanteren, rijst de vraag in hoeverre zij mogen vasthouden aan toepassing van het nationale recht van betrokkenen.[63] Sommige auteurs betogen dat het vasthouden aan de toepassing van het nationaal recht van personen ook na de Europeanisatie van het ipr nog steeds verdedigbaar is.[64] Ik citeer in deze context Saarloos,[65] waar hij in een reactie op een pleidooi tot (mogelijkheid van) vasthouden aan de nationaliteitsaanknoping als vraag opwerpt: 'Mijn (...) vraag is dan ook of de wederzijdse erkenning van rechtsverhoudingen niet met zich meebrengt dat de rechtvaardiging voor de discriminatie als gevolg van nationaliteit als aanknopingsfactor vervalt. Immers het doel van de discriminatie, i.e. het waarborgen van de stabiliteit van het personeel statuut oftewel het handhaven van de internationale beslissingsharmonie, wordt al beschermd door het erkenningsmodel.'

In het citaat wordt gesproken van wederzijdse erkenning en 'het waarborgen van de stabiliteit van het personeel statuut oftewel het handhaven van de internationale beslissingsharmonie.' Leest men de vraagstelling van Saarloos in het geheel,[66] dan lijkt 'stabiliteit' hier begrepen te worden in die zin dat wat in het land van ontvangst wordt bewerkstelligd, in het land van herkomst naderhand ook zal worden erkend. En blijkt dit laatste het geval te zijn, ongeacht het in het land van ontvangst toegepaste recht, dan wordt de vraag opgeworpen of de in het vreemd recht vervatte verboden ook in zodanige situatie nog gerespecteerd moeten worden, en wat daar dan wel de rechtvaardiging van moge zijn: het respecteren van het verbod zal er dan niét toe bijdragen dat de rechtsverhouding erkend wordt; respect voor het verbod is 'overbodig', want de wederzijdse erkenning of internationale beslissingsharmonie is dan immers al gewaarborgd, want rechtstreeks verzekerd door erkenningsregels.[67] Zodoende werpt Saarloos eigenlijk de vraag op of het, vanuit Europees perspectief bekeken, gerechtvaardigd[68] is aan toepassing van vreemd recht vast te houden indien dit de burger in het nadeel stelt, zelfs al zou toepassing van de liberalere lex fori resulteren in een uitspraak die wél voor erkenning in aanmerking zou komen in het buitenland. Dat partijen getroffen worden door toepasselijkheid in het gastland van een verbodsbepaling in hun nationale recht, kan door hen als pijnlijk worden ervaren; partijen zullen het mogelijk als extra pijnlijk ervaren getroffen te worden door de toepasselijkheid, in het gastland, van zo'n verbodsbepaling in een situatie dat wederzijdse erkenning sowieso verzekerd is: deze hypothese doet zich voor als duidelijk is dat zelfs al had het gastland de verbodsbepaling ter zijde geschoven en toegelaten de door partijen gewenste rechtsverhouding tot stand te brengen, het land van herkomst verplicht ware geweest de aldus in het gastland gecreëerde rechtsverhouding te erkennen.

Maar, terugkerend naar het citaat: zijn stabiliteit en internationale beslissingsharmonie gelijke of verschillende begrippen, of kunnen ze mogelijk verschillend begrepen worden, en zodoende mogelijk ook tot diverse antwoorden op de vraag leiden? Het hangt er mijns inziens maar van af hoe men de begrippen definieert: de term 'stabiliteit' lijkt vooral gericht op het bestendigen van aanspraken die men had in het land van herkomst naar het nieuwe land toe en het toewerken naar 'internationale beslissingsharmonie' in de zin dat men precies zo wil handelen als de autoriteit in het land van herkomst had gehandeld (men zou dan precies zo willen handelen als de autoriteit in het buitenland zou hebben gehandeld, indien deze de casus voor zich had gekregen en de vraag naar toepasselijk recht had moeten beantwoorden – betrachting is dan dat de *handelwijze* van verschillende landen dezelfde is). Maar de term 'stabiliteit' zou ook kunnen slaan op het toewerken, vanuit het land van verblijf, naar een situatie die in het land van herkomst op erkenning kan rekenen, daarin begrepen het verbieden van datgene wat de buitenlandse autoriteit mogelijk zelf wel had toegelaten, maar bij bewerkstelliging in het buitenland in dat land op geen erkenning aanspraak kan maken of, omgekeerd, daarin begrepen het toelaten van datgene wat in het land van herkomst zelf niet mogelijk was geweest maar er, eens in het buitenland bewerkstelligd, wel op erkenning aanspraak kan maken. Betrachting is dan dat het *eindresultaat*, bekeken vanuit verschillende rechtsordes, eventueel na inschakeling van erkenningsregels, hetzelfde is. Stabiliteit dus in de zin van het 'meenemen van rechten' van waar men vandaan komt, of stabiliteit in de zin van het verzekeren van de continuïteit van de rechtsverhouding naar het land toe waar men mogelijk in de toekomst naar toe gaat c.q. terug keert. Internationale beslissingsharmonie kan eveneens gericht zijn op het behouden van aanspraken die men had in het land van herkomst, óf anticiperend, in de zin van toewerken naar erkenbaarheid, door het nieuwe land, in dat land. Kortom, de betekenis van de twee concepten

is hetzelfde of verschillend naar gelang men één of beide termen retroactief, gericht naar het verleden dan wel anticiperend, gericht naar de toekomst toe interpreteert.

Enige klaarheid in de manier waarop elkeen deze concepten interpreteert én het belang dat wordt gehecht aan het realiseren van een doelstelling die men presenteert onder het ene of het andere concept, lijkt hier wenselijk. Een en ander is wellicht van belang bij beantwoording van de vraag van Saarloos. Men kan bijvoorbeeld stellen dat het in een bepaalde hypothese wel zo kan zijn dat de wederzijdse erkenning verzekerd is, en internationale harmonie in de zin van het verzekerd zijn van de erkenbaarheid in het buitenland van de rechtsverhouding, maar dat men nog steeds vanuit het willen vasthouden – niet meer (in de zin dat men er verplicht aan onderworpen is en ook geen afstand van kan doen) en niet minder – aan de aanspraken die de betrokkene had in het land van herkomst, en het vasthouden aan de 'stabiliteit' dàárvan, wil vasthouden aan het nationaliteitsbeginsel. Denkt men daarentegen aan stabiliteit in 'toekomstgerichte' zin, dan zou bijvoorbeeld geredeneerd kunnen worden dat het er vooral om gaat toe te werken, in die gevallen waar daar nog behoefte aan kan zijn,[69] naar de erkenbaarheid van de rechtsverhouding in het buitenland – waaronder het land van nationaliteit van betrokkenen.

Welnu, precies in de context van de laatstgenoemde hypothese kan dan de vraag opduiken die in deze bijdrage centraal staat, met name in hoeverre toepassing van vreemd recht tegen de internationale openbare orde indruist indien middels de toepassing van vreemd recht c.q. de manier waarop vreemd recht wordt toegepast, géén in dat land erkenbare rechtsverhouding wordt gecreëerd. Hoe zou het Hof van Justitie, geconfronteerd met deze vraag, oordelen?

Denkbaar is dat naar de toekomst toe diverse casus voor het Hof van Justitie gebracht worden, hetzij in de materie van de echtscheiding,[70] hetzij in andere materies. Deze casus zouden zich kunnen voordoen in diverse feitenconstellaties en mogelijk met gelijklopende/uiteenlopende belangen van partijen. Het zou daarbij bijvoorbeeld situaties kunnen betreffen waarbij een land dat geen nationaliteitsaanknoping hanteert, gevraagd wordt het nationale recht van betrokken toe te passen, en dit wordt bepleit met argumenten inzake internationale erkenning. Het zou ook situaties kunnen betreffen waarbij een land dat de nationaliteitsaanknoping wil blijven hanteren geconfronteerd wordt met de vraag van (een van) betrokkenen af te stappen van de nationaliteitsaanknoping, in een situatie waarin het land van herkomst de aldus te creëren rechtsverhouding sowieso zal erkennen c.q. verplicht zal zijn te erkennen. Het zou mogelijk ook situaties kunnen betreffen waarbij een land dat de nationaliteitsaanknoping wil hanteren geconfronteerd wordt met een bezwaar van (een van de) betrokkenen dat toepassing van het nationale recht geen erkenbaarheid verzekert - en vandaar tegen de openbare orde indruist?

Het benieuwt mij te weten hoe het Hof zich in dergelijke gevallen zou opstellen, al of niet geconfronteerd met het leerstuk van de mensenrechten, al of niet geconfronteerd met een uiteenlopende visie van partijen en uiteenlopende belangen van partijen, en in hoeverre het belang van internationale harmonie en de wil hinkende rechtsverhoudingen te vermijden daarbij van tel zou zijn.

5 Slot

Geabstraheerd van de casus en de procedurele elementen daarin, heb ik hiervoor als principiële vraag opgeworpen in hoeverre het belang dat iemand er bij heeft (ook) naar vreemd als gescheiden te worden beschouwd van belang mag zijn bij de hantering van regels van toepasselijk recht. Het ging hierbij specifiek om de vraag in hoeverre toepassing van vreemd recht moet worden volgehouden, zelfs al zou de aldus tot stand gebrachte rechtsverhouding in het land waarvan het recht wordt toegepast niet op erkenning aanspraak kunnen maken.

Het idee van wenselijkheid van toewerking naar internationale harmonie, zoals naar voren komend in het pleidooi van eiseres in cassatie, is op zich geenszins revolutionair. Het past bovendien als principe zeer wel bij de huidige Europese tendensen.

In hoeverre daadwerkelijke honorering van het voor de Hoge Raad gehouden betoog revolutionair ware geweest en voor (elk van) de betrokkenen 'positief' dan wel 'negatief' zou kunnen uitwerken, zou afhangen van de handelwijze van de rechter die gehoor wil geven aan het voor de Hoge Raad naar voren gebrachte type betoog. Het hechten van belang aan het streefdoel van internationale harmonie is op zich bijzonder lovenswaardig, zoveel is zeker. Maar het streefdoel van internationale harmonie is niet alleenzaligmakend. Onderkend én gevreesd moet worden dat een al te grote focus op het streefdoel van internationale harmonie er uiteindelijk ook kan toe leiden de aanspraken van (familieleden van) vreemdelingen in Nederland op een niet-verantwoorde manier terug te schroeven. Dit zou met name het geval kunnen zijn indien de constatering dat men in Nederland niet

1997, o.a. p. 50 e.v. (betreffende de samenhang met en consequenties op het vlak van de bevoegdheid van de multilaterale interpretatie van artikel 3 lid 3 B.W. respectievelijk Code civil), p. 403 e.v. (betreffende de 'opname van bevoegdheid door Belgische en Franse rechtscolleges indien de vreemde rechtsorde deze bevoegdheid voorbehoudt aan religieuze autoriteiten) en p. 613 e.v. (betreffende het risico van creatie van klasserechtspraak bij 'doorsturen' van partijen naar het buitenland). *Over de (on)toelaatbaarheid van « forum non conveniens » in het EEX, voor wat betreft vermogensrechtelijke zaken*, zie HvJ Owusu, C-281/02, uitspraak van 1 maart 2005. Zie ook voor een recente uitgebreide analyse van 'forum non conveniens', F. Ibili, *Gewogen rechtsmacht in het Ir: over forum (non)conveniens en forum necessitatis*, Deventer: Kluwer 2007 (Recht en Praktijk).

56 Zie de weergave in de uitspraak onder 3.3.2. Zie in deze context ook bv. Cfr. Hof Amsterdam 12 november 1998, *NIPR* 1999, nr. 137, waar het aspect 'mobiliteit' mee in rekening werd gebracht bij de invulling van de exceptie van internationale 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.

57 Zolang niet zeker is dat een Nederlandse echtscheiding in Marokko erkenbaar is?

58 Maar zie hieromtrent al de overwegingen in onder meer HR 12 mei 2000 en Hof 's Gravenhage 5 juli 2000, waarnaar ik hoger, onder 2.1.3, al verwees.

59 Na praktijken waarbij Marokkaanse mannen werden veroordeeld tot het uitspreken van een verstoting in Marokko, en, recenter, na rechtspraak waarbij de bereidheid tot erkenning van een Marokkaanse Khul in Nederland blijkbaar mede verantwoord werd vanuit het 'belang van de vrouw' bij erkenning in Nederland (HR 13 juli 2001).

60 Zie V. Van Den Eeckhout en M.V. Polak, 'Kroniek internationaal privaatrecht', *NJB* 2002.

61 Dergelijke praktijk van systematisch doorsturen van partijen lijkt mij overigens ook van geheel andere orde dan de regeling in artikel 15 Brussel II bis, inzake kwesties van ouderlijk gezag, waarin een soort 'forum conveniens' wordt gecreëerd – maar dat bijvoorbeeld al niét geïnspireerd lijkt te zijn op overwegingen inzake vermijden van hinkende rechtsverhoudingen. Zie in deze context ook supra, voetnoot 55.

62 Zie over die discussies meerdere bijdragen in J. Meeusen, M. Pertegas Sender, G. Straetmans en F. Swennen, (red.), International family law for the European Union, Antwerpen, Intersentia, 2007. Zie bv. ook V. Van Den Eeckhout, 'The Promotion of Fundamental Rights by the Union. The role of European Private International Law', te verschijnen in het *European Law Journal* en de – eerste – bundel van het door de UCL gecoördineerde 'Refgov' project, in oorspronkelijke versie ook al te raadplegen op http://refgov.cpdr.ucl.ac.be/, onder 'Publications,' 'Fundamental Rights,' FR4'.

63 *Afstap* van respect voor nationaal recht blijkt in Europese context op procesrechtelijk vlak niet per se afgestraft te hoeven worden op het vlak van erkenning. In de Europese iprregeling inzake echtscheiding zoals die nu

vermag een rechtsverhouding te creëren die in het buitenland erkenbaar is, er toe zou leiden af te stappen van de bereidheid tot het creëren van die rechtsverhouding, ook in die gevallen waarvoor goede redenen zijn wél die bereidheid aan de dag te leggen.

Al bij al: geconfronteerd met Marokkaans echtscheidingsrecht zal aandacht voor het betoog van eiseres voor de Hoge Raad in de procedure die leidde tot de uitspraak van 15 september 2006 mogelijk enkel als – positief - resultaat hebben dat Nederlandse rechters er alerter voor zullen worden bij toepassing van Marokkaans echtscheidingsrecht goed na te gaan hoe ze Marokkaans recht kunnen toepassen op een manier die de kansen tot erkenbaarheid van de in Nederland uitgesproken echtscheiding verhoogt.

In confrontatie met andere materies c.q. andere rechtsstelsels zou aandacht voor een betoog als dat van de vrouw mogelijk heel anders kunnen uitpakken en is waakzaamheid geboden als men al te ver meegaat in het type betoog van de vrouw. Dit kan met name het geval zijn als men geconfronteerd mocht worden met de radicale onwil van de buitenlandse autoriteiten een in Nederland tot stand gebrachte rechtsverhouding te erkennen, en men van daaruit zou bepleiten dan maar de mogelijkheden in Nederland tot het tot stand brengen van die rechtsverhouding in te perken; bij confrontatie met dergelijke pleidooien moet men er voor waken vanuit bekommernis om het streefdoel van internationale harmonie geen houding aan te nemen die er uiteindelijk toe leidt de belangen van (een van) de betrokkenen veeleer te schaden dan te dienen. |

geldt, kan bij een verzoek tot erkenning van een in ander Brussel II bis land uitgesproken echtscheiding immers geen bezwaar worden gemaakt tegen toepassing van de lex fori door de autoriteiten van dat andere land: de erkenning van een in een ander Europees land bekomen echtscheiding kan slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden geweigerd worden, al zeker niet omwille van de reden men zelf een ander recht had toegepast.

64 Zie bv. J. Meeusen, 'The personal status of migrants at the intersection of human rights, private international law and European Union law', te verschijnen in de proceedings van de Toogdag Mensenrechten 2005, Leiden. Wel maakt Meeusen een voorbehoud voor het geval het leerstuk van mensenrechten aan de orde is. Auteurs als Bogdan daarentegen bepleiten, mede vanuit een analyse van de beslissing van het Hof van Justitie in de zaak Garcia Avello, het openstellen van een rechtskeuzemogelijkheid in het internationaal familierecht. Zie bv. M. Bogdan, *Concise introduction to EU Private International Law*, Europa Law Publishing 2006.

65 K. Saarloos, 'Reactie op het Preadvies' van J. Meeusen (J. Meeusen en G.E. Schmidt, *Europees internationaal familierecht, Mededelingen van de NVIR*, Den Haag TMC Asser Press 2006), te verschijnen.

66 Zie de gehele vraagstelling van K. Saarloos.

67 Interessant is dat Saarloos deze kwestie ook koppelt aan de problematiek van forum shopping en law shopping, mede in relatie tot de Inspire-uitspraak van het Hof van Justitie. Hij alludeert ook op de kwestie van gelijkheid tussen partijen waar hij stelt 'Op het moment dat private personen in onderlinge overeenstemming gaan law shoppen kan ik me op basis van de rechtspraak over het vennootschapsrecht en het namenrecht moeilijk voorstellen dat het Hof daar problemen mee heeft.'

68 Over de manier waarop regels van toepasselijk recht kunnen worden opgesteld c.q. verantwoord in geval respectievelijk wel of geen erkenningsregels voorhanden zijn die verzekeren dat het 'resultaat' erkenbaar zal zijn, zie ook V. Van Den Eeckhout, 'Communitarization of international family law as seen from a Dutch perspective: what is new? – A prospective analysis', in A. Nuyts en N. Watté, *International civil litigation in Europe and relations with Third States*, Brussel, Bruylant 2005, vooral p. 529 en volgende.

69 Waar (nog) geen Europese regels voorhanden die erkenning verzekeren c.q. waar niet te verwachten is dat het Hof van Justitie de erkenbaarheid zal afdwingen.

70 Dit nog vooraleer de geplande aanpassing van de Brussel II bis verordening - mét daarin geïncorporeerd regels van toepasselijk recht (zie met name het voorstel voor een Verordening van de Raad houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2201/2003 wat de bevoegdheid betreft en tot invoeging van regels inzake toepasselijk recht in huwelijkszaken (COM(2006) 399 definitief) - van gelding wordt.

Gelezen

>>> 'Iran wil 'islamitische fietsen' gaan produceren, die speciaal zijn bedoeld om de lichaamsvormen van vrouwen te verhullen, dit om de Iraanse vrouw meer te laten bewegen'.

***ANP*, 17 mei 2007**