

Vergaderjaar 1998–1999

26 675

Regeling van het conflictenrecht inzake de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming (Wet conflictenrecht afstamming)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

In de praktijk van de burgerlijke stand, maar ook in die van de rechtspraak, komen vragen betreffende het conflictenrecht inzake afstamming regelmatig en veelvuldig voor. De Commissie van advies voor de zaken betreffende de burgerlijke staat en de nationaliteit (tot 1 januari 1995 de Permanente Commissie van advies voor de zaken van de burgerlijke stand en nationaliteitsaangelegenheden), die in haar vergaderingen praktijkgevallen pleegt te behandelen en daardoor op de beslissingen van de ambtenaren van de burgerlijke stand invloed uitoefent, ziet zich regelmatig voor vragen geplaatst betreffende dit onderwerp, dat zonder twijfel tot de moeilijkste onderdelen van het internationaal privaatrecht kan worden gerekend. De rechtspraak ondervindt daarbij betrekkelijk weinig steun uit de rechtspraak en de rechtsleer. Het onderwerp heeft in verhouding tot het belang ervan bij de schrijvers weinig aandacht gevonden. Verwezen zij in het bijzonder naar het in 1987 verschenen proefschrift van A.P.M.J. Vonken. De van een verscheidenheid van opvattingen getuigende lagere rechtspraak draagt weinig bij tot de rechtsontwikkeling. De Hoge Raad is slechts een enkele maal in de gelegenheid geweest zich over internationale afstammingskwesties uit te spreken. Belangrijke recente uitspraken zijn die van 31 januari 1992 (NJ 1993, 261) en van 7 november 1997 (RvdW 1997, 217). Er is dan ook behoefte aan een eenduidige wettelijke regeling terzake.

2. Uitgangspunten van het wetsvoorstel

Artikel 6 Wet Algemene Bepalingen (hierna: Wet A.B.), dat het nationaliteitsbeginsel in het internationaal privaatrecht belichaamt, is verouderd en kan ook weinig steun bieden wanneer dat beginsel, doordat de bij een afstammingsvraag betrokken personen bijvoorbeeld van nationaliteit verschillen of doordat zij een zwakke daadwerkelijke binding met de nationale staat hebben, niet meer in de richting van aanvaardbare oplossingen wijst. In elk geval heeft de rechtsontwikkeling op het gebied van het personeel statuut ertoe geleid dat een vanouds aanvaard beginsel

als de toepasselijkheid van het nationale recht – waarbij de keuze valt op het nationale recht van de man indien zijn vrouw een andere nationaliteit bezit – aan geldingskracht heeft ingeboet. De opzegging van een vijftal op het nationaliteitsbeginsel gebaseerde oude Haagse verdragen alsmede de beëindiging van het werk aan de Benelux Eenvormige Wet inzake het internationaal privaatrecht hebben de rechtsonzekerheid in het algemeen op dit gebied van het conflictenrecht vergroot. De wenselijkheid dat de wetgever in deze situatie initiatieven ontwikkelt is daardoor toegenomen. De Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht heeft op het terrein van het afstammingsrecht geen verdragsregelingen tot stand gebracht. De Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (hierna: ICBS) heeft enkele belangrijke onderdelen, te weten de afstamming van het natuurlijke kind van zijn moeder, de wettiging door huwelijk en de vrijwillige erkenning van buiten huwelijk geboren kinderen, in overeenkomsten neergelegd, waarvan er twee voor Nederland zijn bekrachtigd en in werking zijn getreden. Het betreft de Overeenkomst van Brussel van 12 september 1962 (Stb. 1963, 93) inzake de familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en zijn ongehuwde moeder, en de Overeenkomst van Rome van 10 september 1970 (Trb. 1972, nr 61). De Overeenkomst van München van 5 september 1980 betreffende de vrijwillige erkenning van buiten huwelijk geboren kinderen is nog niet in werking getreden. De aanvaarding ervan door Nederland lijkt, om redenen waarop hierna nog nader zal worden ingegaan, niet wenselijk. Er blijft derhalve nog een ruim terrein over waarop de nationale wetgever regelend kan optreden. Het aangeboden wetsvoorstel strekt daartoe. Het is tot stand gebracht na intensieve voorbereiding, waarbij de enige jaren geleden uitgebrachte adviezen van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht (verder te noemen: Staatscommissie) en van de Permanente Commissie van advies voor de zaken van de burgerlijke stand en voor nationaliteitsaangelegenheden (verder te noemen: Permanente Commissie) voor de gedachtenbepaling van veel belang zijn geweest. Deze adviezen¹ zijn gepubliceerd in Staatscommissie IPR, Geselecteerde adviezen, 1995, en in Het Personeel Statuut 1991, nrs. 1 en 2. Naar aanleiding van de adviezen zijn enige commentaren verschenen, in het bijzonder dat van D.Kokkini en K. Boele-Woelki in NIPR 1993, nr 1, en dat van A.P.M.J. Vonken in WPNR (1993) 6108, blz. 706–707. Met die commentaren is bij de opstelling van het wetsvoorstel rekening gehouden.

Het thans aan de orde zijnde wetsvoorstel moet worden beschouwd als een wezenlijk onderdeel van de codificatie van het internationaal privaatrecht. In de huidige, op ongeschreven regels steunende praktijk heersen uiteenlopende opvattingen over dit onderwerp en ontbreken vaste beleidslijnen. Bij onzekerheid verwijst de ambtenaar van de burgerlijke stand belanghebbenden naar de rechter. Het wetsvoorstel neemt die onzekerheid weg en zal daardoor kunnen leiden tot ontlasting van de rechtspraak. Op enkele terreinen voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid om naar een ander rechtstelsel uit te wijken als het primair toepasselijke rechtstelsel niet tot het beoogde resultaat leidt. Aldus wordt de totstandkoming of de ongedaanmaking van familierechtelijke betrekkingen begunstigd en komt het wetsvoorstel tegemoet aan de wensen van betrokken personen.

Het wetsvoorstel sluit voorts aan bij de inmiddels tot stand gekomen vernieuwing van het Nederlandse afstammingsrecht (Wet van 24 december 1997, Stb. 772). Het feit dat die vernieuwing langer op zich heeft laten wachten dan was voorzien, heeft de indiening van het onderhavige wetsvoorstel op zich laten wachten. Ook al heeft het internationaal privaatrecht een eigen taak en moet het rekening houden met het buitenlandse recht, er bestaat onmiskenbaar een samenhang tussen de internrechtelijke regeling van een onderwerp en de conflictenrechtelijke behandeling ervan. Zeker bij het onderhavige onderwerp is dat het geval,

¹ Ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

zoals in deze toelichting zal blijken. Die samenhang leidt ook tot een zekere gedetailleerdheid van de regeling.

Voor zover het Nederlandse recht reeds wordt gevormd door verdragsregelingen zoals die van de zoëven bedoelde Overeenkomsten van de ICBS, wordt aangesloten bij datgene waarover internationaal een zekere mate van consensus bestaat.

Bij de opstelling van het wetsvoorstel is mede gelet op in recente jaren elders tot stand gekomen wetgeving, onder meer in Duitsland, Zwitserland en Italië. Overigens kenmerken de in de bestaande codificaties gekozen oplossingen zich door de grootst mogelijke verscheidenheid. Terwijl de nieuwe Italiaanse i.p.r.-wet van 1995 het nationale recht van het kind als uitgangspunt neemt, knoopt de Zwitserse wet van 1987 in beginsel aan de gewone verblijfplaats van het kind aan; ingeval alle partijen dezelfde nationaliteit hebben en het kind een andere gewone verblijfplaats heeft dan de ouders, wordt in afwijking van de hoofdregel het gemeenschappelijke nationale recht toegepast. De recente Duitse herziening van 1997 heeft ertoe geleid dat de rechtstoepasser thans een keuze moet maken tussen de aanknopng aan de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats, die aan het nationale recht van de betrokken ouder of, bij een gehuwde moeder, aan het recht dat de huwelijksbetrekkingen beheerst. De Franse wet van 1972 neemt het nationale recht van de moeder als uitgangspunt. Voor de vormgeving van het Nederlandse internationaal privaatrecht op het gebied van afstamming is verder van betekenis dat de stelsels van internationaal privaatrecht van in de Nederlandse samenleving sterk vertegenwoordigde landen zoals Marokko en Turkije, primair gebaseerd zijn op aanknopng aan de nationaliteit.

Het internationale familierecht, en in het bijzonder het afstammingsrecht, geeft uit internationaal privaatrechtelijk perspectief gezien aanleiding tot vele vragen en wetenschappelijke benaderingen. Levensbeschouwelijke overtuigingen kunnen bij de keuze van benadering een rol spelen. Het gaat om belangrijke relaties tussen mensen. Op de voorgrond staan de rechtssubjecten, de vrouw, de man en het kind. Op de achtergrond staan maatschappelijke opvattingen omtrent de aard van die relaties tussen hen en opvattingen omtrent het dwingende karakter van de wettelijke regels van de staten wier recht bij deze relaties betrokken is. Dit alles maakt dat de regelgeving op dit gebied ten dele een ander karakter draagt dan die op het gebied van het vermogensrecht, waar aan de autonomie van de betrokken partijen een grotere rol wordt toegekend.

De in beginsel stabiele aard van de rechtsbetrekkingen waar het in het familierecht om gaat, wijst in de richting van de nationaliteit als aanknopingsfactor. Deze kan immers in vergelijking met de gewone verblijfplaats geacht worden een grotere stabiliteit te bezitten. De traditie – met name artikel 6 A.B. – wijst in dezelfde richting. Men mag er nog steeds van uitgaan dat natuurlijke personen zich sterk verbonden voelen met het land waarvan zij de nationaliteit bezitten. Op grond van deze overwegingen kiest het wetsvoorstel in beginsel voor de toepasselijkheid van het nationale recht. De gewone verblijfplaats krijgt eerst betekenis in de gevallen dat de nationaliteit geen bevredigende oplossing biedt. Dit uitgangspunt is nog recent bevestigd in de uitspraak van de Hoge Raad van 7 november 1997 (RvdW 1997, 217). Mede in het licht daarvan zie ik geen aanleiding om, zoals bijvoorbeeld in Duitsland is geschied, niet meer vast te houden aan het primaat van de aanknopng aan het nationale recht en andere aanknopngsdaarmee op één lijn te stellen. Het wetsvoorstel laat andere aanknopngs dan die aan de nationaliteit subsidiair of meer subsidiair voor toepassing in aanmerking komen. Die benadering heeft het grote praktische voordeel dat de rechtstoepasser geen keuze behoeft te maken tussen verschillende naast elkaar voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels en dat achteraf zonder veel moeite kan worden nagegaan welk recht is toegepast.

Het gaat bij het afstammingsrecht om rechtsverhoudingen waarbij meer dan één partij betrokken is. Daarom streeft het wetsvoorstel naar een voor partijen gemeenschappelijke oriëntatie. Dat is met name het geval bij de afstamming van gehuwde ouders of de vestiging van familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en gehuwde ouders. Bij de afstamming van de ongehuwde moeder is uitgangspunt dat haar nationale recht (dat nagenoeg steeds ook het nationale recht van het kind is) de afstamming beheerst. Bij de erkenning is er een verdeling: het nationale recht van de man beheerst in beginsel de voorwaarden en de bevoegdheid, het nationale recht van de vrouw c.q. van het kind de vraag of hun toestemming vereist is en onder welke voorwaarden die kan worden gegeven en eventueel vervangen door een rechterlijke beslissing. Bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt weer het gemeenschappelijke recht van de drie betrokken partijen toegepast. De in het wetsvoorstel gekozen uitgangspunten sluiten aan bij de rechtsontwikkeling in Nederland, voor zover deze uit de rechtspraak en de rechtsliteratuur kenbaar is. De adviezen van de Staatscommissie en de Permanente Commissie, waarin die rechtsontwikkeling wordt geanalyseerd, zijn in hoofdzaak gevolgd. Op de punten waar daarvan is afgeweken, zal in deze toelichting worden aangegeven welke redenen daartoe hebben geleid.

3. Terminologie en systematiek

Wat de terminologie, en daarmee ook de systematiek, betreft is er een bijzonder probleem waaraan in de adviezen aandacht is besteed. Ik onderschrijf de opvatting van de Staatscommissie dat in regels van internationaal privaatrecht de terminologie in beginsel steeds zodanig moet worden gekozen, dat de voornaamste functie van de verwijzingsregels, namelijk dat zij het uitzicht openen op buitenlands recht, volledig recht wordt gedaan. Aansluiting bij nationale terminologie zou, indien die zich in belangrijke mate onderscheidt van de in de belangrijkste buitenlandse rechtsstelsels gehanteerde begrippen, als het ware het zicht op het buitenlandse recht kunnen belemmeren. Als voorbeeld kan gelden het in het afstammingsrecht gehanteerde onderscheid tussen «wettige» en «onwettige» afstamming dat in het nieuwe Nederlandse recht niet meer voorkomt, maar dat in sommige buitenlandse rechtsstelsels nog wordt gemaakt. In de voorgestelde bepalingen is getracht te komen tot een redelijk compromis tussen de bij deze kwestie betrokken opvattingen, waarbij uiteraard de zorg dat de conflictenrechtelijke bepaling voldoende zicht blijft geven op het buitenlandse recht, alle aandacht heeft gekregen.

4. Het beginsel van begunstiging

Een van de belangrijkste vragen die zich bij het ontwerpen van het conflictenrecht inzake afstamming voordoen, is of in de regels een begunstiging van een bepaald resultaat moet worden nagestreefd. In het bijzonder is deze vraag aan de orde bij de vaststelling van de afstamming van een kind van met elkaar gehuwde ouders. Ook speelt dit vraagstuk bij de erkenning door de vader. Zou men de totstandkoming van familierechtelijke betrekkingen steeds in het belang van het kind achten, dan zou er aanleiding zijn om vrijheid van keuze te scheppen uit een zo groot mogelijke waaier van potentieel toepasselijke rechtsstelsels. Een voorbeeld van een dergelijke favoriserende regelgeving is te vinden in de artikelen 4–6 van het Haagse Alimentatieverdrag van 2 oktober 1973 (Trb. 1974, 86). Bij het afstammingsrecht lijkt evenwel een beginsel van begunstiging niet steeds voor de hand te liggen. Het is bijvoorbeeld niet zo dat het belang van het kind steeds gediend is met het bestaan van familierechtelijke betrekkingen met de echtgenoot van de moeder. Ontkenning van het vaderschap is vaak nodig om een familierechtelijke

band te scheppen tussen het kind en zijn werkelijke (biologische) vader. Bij de erkenning is er niet per definitie een tegenstelling van belangen, ofschoon zich ook daar een dergelijke tegenstelling kan voordoen. Een erkenning kan eraan in de weg staan dat een kind in familierechtelijke betrekking komt te staan tot de man met wie de moeder later huwt. Deze overwegingen hebben ertoe geleid dat een regeling is ontworpen die de erkenning favoriseert maar die tegelijkertijd een groot gewicht toekent aan het vereiste van toestemming van de moeder, onderscheidenlijk het kind. Ook in de regeling van de ontkenning van het vaderschap is een favoriserend element opgenomen, om redenen die in de toelichting op artikel 2 nader zullen worden uiteengezet.

5. De Overeenkomst van München van 5 september 1980

Het algemene deel van deze toelichting zou onvolledig zijn zonder enkele beschouwingen ten aanzien van de Overeenkomst van München van 5 september 1980 betreffende de vrijwillige erkenning van buiten huwelijk geboren kinderen. Het betreft hier een overeenkomst die is voorbereid door de ICBS, een organisatie waarvan Nederland lid is en waarvan veel van de tot stand gebrachte overeenkomsten door Nederland zijn aanvaard. Deze overeenkomsten betreffen veelal technische onderwerpen op het gebied van de burgerlijke stand, maar in sommige gevallen ook internationaal privaatrecht. De overeenkomst is door Frankrijk en Turkije aanvaard en voorts ondertekend door de Bondsrepubliek Duitsland, België, Spanje, Griekenland, Luxemburg en Portugal. De overeenkomst treedt in werking wanneer zij is aanvaard (bekrachtigd) door drie staten. Het is onzeker of zij ooit in werking zal treden, nu inmiddels achttien jaar zijn verstreken en na Frankrijk en Turkije geen andere staat de overeenkomst heeft aanvaard of bekrachtigd.

De overeenkomst heeft betrekking op het toepasselijke recht op de vrijwillige erkenning zowel wat betreft het materiële recht als wat betreft de vormvoorschriften. Zij regelt niet het toepasselijke recht op de gevolgen van de erkenning: op dit punt blijft dus het nationale internationaal privaatrecht van de bij de overeenkomst partij zijnde staten van kracht. Zij bevat voorts de verplichting tot erkenning in alle staten die bij de overeenkomst partij zijn van de erkenningen die conform de verdragsregels zijn verricht. Op die verplichting kan zelfs niet wegens strijd met de openbare orde een uitzondering worden gemaakt. Staten kunnen uiterlijk bij aanvaarding of bekrachtiging van de overeenkomst bepaalde voorbeholden maken die het toepassingsgebied van de overeenkomst beperken, met name wanneer de erkenning niet overeenstemt met het nationale recht van de erkenner noch van het kind, indien de erkenning een incestueuze relatie zou onthullen, wanneer de toestemming ontbreekt van de moeder of die van het kind (mits deze onderdaan zijn van een verdragsstaat) en wanneer de erkenning niet in de schriftelijke vorm is gedaan. De overeenkomst voorziet, wat de materiële voorwaarden van de erkenning en de bevoegdheid van de erkenner betreft, in een viertal alternatieve mogelijkheden tot aanknoping, namelijk aan het recht van de staat waarvan de erkenner of het kind de nationaliteit bezitten, alsmede aan het recht van de staat waar de erkenner of het kind hun gewone verblijfplaats hebben. Ook voor de vormvereisten kan uit deze stelsels worden gekozen en bovendien nog het recht van het land waar de erkenning is gedaan. Erkenning is niet mogelijk wanneer deze in tegenspraak zou zijn met een reeds vastgestelde afstamming en de erkenning kan steeds worden betwist op grond van het feit dat de erkenner niet is de persoon van wie het kind door geboorte afstamt. De overeenkomst staat er niet aan in de weg dat in een Staat nog gunstiger regels inzake erkenning worden aanvaard. De overeenkomst geldt in beginsel ook in de verhouding tot derde Staten, maar Staten kunnen een voorbehoud maken dat zij niet het recht van het land van de werkelijke verblijfplaats zullen

toepassen wanneer deze zich bevindt hetzij buiten de verdragsstaten, hetzij buiten de lidstaten van de ICBS, hetzij buiten de lidstaten van de Raad van Europa. Titel II van de overeenkomst bevat technische voorschriften met betrekking tot de kennisgevingen. Titel III geeft regels voor de familierechtelijke betrekkingen tussen de moeder en haar buiten huwelijk geboren kind, inhoudende dat wanneer volgens het nationale recht van de moeder de afstamming vaststaat door de geboorte of door de opneming van de moeder in de geboorteakte, de afstamming van de moeder moet worden erkend in de Staten waar daartoe een vrijwillige erkenning door de moeder wordt vereist.

In de adviezen van de Staatscommissie en de Permanente Commissie zijn tegen de overeenkomst in hoofdzaak gelijklopende bezwaren aangevoerd. De overeenkomst kent een sterk op de begunstiging van de erkenning gericht stelsel van alternatieve aanknopingsmogelijkheden, dat aanzienlijk ruimer uitvalt dan hetgeen in het geldende Nederlandse recht door de rechtspraak en de rechtspraak wordt aanvaard. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet, is er aanleiding om de totstandkoming van de erkenning te begunstigen door een verruiming van het aantal aanknopingsmogelijkheden. De moeilijkheid is echter dat de overeenkomst niet in overeenstemming is met het in Nederland algemeen aanvaarde uitgangspunt van het primaat van de toepassing van het nationale recht van de erkenner, waarvan alleen dan kan worden afgeweken indien dit niet tot de vestiging van familierechtelijke betrekkingen leidt en er een sterke verbondenheid is met een ander rechtstelsel. Een bezwaar van een systeem van alternatieve aanknopingsmogelijkheden is voorts, dat het de ambtenaar van de burgerlijke stand verplicht een soms moeilijke keuze te maken en dat achteraf niet zonder meer duidelijk is aan welk recht is aangeknoopt. Het ruime stelsel van de overeenkomst zou de mogelijkheid van schijnerkenningen in de hand kunnen werken, te meer omdat de exceptie van de openbare orde wordt uitgesloten. Ook is bij dat stelsel achteraf niet duidelijk, welk recht is toegepast, waardoor weer onduidelijkheid ontstaat ten aanzien van de vraag welk recht de mogelijkheden tot aantasting van een erkenning beheerst. Een belangrijk bezwaar tegen de overeenkomst is voorts dat zij uitsluitend de totstandkoming van de erkenning behandelt, maar niet de gevolgen ervan regelt. Door de mogelijkheid van een relatief groot aantal voorbehouden zal de overeenkomst waarschijnlijk niet de rechtseenheid kunnen brengen die zij beoogt te bewerkstelligen.

Naar het mij voorkomt, zijn deze bezwaren van zodanige aard dat de conclusie gerechtvaardigd is dat moet worden afgezien van aanvaarding van de overeenkomst. Nu de belangstelling daarvoor internationaal gering is gebleken, kan het eventuele voordeel van de regeling, dat zij een zekere mate van eenheid van het recht in de verdragsstaten teweeg zou brengen, ook niet hoog worden aangeslagen. De bezwaren worden door de eventuele voordelen van de aanvaarding van de overeenkomst dan ook hoegenaamd niet verminderd. Zelfs lijkt een afweging van die bezwaren tegen de eventuele voordelen niet aan de orde. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, doen de invloeden van het traditionele nationaliteitsbeginsel zich op het gebied van het personen- en familierecht nog sterk gelden. Er zou dus een krachtig argument moeten worden gevonden om van deze min of meer klassieke benadering af te wijken. Zo'n argument kan mijns inziens aan de inhoud van de overeenkomst niet worden ontleend.

6. Erkenning van in het buitenland tot stand gekomen rechtfeiten, rechtshandelingen en rechterlijke beslissingen

Hierna, bij de bespreking van hoofdstuk 5 van het wetsvoorstel, zal nader worden toegelicht waarop de keuze van een afzonderlijke regeling voor de erkenning in Nederland van in het buitenland tot stand gekomen,

rechtsfeiten, rechtshandelingen en rechterlijke beslissingen berust. Volgens die regeling blijft – enkele uitzonderingen daargelaten – een conflictenrechtelijke toetsing achterwege. Er wordt dus niet nagegaan of het met toepassing van buitenlands internationaal privaatrecht bereikte resultaat gelijk is aan het resultaat dat met toepassing van de Nederlandse conflictenregels zou zijn bereikt. Naar mijn mening zijn er geen principiële redenen om een dergelijke toetsing over de gehele linie uit te voeren. Het gevolg van deze keuze is dat de in de hoofdstukken I tot en met 3 opgenomen conflictenregels uitsluitend van toepassing zijn op feiten, handelingen en beslissingen die in Nederland tot stand komen. Daarop vormt de in hoofdstuk 3 behandelde wetgeving een uitzondering, omdat de overeenkomst van de ICBS van 10 september 1970 over dat onderwerp mede voorziet in de erkenning in Nederland van buitenslands tot stand gekomen wetgevingen. Verder is in artikel 10 bepaald dat een in het buitenland door een gehuwde Nederlander verrichte erkenning in Nederland niet als geldig kan worden aangemerkt indien de man naar Nederlands recht onbevoegd was tot deze erkenning of aanvaarding. Tevens is daar bepaald dat een buitenslands verrichte erkenning niet in Nederland kan worden erkend indien niet is voldaan aan de vereisten van toestemming van de moeder of van het kind, die zijn neergelegd in het volgens artikel 4, vierde lid, toepasselijke recht.

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel 1 – Het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen door geboorte uit gehuwde ouders

1. Aanknoping aan een aan partijen gemeenschappelijk recht

Het gaat hier om de vraag naar het al of niet ontstaan van familierechtelijke betrekkingen door geboorte. In het wetsvoorstel wordt gesproken van familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en zijn ouders, waaronder in dit verband moeten worden verstaan de moeder uit wie het kind is geboren en de met haar gehuwde man, of de man met wie zij gehuwd was.

Op de vraag welk recht de inhoud van de familierechtelijke betrekkingen beheerst, geeft artikel 8 van het wetsvoorstel het antwoord.

Dat wordt aangeknoopt aan het recht van de ouders en niet aan dat van het kind, zoals door sommigen wordt verdedigd, of aan dat van de vader, zoals nog was te vinden in het ontwerp Benelux Eenvormige Wet van 1969, vloeit voort uit de opvatting dat voor de afstammingsvragen zoveel mogelijk moet worden gezocht naar een voor partijen gemeenschappelijke aanknopingspunt. Dat daarbij aan het recht van de ouders meer gewicht toekomt dan aan dat van het kind, dat in het gezin wordt geboren, ligt tamelijk wel voor de hand. De omstandigheid dat het kind zijn nationaliteit doorgaans afleidt van die van de ouders en ook zijn gewone verblijfplaats meestal met die van de ouders samenvalt, wijst ook in de richting van de toepasselijkverklaring van het personele recht van de ouders als recht waarmee de drie bij de rechtsverhouding betrokken partijen het nauwst verbonden zijn.

Aanknopingspunt, uitsluitend aan het personele recht van het kind, zou, ingeval dat niet het personele recht van de ouders is, kunnen neerkomen op toepassing van een recht waarmee de ouders niet of nauwelijks verbonden zijn en ligt daarom niet voor de hand.

Aanknopingspunt, voor de vraag naar de familierechtelijke betrekkingen met de beide ouders, aan het recht van hetzij de vader, hetzij de moeder, staat op gespannen voet met het beginsel van gelijkheid van man en vrouw dat als fundamenteel, grondwettelijk beschermd principe het gehele recht doordringt en derhalve ook het internationaal privaatrecht. Voor de

aanknopning aan een gemeenschappelijk recht zijn in de Nederlandse rechtsontwikkeling steunpunten te vinden in de lagere rechtspraak en in de rechtsleer. De uitspraak van de Hoge Raad van 12 februari 1965 (NJ 1965, 199) sluit nog geheel aan bij de regel van de Benelux Eenvormige Wet, die niet meer als gezaghebbende rechtsbron kan gelden. Het kan dan ook worden aangenomen dat die uitspraak niet meer geacht kan worden het geldende recht weer te geven.

Men kan zich nog de vraag stellen of het wenselijk zou zijn de familie-rechtelijke betrekkingen met de moeder te beoordelen naar haar recht, en die met haar man naar zijn recht. Met de Permanente Commissie ben ik van mening dat het niet wenselijk is die weg in te slaan. Elk intern rechtsstelsel kent een samenhang tussen de afstamming van het kind van zijn moeder en die van de met haar gehuwde man, welke samenhang het wenselijk maakt de beide afstammingsvragen naar één en hetzelfde recht te beoordelen. Daarbij zij verder aangetekend dat op het niveau van het interne recht van veel landen nog verschillen bestaan in de criteria voor de bepaling van de afstamming van een kind uit een gehuwde moeder en die van een kind uit een ongehuwde moeder. Het internationaal privaatrecht heeft hiermee rekening te houden.

Op grond van het voorgaande ben ik van mening dat een verwijzingsregel die primair aanknoopt aan een omstandigheid – nationaliteit of gewone verblijfplaats – die de beide ouders gemeen hebben, de voorkeur heeft. Deze oplossing sluit aan bij de oplossingen die zijn gekozen voor andere onderwerpen van internationaal familierecht, zoals het huwelijksvermogensrecht en de huwelijksbetrekkingen.

Primair geldt het gemeenschappelijke nationale recht van de ouders. Aan deze oplossing is de voorkeur gegeven boven de aanknopning aan het gemeenschappelijke nationale recht van de ouders en het kind. In gevallen waarin het kind niet de nationaliteit heeft van de ouders, zou de laatstgenoemde oplossing meebrengen dat het domiciliaire recht van partijen toepasselijk is en niet het gemeenschappelijke nationale recht van de ouders. Met de Staatscommissie ben ik van mening dat dit een minder passend resultaat is wanneer het voor de afstammingsvraag bepalende tijdstip niet is dat van de geboorte, maar dat van de ontbinding van het huwelijk van de ouders (zie het tweede lid). In dat geval is er nog geen gemeenschappelijke nationaliteit van de ouders en het kind.

Indien een gemeenschappelijk nationaal recht ontbreekt, is toepasselijk het recht van de staat van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de ouders. Beide ouders moeten in dezelfde staat een gewone verblijfplaats hebben, niet nodig is dat die gewone verblijfplaats dezelfde is.

2. Geen relativering van de aanknopning aan de gemeenschappelijke nationaliteit

Bij de aanknopning aan het gemeenschappelijke nationale recht dient de vraag zich aan of ook hier, indien een ouder of beide ouders een meervoudige nationaliteit hebben, gezocht moet worden naar de nationaliteit van het land waarmee zij beiden, of een van hen, de sterkste banden hebben (effectieve nationaliteit). Dit beginsel is op verschillende wijzen nader uitgewerkt, onder meer in de Wet conflictenrecht echtscheiding van 25 maart 1981 (Stb. 166) en in de Wet conflictenrecht huwelijk van 7 september 1989 (Stb. 392). Het lijkt mij, voor wat betreft het onderwerp van de afstamming, niet voor de hand te liggen om de aanknopning aan de gemeenschappelijke nationaliteit vergaand te relativeren, zoals gedaan is in de Wet conflictenrecht echtscheiding. Een dergelijke relativering veronderstelt dat men alle omstandigheden van het geval tegen elkaar afweegt. Aangezien de voorgestelde regelgeving in de eerste plaats zal moeten worden toegepast door de ambtenaar van de burgerlijke stand, komt het mij raadzaam voor om regels op te stellen die

dergelijke afwegingen, die tot beoordelingsverschillen kunnen leiden, zoveel mogelijk vermijden. Om dezelfde reden is het voor dit onderwerp minder aangewezen om een effectiviteitstoets op elk der echtgenoten toe te passen, zoals in artikel 2, onder b, van de Wet conflictenrecht huwelijk is voorgeschreven. Veeleer zou ik ervoor voelen aan te sluiten bij een andere regeling die een voor partijen gemeenschappelijke oriëntatie tot uitgangspunt neemt, nl. de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen (Wet van 16 september 1993, Stb. 1993, 514), en waarin het begrip «gemeenschappelijke nationaliteit» op geen enkele wijze is gerelativeerd. Deze opvatting brengt mee dat indien de echtgenoten een vreemde nationaliteit gemeen hebben en één van hen nog een andere nationaliteit heeft, onder alle omstandigheden het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit wordt toegepast. Voor het geval dat zij beiden dezelfde dubbele nationaliteit hebben vloeit uit het voorgestelde derde lid voort dat men terugvalt op het recht van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats. Vergelijk artikel 1, tweede lid, van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen. In de praktijk zal dat veelal het recht van de gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit zijn. Een belangrijke reden om bij deze opvatting aan te sluiten, is dat er aldus congruentie wordt bereikt tussen de aanknopingsstelsels van de wettelijke regeling van het conflictenrecht inzake de afstamming en inzake de huwelijksbetrekkingen, in het bijzonder wat betreft het onderwerp afstamming door geboorte uit een gehuwd paar. Op dit punt bestaat enige overeenkomst met de Duitse wet, die voor afstammingsvragen voorziet in een aantal aanknopingsmogelijkheden, waaronder ook het recht dat de huwelijksbetrekkingen («Ehewirkungen») beheerst.

3. Recht van de gewone verblijfplaats van het kind meer subsidiair toepasselijk

Indien gemeenschappelijke nationaliteit en gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de ouders geen resultaat opleveren bij het zoeken naar de beste aanknopingsplaats, moet men uitwijken naar het recht van het land van de gewone verblijfplaats van het kind. Gewoonlijk zal het kind bij één van de ouders verblijven, zodat dit land tevens is het land van de gewone verblijfplaats van een ouder. Ook wat deze aanknopingsplaats betreft kan men dus nog wel spreken van een zekere gemeenschappelijkheid. Het verdient in dit verband te worden opgemerkt, dat de Zwitserse wet primair aanknoopt bij het land van de gewone verblijfplaats van het kind en subsidiair – indien geen van de ouders daar woonplaats heeft en de ouders en het kind een gemeenschappelijke nationaliteit hebben – bij de gemeenschappelijke nationaliteit van ouders en kind. Dit ligt geheel in de lijn van het algemene Zwitserse uitgangspunt, volgens hetwelk het woonplaatsbeginsel voorop wordt gesteld en de nationaliteit als secundair aanknopingspunt wordt gehanteerd. Om redenen die hiervoor in de inleiding zijn aangegeven, is er voor Nederland aanleiding om de aanknopingsplaats aan de gemeenschappelijke nationaliteit voorop te stellen en die aan de gemeenschappelijke verblijfplaats subsidiair voor toepassing in aanmerking te laten komen.

Artikel 2 – Ontkenning van het vaderschap

1. Uitgangspunt: toepasselijkheid van artikel 1

In het nieuwe interne recht kan de ontkenning van het vaderschap door de vader zowel als door de moeder of het kind zelf geschieden door het instellen van een verzoek tot gegrondverklaring ervan door de rechter. Zie artikel 200 (nieuw) Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). De regel van het eerste lid doet het recht dat de afstamming uit gehuwde ouders beheerst, tevens de vraag beheersen in welke gevallen het

vaderschap kan worden ontkend van de man die met de moeder van het kind gehuwd is of gehuwd is geweest. Dit is de normale situatie. De conflictenregel die de staat beheerst, moet in beginsel ook de ontkenning van die staat beheersen.

2. Favoriserend element bij gerechtelijke ontkenning van het vaderschap

Er is aanleiding om in de regeling een favoriserend element in te bouwen terwille van het belang van het kind bij vestiging van nieuwe familie-rechtelijke betrekkingen. Dat is met name aan te bevelen indien de ontkenning de opnemng van het kind in het nieuw te vormen gezin van de moeder met de verwekker mogelijk maakt en zulks overeenstemt met de wens van de moeder, de man wiens vaderschap moet worden ontkend en uiteraard de verwekker van het kind die met de moeder en het kind een gezin wil vormen. Zowel de Staatscommissie als de Permanente Commissie hebben er in hun adviezen op aangedrongen dat in het belang van het kind de kring van voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels wordt verruimd om de ontkenning mogelijk te maken. Een voorwaarde daartoe is dat de meest betrokken partijen, de moeder, de vader en het kind (vertegenwoordigd door een bijzondere curator), overeenstemming bereiken over de toepassing van een ander recht dan het recht dat de afstamming beheerst ingevolge artikel 1. Het spreekt vanzelf dat de kring van potentieel voor toepassing in aanmerking komende andere rechtsstelsels niet te ruim kan worden getrokken. Er moet immers met elk van die rechtsstelsels een aanvaardbare internationaal privaatrechtelijke aanknopng bestaan. Derhalve ligt het voor de hand als alternatieve aanknopngs te kiezen voor de overige criteria van artikel I en daaraan nog – in navolging van artikel 69, tweede lid, van de Zwitserse wet – toe te voegen de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van de procedure tot ontkenning. In het normale geval zal de ouder bij wie het kind verblijft tevens zijn (haar) gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben. Om soortgelijke redenen is in afwijking van de adviezen het Nederlandse recht toegevoegd. In verreweg de meeste gevallen zal het Nederlandse recht reeds voor toepassing in aanmerking komen als één van de door artikel 1 aangewezen rechtsstelsels dan wel als recht van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van de procedure. Maar ook indien dit niet het geval mocht zijn, komt het passend voor om partijen die in Nederland een ontkenningprocedure voeren, in de gelegenheid te stellen de rechter te verzoeken Nederlands recht toe te passen.

Een tweede voorwaarde voor de afwijking van de hoofdregel van het eerste lid is, dat het belang van het kind door de ontkenning wordt gediend. Dat de betrokkenen het eens zijn over deze zaak en op de toepassing van het alternatieve rechtsstelsel aandringen, geeft daarvoor een eerste, belangrijke indicatie. Evenwel lijkt het te ver te gaan, de rechter aan deze wens van partijen te binden en aldus het beginsel van de partijautonomie onbeperkt toe te laten in afstammingsvragen. De rechter zal de aanwezigheid van het belang van het kind ambtshalve moeten onderzoeken. Uiteindelijk blijft dus de beslissing over de toepassing van het alternatieve rechtsstelsel aan de rechter. Het karakter van openbare orde dat aan het afstammingsrecht eigen is, laat naar mijn mening niet toe, dat hier alleen de wil van de betrokkenen de doorslag zou kunnen geven.

Indien het vaderschap door een verklaring ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt ontkend (zie hierna onder 3) en deze vaststelt dat de ontkenning volgens het door artikel 1 aangewezen recht niet (of niet meer) mogelijk is, zullen betrokkenen met vrucht aan de rechter een gezamenlijk verzoek kunnen voorleggen. Met verwijzing naar het advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht

teken ik hierbij aan dat de medewerking van de vroegere echtgenoot aan het gezamenlijk verzoek vereist is en dat voor het kind, conform artikel 212 Boek 1 BW, een bijzondere curator dient te worden benoemd.

3. Buitengerechtelijke ontkenning van het vaderschap

Op grond van artikel 199, onder b, Boek 1 BW (nieuw) kan de moeder door een simpele verklaring ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand het vaderschap van haar overleden ex-echtgenoot ontkennen indien zij ten tijde van de vermoedelijke verwekking gescheiden leefde van haar echtgenoot of was gescheiden van tafel en bed. Is zij inmiddels hertrouwd, dan staat het kind in dat geval van rechtswege in familie-rechtelijke betrekking tot de huidige echtgenoot.

Er is naar mijn mening aanleiding om ook in internationale gevallen te voorzien in de mogelijkheid om zonder rechterlijke interventie het vaderschap te ontkennen. Voor een te geven regel kan inspiratie worden gevonden bij hetgeen voor de gerechtelijke ontkenning van het vaderschap wordt voorgesteld en hetgeen in de rechtspraak over de buitengerechtelijke ontkenning wordt aangenomen. Uitgangspunt kan dan wederom zijn de toepasselijkheid van de criteria van artikel 1. Indien het op grond van artikel 1 toepasselijke recht de mogelijkheid van buitengerechtelijke ontkenning kent, is er geen reden haar aan betrokkenen te ontzeggen. De mogelijkheid tot buitengerechtelijke ontkenning van het vaderschap bestaat in veel vreemde rechtsstelsels ook buiten het geval waarin de ex-echtgenoot van de moeder is overleden. Daarom behoeft naar mijn mening deze in het interne Nederlandse recht opgenomen beperking in internationale gevallen niet noodzakelijk te gelden. Wel wordt voorgesteld in internationale gevallen artikel 2, tweede lid (favoriserend element) niet van toepassing te doen zijn en om, in het belang van het kind, de beperking te stellen dat de ontkenning van het vaderschap op deze wijze uitsluitend mogelijk is indien bij dezelfde gelegenheid familierechtelijke betrekkingen met een andere man tot stand komen. Dit is bepaald in het vierde lid, waarin tevens is bepaald dat de medewerking van de (ex)-echtgenoot (indien hij nog in leven is) vereist is. Deze beperkingen berusten op de volgende overwegingen.

Internationale gevallen zijn per definitie gecompliceerd. De ambtenaar van de burgerlijke stand is niet geëquipeerd om de opportuniteit van een ontkenning te beoordelen. Het is daarom raadzaam de mogelijkheid tot ontkenning ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand te beperken tot die gevallen waarin het op grond van artikel 1 toepasselijke recht voorziet in een buitengerechtelijke ontkenning en waarin de ambtenaar van de burgerlijke stand genoegzaam is gebleken dat betrokkenen het met elkaar eens zijn. Indien dit niet het geval is, is de gang naar de rechter mogelijk.

Ik zie overigens geen aanleiding om voor de gelijktijdige ontkenning en erkenning een bijzondere akte in te voeren, zoals deze bestond voor de toepassing van het oude artikel 198 Boek 1 BW. Indien van rechtswege familierechtelijke betrekkingen met een andere man ontstaan, zal een erkenning niet nodig zijn. In gevallen waar een erkenning wel nodig is, zal deze als afzonderlijke rechtshandeling kunnen worden geregistreerd.

4. Rechtsgevolg van de ontkenning ten aanzien van de betrekkingen tussen kind en verwekker

Afzonderlijke beschouwing behoeft de internationaal privaatrechtelijke behandeling van het eventuele rechtsgevolg van de ontkenning ten aanzien van de betrekkingen tussen kind en verwekker. De meeste vreemde rechtsstelsels vereisen voor het vestigen van deze betrekkingen een rechtshandeling in de vorm van een erkenning (c.q. wettiging). De vraag, of van rechtswege familierechtelijke betrekkingen met de huidige

echtgenoot van de moeder bestaan, zoals voorzien in het nieuwe artikel 199 Boek 1 BW, kan worden gekwalificeerd als een vraag van afstamming uit gehuwde ouders. Het ligt in de rede om die vraag te beantwoorden aan de hand van de regels van artikel 1, met dien verstande dat het thans gaat om het «nieuwe» gemeenschappelijke recht, dat een ander recht kan zijn dan het recht dat de ontkenning van het vaderschap beheerst. In het geval dat volgens het nieuwe recht geen familierechtelijke betrekkingen bestaan, dient vervolgens de vraag te worden bezien of zodanige betrekkingen kunnen worden gevestigd door erkenning c.q. wettiging. Op die vraag is artikel 4 van toepassing.

Artikel 3 – Familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en zijn ongehuwde moeder

Dat in geval van geboorte buiten huwelijk de familierechtelijke banden met de moeder door haar recht worden beheerst en niet door het personele recht van het kind, ligt in de lijn van de benadering die in artikel 1 ten aanzien van de familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en zijn met elkaar gehuwde ouders is gevolgd. Afgezien van het aan de noodzakelijke consistentie van het stelsel van het wetsvoorstel te ontlenu argument, kan nog gewezen worden op artikel 5, tweede lid, van de Eenvormige Beneluxwet (1969), luidende dat de betrekkingen tussen de moeder en haar buitenechtelijk kind worden beheerst door de nationale wet van de moeder. Deze regel is eigenlijk nooit ter discussie gesteld en is dus te beschouwen als een rechtsbron in het geldende recht. Naar mag worden aangenomen, brengt het aan de regel ten grondslag liggende favor-beginsel mee dat indien de vrouw meer dan één nationaliteit heeft, het voor de toepassing van artikel 3, eerste lid, niet ter zake doet welke nationaliteit de effectieve is. Dat het nationale recht van de moeder als toepasselijk wordt aangewezen, is bovendien in overeenstemming met artikel 6 Wet A.B. Niet in de laatste plaats is van belang dat de regel in harmonie is met het beginsel dat is neergelegd in de Overeenkomst van Brussel van 12 september 1962 (Stb. 1963, 93). Deze internationale regeling, die is opgesteld door de ICBS, houdt in dat de afstamming van de moeder in beginsel vaststaat wanneer zij als zodanig is vermeld in de geboorteakte van het kind. De Overeenkomst is aanvaard door de Bondsrepubliek Duitsland, Spanje, Griekenland, Luxemburg, Zwitserland, Turkije en Nederland. Inmiddels is, onder invloed van het Marckx-arrest, in alle Europese landen regelgeving tot stand gekomen op grond waarvan de moeder als zodanig in de geboorteakte van het kind kan worden opgenomen zonder voorafgaande erkenning. Door het feit van die opneming worden de familierechtelijke betrekkingen tussen haar en het kind bewezen.

Niet alle landen van Europa zijn zo ver gegaan om aan het enkele feit van de geboorte van het kind de conclusie te verbinden dat tussen dat kind en zijn moeder steeds familierechtelijke betrekkingen bestaan. Dit laatste impliceert niet alleen dat de moeder in de geboorteakte kan worden vermeld, maar ook dat zij daarin steeds moet worden vermeld. De regel van artikel 198 (was 221, eerste lid) Boek 1 BW («moeder maakt geen bastaard») kan in Nederland als een zodanig fundamentele regel van familierecht worden beschouwd, dat zij een duidelijk karakter van openbare orde bezit en daarom rechtstreeks toepasselijk moet zijn op alle situaties die zich in Nederland afspelen, ongeacht de vraag of zulks in overeenstemming is met het nationale recht van de moeder. Dit wordt tot uitdrukking gebracht in de laatste zinsnede van de tweede volzin van het eerste lid, welke inhoudt dat steeds familierechtelijke betrekkingen ontstaan tussen een vrouw en het uit haar geboren kind indien zij bij de geboorte in Nederland haar gewone verblijfplaats had.

In dit verband zijn van belang de artikelen 2 en 3 van de vermelde Overeenkomst van Brussel. Is de moeder niet in de buitenlandse

geboorteakte vermeld, dan heeft zij de bevoegdheid een verklaring inhoudende de erkenning van het kind af te leggen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. Ook als zij wel als moeder in de geboorteakte is vermeld, heeft zij die bevoegdheid indien zij aannemelijk kan maken dat een dergelijke verklaring noodzakelijk is om te voldoen aan de eisen welke het recht van een niet-verdragsstaat stelt. In een dergelijk geval zal de moeder dus in Nederland tot de erkenning van haar kind moeten worden toegelaten.

Artikel 4 – Erkenning

1. Favoriserend regelstelsel voor de bevoegdheid van de man en de overige voorwaarden

De erkenning wordt, voor wat betreft de bevoegdheid van de man en de overige voorwaarden – behalve die van de toestemming van moeder en/of het kind – primair beheerst door het nationale recht van de man. Deze regel is geldend recht en wordt als zodanig niet ter discussie gesteld. Verwezen zij naar de uitspraak van de Hoge Raad van 7 november 1997 (RvdW 1997, 217). Artikel 5, eerste lid, tweede volzin, van de Eenvormige Beneluxwet (1969) kende dezelfde regel. Hetgeen met betrekking tot de afstamming van de ongehuwde moeder is gezegd ter ondersteuning van de keuze voor haar nationale recht geldt mutatis mutandis ook hier.

In geval van meervoudige nationaliteit is er geen aanleiding om het recht van de effectieve nationaliteit te laten prevaleren. Ook op het andere nationale recht kan een beroep worden gedaan om een geldige erkenning tot stand te brengen.

De rechtsfiguur van de erkenning dient in de eerste plaats het belang van het kind. Van een belangentegenstelling tussen de moeder en de erkenner zal veelal geen sprake zijn. Er is daarom aanleiding om hier, anders dan bij de afstamming van een kind van gehuwde ouders, een de erkenning begunstigende regel te geven. Derhalve zijn als subsidiaire aanknopingsmogelijkheden gekozen de gewone verblijfplaats van het kind, het nationale recht van het kind en de gewone verblijfplaats van de man. Dit zijn dezelfde aanknopingspunten als die van de ICBS-Overeenkomst van 1980. Om redenen die hiervoor in het algemene gedeelte van deze toelichting zijn uiteengezet, is evenwel geen stelsel van alternatieve aanknopingsmogelijkheden gekozen, maar een stelsel van primair en subsidiair in aanmerking komende aanknopingen. Dat erkenning gebonden is aan de instemming van de moeder en eventueel ook het kind, geeft voldoende waarborg dat deze favoriserende conflictenregel niet leidt tot erkenningen die in het belang van het kind niet gewenst zijn.

2. Bijzondere regel voor de erkenning door een gehuwde man

Het tweede lid bevat een afwijkende regel ten aanzien van de bevoegdheid van de gehuwde Nederlandse man om het vaderschap van een kind te erkennen. Tot het opnemen van deze regel is aanleiding gevonden in verband met het karakter van de erkenning naar Nederlands recht als rechtshandeling, en de mogelijkheid van misbruik van deze rechtsfiguur door gehuwde personen ter omzeiling van de wettelijke bepalingen inzake de Nederlandse regelgeving inzake interlandelijke adoptie, welke bepalingen vooral de bescherming van het te adopteren kind op het oog hebben. Om die reden komt het mij wenselijk voor dat de bevoegdheid van de gehuwde Nederlandse man uitsluitend aan het Nederlandse recht wordt getoetst. Zie voor het huidige Nederlandse recht het bepaalde in artikel 204, eerste lid, onder a, b, en e, Boek 1 BW, welk laatste artikellid in alle gevallen een rechterlijke interventie impliceert. Een met de voorgestelde bepaling overeenkomende bepaling is opgenomen

in artikel 11 betreffende de erkenning van buitenslands tot stand gekomen rechtsfeiten en rechtshandelingen.

Gelet op de ratio van deze bepaling, namelijk de bescherming van het kind, moet zij worden geacht te gelden ongeacht of de betrokken man naast de Nederlandse nationaliteit nog een andere nationaliteit heeft en ongeacht of dit de effectieve nationaliteit is.

3. Aparte regel voor de toestemming van de moeder c.q. van het kind

Zoals blijkt uit het derde lid, worden de toestemming van de moeder en de toestemming van het kind onderworpen aan het personele recht van de moeder, dan wel het kind. Dit is in overeenstemming met de traditionele verdeling van aanknopingsfactoren betreffende de verschillende aspecten van de erkenning. Men kan zich afvragen of het in de Nederlandse wet neergelegde vereiste van toestemming van de moeder of het kind in Nederland als een voorrangsregel zou moeten gelden. Dat zou betekenen dat aan dat vereiste moet zijn voldaan ongeacht of het nationale recht van de moeder of het kind een dergelijk voorschrift bevat. Een zo strenge regel zou echter haar doel missen. Zeer veel rechtsstelsels – waaronder het merendeel van de Europese stelsels – kennen het vereiste van toestemming niet, hetgeen samenhangt met het karakter van de erkenning als waarheidshandeling. Het zal daarom veelal mogelijk zijn in het buitenland een akte van erkenning te laten opmaken zonder dat de moeder of het kind met de handeling instemt. Dat zou ertoe kunnen leiden dat men zich naar het buitenland begeeft om een erkenning tot stand te brengen. In dit verband zij verder verwezen naar de door de Staatscommissie vermelde rechtspraak van de Hoge Raad, waaruit blijkt dat er in bepaalde omstandigheden sprake kan zijn van een relativering van het vereiste van toestemming naar Nederlands recht. Dit maakt dat het minder voor de hand ligt om in internationale gevallen dat vereiste als een vereiste van openbare orde te beschouwen. Wel acht ik het, gelet op het beschermende karakter van de Nederlandse voorschriften ter zake van toestemming, wenselijk dat de Nederlandse vrouw of het Nederlandse kind, ongeacht of zij of hij naast de Nederlandse nationaliteit nog een andere nationaliteit heeft, aan die voorschriften worden gehouden. Daarenboven wordt, overeenkomstig het advies van de Staatscommissie, voor het geval het aangewezen personele recht de erkenning niet kent, voor het vereiste van toestemming subsidiair het recht van de gewone verblijfplaats van de moeder of het kind aangewezen. Ten aanzien van de geldigheid van in het buitenland tot stand gekomen erkenningen wordt in artikel 10 een afzonderlijke regeling gegeven. De vatbaarheid van het kind voor erkenning is in de rechtsleer wel als apart aspect gezien, maar het blijkt niet dat in de rechtspraak aan dit onderwerp ook een eigen aanknopingsfactor wordt verbonden. Het lijkt aangewezen, reeds terwille van de eenvoud, daaruit de conclusie te trekken dat er geen voldoende aanleiding (meer) is dit aspect apart te behandelen. De vatbaarheid van het kind voor erkenning wordt derhalve getoetst aan het door de eerste twee leden aangewezen recht.

4. Vermelding van het toegepaste recht in de akte

Het is wenselijk dat komt vast te staan welk recht op de erkenning is toegepast. Daarom schrijft het derde lid voor, dat zulks in de erkenningsakte en vervolgens in de latere vermelding moet worden vermeld. Met name is dit van belang met het oog op de vernietiging of de nietigverklaring van de erkenning die ingevolge het voorgestelde artikel 5 wordt beheerst door het recht dat op de erkenning is toegepast.

Artikel 5 – Ongedaanmaking van de erkenning

Dat het recht dat op de erkenning is toegepast ook de vraag beheerst of en onder welke voorwaarden een erkenning kan worden ongedaan gemaakt, ligt voor de hand. Gaat men uit van de wenselijkheid dat erkenningen slechts in zeer beperkte mate vatbaar zijn voor vernietiging of nietigverklaring – zoals in het Nederlandse recht het geval is – dan is hier, anders dan bij de ontkenning van het vaderschap, geen enkele aanleiding tot een favoriserende benadering.

De voorgestelde regel houdt rekening met de in artikel 4 voorgeschreven distributieve toepassing van rechtsstelsels op de verschillende aspecten van de totstandkoming van de erkenning.

Onder de voorwaarden voor aantasting van de erkenning moeten niet alleen gerekend worden de gronden waarop die aantasting mogelijk is, maar ook de termijnen welke voor een actie daartoe zijn voorgeschreven. Het Nederlandse recht kent voor de actie tot aantasting van een erkenning beperkte gronden en stringente termijnen. Dit doet de vraag rijzen of een buitenlands recht dat beduidend ruimere regels zou kennen, in Nederland kan worden toegepast, of dat de internationale openbare orde hier bepaalde grenzen stelt. Dit spreekt te meer indien bij de erkenning een Nederlands kind betrokken is. Het gaat te ver om op dit punt, indien dat al mogelijk ware, wettelijke regels te stellen. Dat evenwel op dit punt de nationaalrechtelijke opvattingen van invloed kunnen zijn is aannemelijk. De rechter zal in voorkomende gevallen zonedig de grens moeten trekken.

Artikel 6 – Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap

Naast de vrijwillige erkenning staat volgens het nieuwe recht de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (artikel 207 Boek 1 BW). Deze rechtsfiguur komt ook voor in veel buitenlandse rechtsstelsels. Het is mitsdien wenselijk dat voor deze rechtsfiguur een conflictenregel wordt gegeven. Bij de procedure zijn de moeder, die het verzoek indient, de man wiens vaderschap wordt vastgesteld en het kind betrokken. Die omstandigheid pleit ervoor aan te knopen aan een factor die aan de betrokkenen gemeenschappelijk is. Eerst wanneer dit niet mogelijk is, is het passend om aan te knopen aan een factor die primair voor het kind relevant is. Aldus komt men op een stelsel dat evenals in artikel 1, de gemeenschappelijke nationaliteit van de man en de moeder vooropstelt (welke nationaliteit meestal ook die van het kind zal zijn) en bij gebreke daarvan aanknoopt bij het land van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats. Bij gebreke ook daarvan past men het recht van het land van de gewone verblijfplaats van het kind toe. Het tijdstip van de indiening is hier het meest voor de hand liggende tijdstip voor de bepaling van het toepasselijke recht.

In het nieuwe Nederlandse recht zijn ook de brieven van wettiging (de oude artikelen 215 en 216 Boek 1 BW) vervangen door de (posthume) gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. In het advies van de Permanente Commissie is aanbevolen ook in dit geval aan te knopen aan het gemeenschappelijke recht zoals dat in artikel 1 is gedaan ten aanzien van de afstamming door geboorte van de gehuwde ouders. Steun voor deze oplossing is te vinden in een tweetal adviezen van de Hoge Raad over verzoeken om brieven van wettiging in internationale gevallen (HR 29 november 1985, NJ 1987, 204 en HR 20 oktober 1994, NJ 1995, 466). Voorgesteld wordt in dit geval aan te knopen aan het gemeenschappelijke nationale recht van de man en de moeder op het tijdstip van het overlijden van de man, subsidiair aan het recht van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats op dat tijdstip en meer subsidiair aan het recht van de gewone verblijfplaats van het kind op het tijdstip van de indiening van het verzoek. Een en ander is neergelegd in het tweede lid.

Artikel 7 – Wettiging

Wat betreft de wettiging door huwelijk is Nederland gebonden aan de regels van de Overeenkomst van Rome van 10 september 1970 (Trb. 1972, nr. 61).

Die overeenkomst is, behalve door het Koninkrijk, aanvaard door Oostenrijk, Frankrijk, Griekenland, Italië, Luxemburg en Turkije. Zij houdt als hoofdregel in dat de wettiging door het huwelijk van de ouders in de verdragsstaten wordt erkend wanneer hetzij het nationale recht van de vader, hetzij het nationale recht van de moeder deze wettiging mogelijk maakt. Gelet op het aan de overeenkomst ten grondslag liggende favor-beginsel, mag worden aangenomen dat in geval van meervoudige nationaliteit van de ouders, de wettiging geldig is indien zij volgens een van de nationale rechtsstelsels geldig is, ongeacht of dat het recht van de effectieve nationaliteit is.

De regel geldt ook voor wettigingen door huwelijk die door een latere rechterlijke beslissing worden vastgesteld.

De verdragsstaten kunnen op vier gronden een voorbehoud maken, namelijk a. wanneer het kind niet het kind is van de ouders die het hebben gewettigd, b. wanneer het huwelijk dat in de betrokken verdragsstaat is gesloten niet als geldig wordt aangemerkt, c. wanneer het huwelijk dat elders is gesloten en waarbij een onderdaan van de verdragsstaat partij is, niet wordt erkend, of d. wanneer het kind overspelig is ten opzichte van een van de betrokken partijen die onderdaan is van de verdragsstaat. Behalve in die gevallen kan aan de wettiging geen erkenning worden onthouden, zelfs niet op grond van de openbare orde. Deze regels zijn toepasselijk zelfs in de verhouding tot niet-verdragsstaten. De regeling is te beschouwen als een bodemvoorziening en in de nationale wetgeving van de verdragsstaten kunnen regels worden gegeven die de wettiging nog meer begunstigen. Voor het Koninkrijk is bij deze overeenkomst het voorbehoud gemaakt dat een wettiging niet zal worden erkend indien een van de betrokken echtelieden de Nederlandse nationaliteit heeft en het huwelijk binnen het Koninkrijk niet ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken of in een ander land niet geldig is voltrokken volgens het recht van dat land.

Beslissingen tot ongeldigverklaring van een wettiging op grond van een van de door de overeenkomst toegelaten voorbehouden hebben slechts rechtskracht in de verdragsstaat waar zij zijn gegeven.

Nu het nieuwe interne Nederlandse recht de rechtsfiguur van wettiging niet meer kent, blijft de betekenis van de verwijzingsregel beperkt tot de vraag of een kind in Nederland naar vreemd recht zonder erkenning door wettiging in familierechtelijke betrekking tot de ouders komt te staan en voor de vraag naar welk recht moet worden beoordeeld of op een buitenslands tot stand gekomen wettiging in Nederland kan worden erkend, onderscheidenlijk kan worden aangetast. Men zie in dit verband ook artikel 9, derde lid, en 10, derde lid, bepalend dat de in hoofdstuk 5 opgenomen regels voor de erkenning van buitenslands tot stand gekomen rechtsfeiten en beslissingen niet van toepassing zijn op de wettiging.

In het tweede lid van het voorgestelde artikel 7 wordt nog een subsidiaire verwijzingsregel toegevoegd aan de regels van de overeenkomst. Bij wettiging, waar het belang van het kind voorop staat en zich, evenals bij de erkenning, belangentegenstellingen niet licht zullen voordoen, is er aanleiding om een favoriserende regeling te ontwerpen. Het ligt voor de hand hier het land van de gewone verblijfplaats van het kind toe te voegen. Datzelfde aanknopingspunt is ook in artikel 4 betreffende de erkenning voorgesteld. Een zekere congruentie tussen erkenning en wettiging is, wegens het in de meeste rechtsstelsels daartussen bestaande verband, wenselijk. Voorvraag en hoofdvraag dienen zoveel mogelijk door hetzelfde recht te worden beheerst.

In het derde lid worden de door het Koninkrijk ten aanzien van de overeenkomst van Rome gemaakte voorbeholden vermeld. Aangezien inmiddels de Wet conflictenrecht huwelijk kracht van wet heeft verkregen en in werking is getreden, kan voor wat betreft de regels voor de geldigheid van het huwelijk naar die wet worden verwezen. Deze regel brengt mee dat onder omstandigheden onder wettiging in de zin van artikel 7 ook is begrepen het geval dat volgens een buitenlands recht door een zgn. akte van huwelijksbevestiging, die een antedatering van het huwelijk met het oog op de rechtspositie van het voordien geboren kind tot gevolg heeft, wordt bereikt dat het kind als wettig moet worden beschouwd. In de Nederlandse rechtspraak zijn dergelijke gevallen reeds op deze wijze behandeld.

In het vierde lid is als toetsingsmoment aangewezen het tijdstip van het huwelijk van de ouders, dan wel, in geval van vaststelling van de wettiging door een rechterlijke of andere bevoegde autoriteit, het tijdstip van de indiening van het verzoek of de vordering. De overeenkomst van 1970 geeft geen uitsluitel over de vraag welk tijdstip bepalend is ingeval de totstandkoming van familierechtelijke betrekkingen is vastgesteld bij een beslissing. Gevolgd is het advies van de Staatscommissie en niet dat van de Permanente Commissie, waarin is voorgesteld het tijdstip van de beslissing als toetsingsmoment aan te wijzen. In het algemeen wordt de opvatting gehuldigd dat het op een verzoek of een vordering toepasselijke recht wordt bepaald aan de hand van de omstandigheden op het tijdstip van indiening. Het komt mij redelijk voor ook in het geval van een procedure tot vaststelling van familierechtelijke betrekkingen door wettiging hiervan uit te gaan. Datzelfde tijdstip komt dan in aanmerking als toetsingsmoment in verband met de erkenning van een buitenlandse beslissing houdende zodanige vaststelling. Met een eventueel tijdens de procedure intredende verandering van de nationaliteit van de man of de vrouw dan wel van de gewone verblijfplaats van het kind, wordt bij deze oplossing in beginsel geen rekening gehouden.

Overeenkomstig de adviezen is geen regel opgenomen inzake de vernietiging van een wettiging, wegens het praktisch zeer geringe belang van de zaak.

Artikel 8 – De inhoud van de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming

Zowel in het advies van de Staatscommissie als in dat van de Permanente Commissie wordt een regel voorgesteld die in het algemeen de inhoud van de familierechtelijke betrekkingen tot onderwerp heeft. In het voorstel van de Staatscommissie wordt het gemeenschappelijke nationale recht van ouder(s) en kind en subsidiair het recht van het land van de gewone verblijfplaats van het kind als toepasselijk op de inhoud van de familierechtelijke betrekkingen aangewezen. In het voorstel van de Permanente Commissie wordt het gemeenschappelijke nationale recht, subsidiair het recht van het land van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats aangewezen, meer subsidiair het recht van het land van de gewone verblijfplaats van het kind. De beide voorstellen onderscheiden zich derhalve niet principieel van elkaar. Zij hebben voorts gemeen, dat zij ervan uitgaan dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen het recht dat de totstandkoming van de familierechtelijke betrekkingen beheerst en het recht dat hun inhoud bepaalt. Een voor de hand liggende opvatting zou zijn, dat zo'n onderscheid in beginsel niet moet worden gemaakt. Het behoeft immers uitleg dat voorwaarden en gevolgen van éénzelfde familierechtelijke handeling (erkenning, wettiging, gerechtelijke vaststelling van het vaderschap) door verschillende rechtsstelsels zou worden beheerst. Bij nadere beschouwing blijkt die opvatting niet goed houdbaar te zijn, en wel om de volgende redenen.

In de eerste plaats wordt er in beide adviezen op gewezen, dat de

belangrijkste gevolgen van het bestaan van familierechtelijke betrekkingen reeds onderhevig zijn aan speciale verwijzingsregimes. Zo wordt de onderhoudsplicht beheerst door het recht dat wordt door de bepalingen van het Haagse Verdrag van 2 oktober 1973 inzake het toepasselijk recht op onderhoudsverplichtingen (Trb. 1974, 86). Wat de naam betreft, geldt de Overeenkomst inzake het recht dat van toepassing is op geslachtsnamen en voornamen (Trb.1981, 72). Het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 5 oktober 1961 (Trb. 1968, 101) bevat regels betreffende het gezag over minderjarige kinderen. De betekenis van een regel betreffende de overige inhoud van de familierechtelijke betrekkingen is daarom beperkt. Onderwerpen als het ouderlijk vruchtgenot, de rechten en verplichtingen van het kind jegens de ouders (afgezien van onderhoud) en het recht op naamgeving van de ouder(s) zouden aan zo'n algemene regel onderworpen zijn. De noodzakelijkerwijs beperkte betekenis van de algemene regel beperkt ook het belang van de vraag welk recht de inhoud moet beheersen. Het principiële aspect van die vraag is daardoor evenwel niet minder van belang.

De Staatscommissie ziet als bezwaar tegen een regel dat voorwaarden en gevolgen door hetzelfde recht worden beheerst, dat dit recht niet hetzelfde hoeft te zijn voor beide ouders, bijvoorbeeld bij een buiten huwelijk geboren kind het nationale recht van de moeder wat betreft de tussen haar en het kind bestaande betrekkingen en, indien het kind door een man is erkend, het nationale recht van die man in de relatie tot de man. Indien de moeder en erkenner ongehuwd blijven samenleven met het kind in een gezinsverband, is het denkbaar dat bijvoorbeeld met betrekking tot het ouderlijk vruchtgenot twee met elkaar conflicterende regelingen toepasselijk zijn. De Staatscommissie is voorts van mening dat het onjuist zou zijn dat het tijdstip van de geboorte of de erkenning (wettiging) blijvend van invloed zou zijn op de inhoud van de betrekkingen. Naar haar mening moet niet als vaste regel worden gekozen voor de onveranderlijkheid van het op de inhoud van de betrekkingen toepasselijke recht. Ik deel de opvatting van de Staatscommissie dat er na verandering van aanknopingspunten aanleiding kan zijn om aan zaken zoals de rechten en plichten van het kind tegenover zijn ouders, alsmede het ouderlijk vruchtgenot een inhoud te geven die in overeenstemming is met het nieuwe gezinsrecht.

Gelet op deze argumenten en op de omstandigheid dat een onderscheid tussen het ontstaan en de gevolgen van familierechtelijke betrekkingen ook wordt gemaakt in andere rechtsstelsels, waaronder het Franse, het Zwitserse en het Duitse, heb ik op dit punt de adviezen gevolgd. De Staatscommissie en de Permanente Commissie hebben gesignaleerd dat het bij de voorgestelde regel kan voorkomen dat de inhoud van de familierechtelijke betrekkingen wordt beheerst door een recht dat niet voorziet in het ontstaan van zodanige betrekkingen, met name door erkenning. Aan dat probleem kan door «aanpassing», bijvoorbeeld door assimilatie met een ander, wel in dat recht bestaand instituut, het hoofd worden geboden.

In het tweede lid van artikel 8 is een regel opgenomen voor het geval slechts met de moeder familierechtelijke betrekkingen bestaan. Aangeknoopt wordt aan de gemeenschappelijke nationaliteit van moeder en kind, en bij gebreke daarvan aan de gewone verblijfplaats van het kind.

Artikelen 9 en 10 – De erkenning van buitenslands tot stand gekomen rechterlijke beslissingen, rechtsfeiten en rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd

1. Probleemstelling

De vraag hoe in het buitenland tot stand gekomen beslissingen of rechtsfeiten betreffende de afstamming – een buitenlandse erkenning, wettiging, gerechtelijke vaststelling van vaderschap, etc. – door het Nederlandse recht moeten worden beschouwd, is van grote praktische betekenis. Zij wordt bij wijze van spreken dagelijks onder ogen gezien door ambtenaren van de gemeentelijke basisadministratie en door ambtenaren van de burgerlijke stand die dergelijke buitenslands tot stand gekomen rechtsfeiten moeten registreren. Verwezen zij in dit verband naar de artikelen 36 en 37 van de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens alsmede naar artikel 20b Boek 1 BW. Voorwaarde voor de opnemng in de registers van de burgerlijke stand is dat de akten en uitspraken overeenkomstig de plaatselijke voorschriften zijn opgemaakt en gedaan en een overeenkomstige uitwerking hebben als de akten en rechterlijke uitspraken, bedoeld in artikel 20 Boek 1 BW en voorts dat de Nederlandse openbare orde zich niet tegen het plaatsen van de latere vermelding verzet. Op deze wijze wordt de erkenning van de buitenlandse rechtsfeiten, die door de plaatsing van de latere vermelding wordt bevestigd, in eerste instantie toevertrouwd aan de ambtenaar de burgerlijke stand. Tegen weigering tot plaatsing daarvan kan beroep bij de rechter worden ingesteld via artikel 27 Boek 1 BW. De ambtenaar van de burgerlijke stand, die zich aldus voor moeilijk op te lossen internationaal privaatrechtelijke vragen gesteld kan zien, kan steun vragen bij de Commissie van advies voor de zaken betreffende de burgerlijke staat en de nationaliteit, die over dergelijke gevallen pleegt te beraadslagen. In het verleden was de gangbare opvatting dat de toetsing aan de Nederlandse openbare orde mede inhield dat men naging of de buitenlandse autoriteit bij haar beslissing het recht heeft toegepast dat ingevolge de Nederlandse verwijzingsregel zou zijn toegepast. Indien dit niet het geval was en ook het resultaat van het toegepaste recht afweek van het resultaat dat zou zijn bereikt met toepassing van het door de Nederlandse verwijzingsregel aangewezen recht, werd de erkenning van het feit of de beslissing wegens strijd met de Nederlandse openbare orde geweigerd. De vraag rijst in hoeverre een dergelijk beleid nog in overeenstemming is met rechtsopvattingen die inmiddels ingang hebben gevonden.

2. Rechterlijke beslissingen

Wat de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen inzake de afstamming betreft, bepleit de Staatscommissie dat een conflictenrechtelijke toetsing achterwege blijft. Die benadering vindt haar bevestiging in de rechtspraak. Een recent voorbeeld is Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 1996, NIPR 1997, nr. 73. Zij vindt haar bevestiging eveneens in regelgeving op een aanverwant terrein, namelijk de Wet conflictenrecht echtscheiding van 25 maart 1981 (Stb. 166). De in artikel 10, eerste en tweede lid, gegeven erkenningsregel voor rechterlijke beslissingen beperkt zich tot een toetsing van de aanknopng met de rechtssfeer van het land van de rechter, zulks in verband met diens rechtsmacht, de toetsing van de kwaliteit van de rechtspleging en van de verenigbaarheid met de openbare orde. Met de Staatscommissie ben ik van mening dat de erkenningsregel zich dient te beperken tot positieve beslissingen, d.w.z. beslissingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd. Dit betekent dat de beoordeling van de rechtskracht van

negatieve beslissingen aan de rechter wordt overgelaten. De regel heeft geen betrekking op buitenlandse beslissingen waarbij in een derde land tot stand gekomen beslissingen zijn erkend.

Overeenkomstig het advies van de Staatscommissie is aan de erkenningsregel een regel met betrekking tot tegenstrijdige beslissingen toegevoegd. Ten slotte zij vermeld dat een regel inzake litispendingie voorkomt in artikel I (Eerste Boek, Eerste Titel, eerste afdeling) van het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel houdende onder meer wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Kamerstukken II, 1995/96, 24 651), welke afdeling wederom is opgenomen in een nieuw daartoe strekkend wetsvoorstel, dat inmiddels voor advies aan de Raad van State is aangeboden.

3. Rechtsfeiten en rechtshandelingen

Wat betreft de erkenning van rechtsfeiten en rechtshandelingen betreft, kan een praktijkvoorbeeld de probleemstelling verduidelijken. Stel dat een Nederlandse man in Frankrijk het kind erkent dat hij bij zijn Franse vriendin heeft verwekt. Bij terugkeer in Nederland vraagt de vader inschrijving van de geboorteakte van het kind in de registers van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage alsmede plaatsing daarop van de latere vermelding dat het kind door hem erkend is. Bij toepassing van het Nederlandse recht op de erkenning, ingevolge de Nederlandse verwijzingsregel die de voorwaarden voor erkenning doet beheersen door het nationale recht van de man, zou de erkenning niet – of althans niet zonder meer – geldig zijn omdat aan een Nederlandse voorwaarde voor erkenning niet is voldaan. Aangezien de vader en het kind Nederlanders zijn, is de Nederlandse openbare orde bij deze kwestie betrokken. Moet de ambtenaar de inschrijving, onderscheidenlijk de plaatsing van de latere vermelding weigeren op grond van het enkele feit dat op de erkenning Frans recht is toegepast en dat zulks tot een ander resultaat heeft geleid dan toepassing van Nederlands recht te zien zou hebben gegeven? Hoewel het vraagstuk van de erkenning in Nederland van buitenslands tot stand gekomen beslissingen en rechtsfeiten een vraagstuk is dat ook buiten het afstammingsrecht rijst, is er dunkt mij aanleiding om, in verband met het bijzondere belang van de afstamming, in het onderhavige wetsvoorstel een bepaling op te nemen die de Nederlandse rechtstoepasser houvast geeft.

De Permanente Commissie heeft voorgesteld de door haar opgestelde conflictenregels mede van toepassing te doen zijn bij de toetsing van rechtshandelingen en -feiten die in het buitenland hebben plaatsgevonden. De voorkoming van schijnhandelingen speelt in haar overwegingen een rol. De Staatscommissie heeft aan het vraagstuk uitvoerige aandacht besteed en was, na ampele overweging, van mening dat de handhaving van de conflictenrechtelijke toetsing voor rechtsfeiten en -handelingen verantwoord was. Haar eindoordeel steunde onder meer op de overweging dat het bezwaar tegen het aanleggen van een dergelijke toetsing, nl. dat ook bona fide handelingen worden getroffen, minder zwaar weegt bij invoering van regels die de totstandkoming van familie-rechtelijke betrekkingen begunstigen.

De argumentatie op grond waarvan de bedoelde toetsing gedeeltelijk wordt gehandhaafd en waarbij een onderscheid wordt aangebracht tussen rechtsfeiten en handelingen enerzijds en rechterlijke beslissingen anderzijds, komt mij niet overtuigend voor. Weliswaar wordt in het rapport van de Staatscommissie uiteengezet dat de door de ambtenaar van de burgerlijke stand geregistreerde handelingen en feiten voorlopig zijn in die zin dat zij door een rechterlijke beslissing kunnen worden achterhaald, maar dat is naar mijn mening geen voldoende reden om de erkenning van die handelingen in Nederland afhankelijk te stellen van de vraag of het resultaat overeenstemt met dat van toepassing van de

Nederlandse conflictenregels. Dat een ander recht is toegepast dan het recht dat volgens het Nederlandse internationaal privaatrecht toepasselijk zou zijn, kan op zichzelf geen weigering van de erkenning van het feit op grond van strijd met de openbare orde rechtvaardigen. Zeker niet wanneer het volgens het Nederlandse conflictenrecht aangewezen recht tot hetzelfde resultaat zou hebben geleid, maar ook wanneer het resultaat anders zou uitvallen. Het gaat naar mijn mening te ver om de Nederlandse verwijzingsregels zonder meer als van positieve openbare orde aan te merken en aldus het Nederlandse conflictenrecht als het ware te «exporteren» naar het buitenland.

Ik merk hierbij verder op dat het in de beide adviezen over deze kwestie ingenomen standpunt achterhaald is door de rechtspraak van de Hoge Raad, in het bijzonder de beschikking van 31 januari 1992 (NJ 1993, 261). Uit die uitspraak blijkt dat het voor de geldigheid van een in het buitenland tot stand gekomen erkenning door een Nederlander niet noodzakelijk wordt geacht dat deze conform de regels van het interne Nederlandse recht is gedaan. De Hoge Raad noemt een catalogus van aanknopingen die erop neerkomt dat vrijwel elke relevante aanknoping geoorloofd is.

Evenmin ben ik overtuigd door het argument dat de conflictenrechtelijke toetsing noodzakelijk is om schijnhandelingen in de erkenningsfase te weren. Uiteraard dienen schijnhandelingen te worden geweerd, maar dan op grond van strijd met de Nederlandse openbare orde. Dat is dan ook in de regeling uitdrukkelijk aangegeven.

Daarnaast noemt de bepaling nog twee specifieke gevallen waarin strijd met de openbare in elk geval aanwezig wordt geacht. Het betreft in de eerste plaats het geval waarin een gehuwde Nederlandse man in het buitenland een kind heeft erkend terwijl hij daartoe naar de maatstaven van het Nederlandse recht niet bevoegd was. Beoogd wordt hiermee misbruik van de erkenning ter omzeiling van de adoptiewetgeving te voorkomen. Zie artikel 10, tweede lid, onder a. De aan deze regel ten grondslag liggende beschermingsgedachte impliceert dat zij toepassing dient te vinden ook al is de Nederlandse nationaliteit van betrokkene niet zijn effectieve nationaliteit.

Dat een in het buitenland verrichte erkenning door een niet-Nederlandse gehuwde man, wiens nationale recht in die mogelijkheid voorziet, in Nederland niet wegens strijd met de openbare orde als ongeldig kan worden aangemerkt, is beslist in de uitspraak van de Hoge Raad van 28 april 1986 (NJ 1987, 926).

Een ander geval waarin aanleiding is de openbare orde in stelling te brengen, is dat waarin in het buitenland een erkenning heeft plaatsgevonden zonder de toestemming van de moeder, terwijl deze volgens het door artikel 4, vierde lid, primair of subsidiair aangewezen recht noodzakelijk was. Hiermee wordt voorkomen dat een man wiens verzoek om het opmaken van een akte van erkenning in Nederland is afgewezen (eventueel nadat de rechter heeft geweigerd vervangende toestemming te geven), en die in het buitenland erin slaagt een zodanige handeling te verrichten, vervolgens in Nederland hierop een beroep zou kunnen doen. Aangetekend zij overigens dat de toestemming van de moeder of het kind niet steeds uit de buitenlandse akte behoeft te blijken. Voldoende is dat zij kan worden afgeleid uit de omstandigheden, bijvoorbeeld de omstandigheid dat de moeder zelf verzoekt om registratie van het feit in Nederland.

Voor het overige zal van geval tot geval moeten worden gezien of de Nederlandse openbare orde zich verzet tegen de erkenning van een buitenslands tot stand gekomen rechtsfeit betreffende de afstamming. Strijd met de openbare orde zal aanwezig zijn wanneer een erkenning in het buitenland is verricht met het uitsluitende oogmerk het kind het Nederlanderschap te doen verkrijgen, en hem aldus van een verblijfsrecht in Nederland te verzekeren. Voor het overige sluit de voorgestelde regel

aan bij hetgeen reeds wordt aangenomen bij andere onderwerpen van personen- en familierecht, in het bijzonder het huwelijk (Haags Huwelijksverdrag van 1978 (Trb. 1987, 137) en de daarop gebaseerde Wet conflictenrecht huwelijk van 7 september 1989 (Stb. 392), alsmede voor de naam (Wet conflictenrecht namen van 3 juli 1989 (Stb. 288), als gewijzigd bij Wet van 24 december 1998 (Stb. 1999, 2).

Artikel 11 – Overgangsrecht

Evenals voor andere onderwerpen van internationaal familierecht (huwelijk, namen, rechtsbetrekkingen tussen echtgenoten, echtscheiding) geldt voor het internationale afstammingsrecht dat, omdat het een onderwerp in de persoonlijke sfeer betreft, terugwerking van de wettelijke bepalingen in het belang van de rechtszekerheid dient te worden uitgesloten. Zoals uit de toelichting op een aantal artikelen blijkt, sluit de voorgestelde regeling van het conflictenrecht voor een belangrijk deel aan bij de tot dusver gehanteerde ongeschreven normen.

Zij wijkt daarvan echter op een aantal punten af, zodat het de voorkeur verdient haar uitsluitend van toepassing te verklaren op rechtsbetrekkingen die na haar inwerkingtreding worden vastgesteld of gewijzigd alsmede op de erkenning van na haar inwerkingtreding buitenslands tot stand gekomen rechtsbetrekkingen.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals