

FAMILIE & RECHT

Citeerwijze van dit artikel:

Dr. Jinske Verhellen, 'Empirische studie over het Belgisch IPR in familiezaken', *Familie & Recht* 2013, april-juni, DOI: 10.5553/FenR/.000007

DOI: 10.5553/FenR/.000007

Empirische studie over het Belgisch IPR in familiezaken

Dr. Jinske Verhellen

I Inleiding

1. In 2004 codificeerde België zijn internationaal privaatrecht. Anders dan in Nederland gebeurde dit in een afzonderlijk wetboek, het Wetboek van Internationaal Privaatrecht (hierna: Wetboek IPR).¹ Dit Wetboek IPR omvat de drie luiken van het internationaal privaatrecht: (1) bepalingen die de internationaal bevoegde rechter of ambtenaar aanwijzen, (2) verwijzingsregels die het toepasselijk recht op internationale rechtsverhoudingen aanduiden (het conflictenrecht) en (3) bepalingen inzake de erkenning en tenuitvoerlegging in België van buitenlandse authentieke akten en rechterlijke beslissingen. Dit is ook anders dan het Nederlandse Boek 10 BW dat hoofdzakelijk regels van conflictenrecht bevat.

2. Met de steun van het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek - Vlaanderen (FWO) verrichtte ik onderzoek naar de concrete toepassingen van het Wetboek IPR op het terrein van het personen- en familierecht. Voor dit onderzoek beschikte ik over uitgebreid empirisch bronnenmateriaal dat heeft toegelaten inzichten te verwerven in de wijze waarop het Wetboek IPR zijn weg vond naar de praktijk van administraties en rechtbanken. Dit concrete bereik van het Wetboek IPR vormde het uitgangspunt van het onderzoek.²

Dit uitgangspunt leidde tot twee onderzoeksvragen:

1. Sluit de concrete toepassing van het Wetboek IPR aan bij de doelstellingen en ambities van de wetgever?
2. Wat zijn mogelijke oorzaken van bepaalde discrepanties tussen de doelstellingen en ambities van de wetgever en de concrete vertaling ervan in de praktijk? Liggen deze oorzaken in het Wetboek IPR zelf, dan wel bij het gebruik ervan en/of de context waarbinnen deze rechtstak moet functioneren?
3. Het toetsen van wetgevend werk aan de praktijk leidt tot vaststellingen; vaststellingen die niet *a priori* mogen worden gelezen als kritiek op het Wetboek IPR. Met de onderzoeksresultaten beschikken de rechtspracticus en de

beleidsmaker vooral over een gedocumenteerde analyse van acht jaar ervaring met het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken.

De onderzoeksresultaten zijn ondertussen gepubliceerd.³ In deze bijdrage verwijzen de termen ‘onderzoek’ en ‘boek’ naar dit gepubliceerde werk.

4. Deze bijdrage schetst eerst de empirische onderzoeksmethode (II). Vervolgens worden de voornaamste onderzoeksbevindingen toegelicht aan de hand van enkele gerichte illustraties (III). Deze illustraties vormen slechts een greep uit de vele concrete toepassingen die werden geanalyseerd. Tot slot biedt deze bijdrage een overzicht van de (beleids)aanbevelingen die uit het onderzoek zijn gevolgd (IV).

II Onderzoeksmethode

1 Twee onderzoeksfases

5. De eerste onderzoeksvraag deed het onderzoek in twee opeenvolgende fases verlopen. In een eerste fase werd onderzocht wat de doelstellingen en keuzes van de Belgische wetgever waren bij de uitwerking van de bepalingen van het Wetboek IPR die verband houden met het personen- en familierecht. In een tweede fase werden deze wetgevende doelstellingen en keuzes getoetst aan de praktijk, zijnde de activiteiten van gerechtelijke en administratieve overheden. Met ‘gerechtelijke overheden’ worden zowel burgerlijke als administratieve rechtscolleges bedoeld; onder ‘administratieve overheden’ worden in hoofdzaak lokale, federale, consulaire en diplomatieke ambtenaren begrepen. Deze *bottom-up* evaluatie van het Wetboek IPR liet toe na te gaan of de praktijk meegaat in de richting die de wetgever voor ogen had.

6. Voor deze twee fases in het onderzoek hanteerde ik verschillende methodes van gegevensverzameling en gegevensanalyse. Het onderzoek naar de doelstellingen van de wetgever is gebaseerd op de voor juristen vertrouwde methodiek van de (beschrijvende) tekstanalyse; voor de analyse van de rechtspraktijk werd een ‘eigen’ methodiek ontwikkeld om uniek bronnenmateriaal te benutten en te verwerken. Laat mij kort de bronnen en onderzoeksmethode per onderzoeksfase schetsen.

2 Onderzoeksfase 1: law in the books

2.1. Bronnen

7. De Belgische wetgever nam destijds drie doelstellingen als algemeen uitgangspunt: '*doelstelling van transparantie*', '*doelstelling van aanpassing aan de evolutie*' en '*doelstelling van internationale openheid*'.⁴

De wetgever streefde naar meer transparantie en eenvoud. Hij wenste bovendien een modern wetboek dat inspeelt op maatschappelijke evoluties, vanuit een open internationale ingesteldheid en met respect voor het andere (recht). Duidelijkheid, flexibiliteit en openheid zouden moeten bijdragen tot meer rechtszekerheid en meer internationale rechtsharmonie.

8. De analyse van de wetgevende doelstellingen en hun concrete invulling voor de verschillende domeinen van het familierecht gebeurde aan de hand van de parlementaire voorbereiding van het Wetboek IPR: het advies van de Raad van

State⁵, de Memorie van Toelichting (2003)⁶, de parlementaire behandeling in de Senaat⁷ en de Kamer,⁸ de Commissieverslagen van de Senaat⁹ en de Kamer¹⁰.

2.2 Onderzoeksmethode: tekstanalyse

9. De onderzoeksmethode voor deze fase van het onderzoek was deze van de tekstanalyse. Om deze analyse zo zuiver mogelijk te houden, nam ik een zo neutraal mogelijke houding aan. Om die reden zijn in deze analyse dan ook geen discussies in de rechtsleer opgenomen. In de eerste fase van het onderzoek was het immers de bedoeling om, in de mate van het mogelijke, afstand te houden van allerhande interpretaties. Parlementaire discussies, ook deze met en tussen de academici-experten die door de parlementaire commissies werden betrokken, komen echter wel aan bod: ze vormen immers onderdeel van het voorbereidende wetgevende werk. Zij hebben de wetgever mee beïnvloed bij het maken van bepaalde keuzes. Deze keuzes en het waarom van deze keuzes vormden het voorwerp van de eerste onderzoeksfase.

10. De gedetailleerde tekstanalyse belicht niet alleen de keuzes die de wetgever uiteindelijk maakte, maar verduidelijkt ook waarom de wetgever niet voor andere – eveneens denkbare – opties heeft gekozen. Deze klassieke tekstanalyse vormde de preliminaire stap die noodzakelijk was voor het vervolg van het onderzoek, met name de toets van de wetgevende doelstellingen aan de praktijk.

3 Onderzoeksfase 2: law in practice

3.1 Bronnen

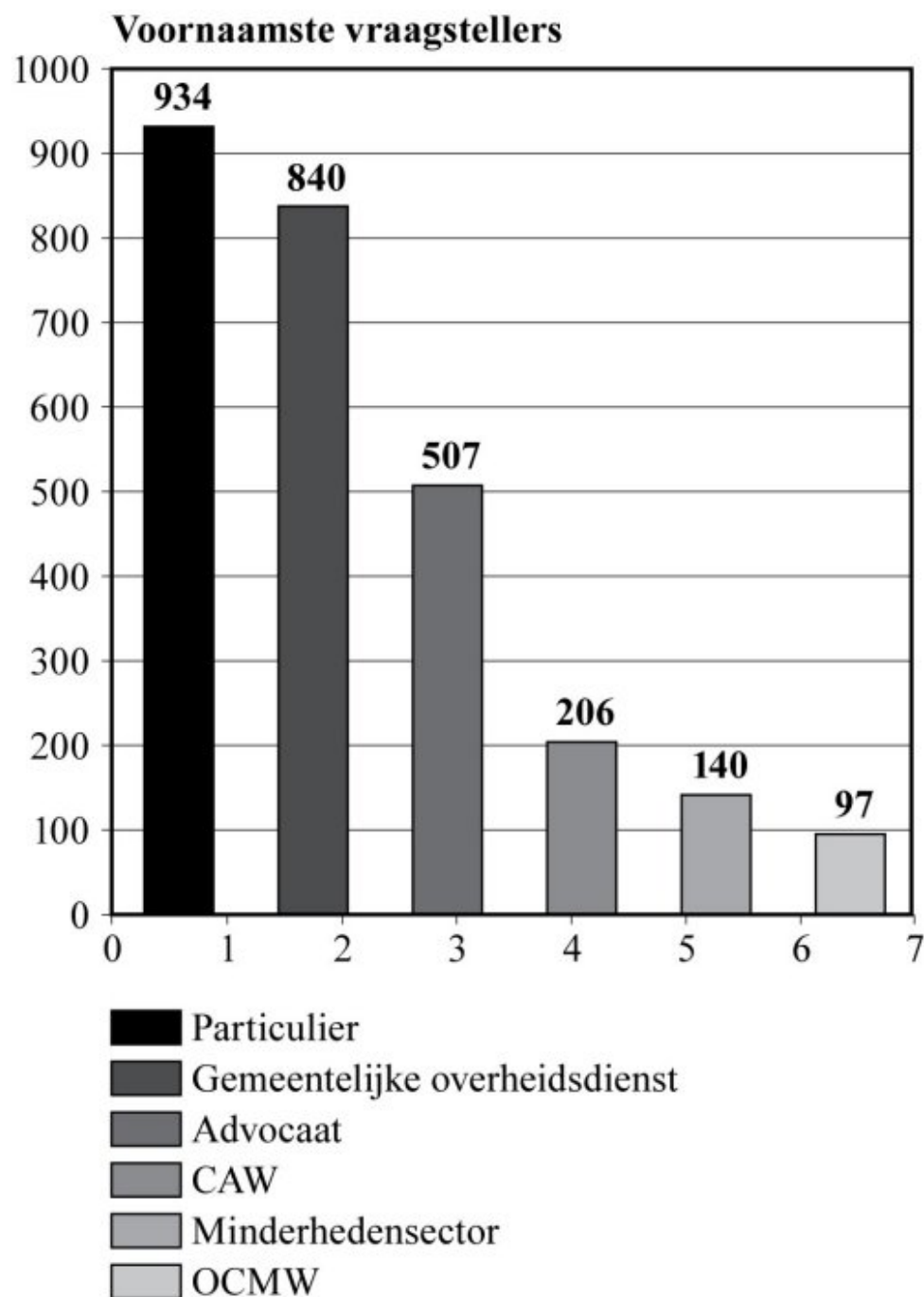
11. Tijdens de parlementaire besprekingen stelden de academici-opstellers van het Wetboek al dat de voorgestelde regels door pragmatisme waren ingegeven. De wetenschappers hadden er immers een punt van gemaakt '*om de strekking van de tekst te baseren op de praktijk van de rechtbanken, veeleer dan op abstracte theorieën*'. De voorstellen van de wetgever werden in verschillende beroepskringen *ex ante* getoetst aan de praktijk. De wetgever woog de haalbaarheid van de voorgestelde oplossingen onder meer af tegen '*het licht van de vereisten van de goede werking van de burgerlijke stand*'.¹¹ Het onderzoek beoogde bijkomende inzichten te bieden door een grondige toets aan meerdere jaren rechtspraak ná de inwerkingtreding van het Wetboek IPR. Deze *ex durante* toets vormde het voorwerp van de tweede fase van het onderzoek.

12. De analyse van de toepassingen in de praktijk gebeurde aan de hand van drie empirische bronnen: (1) een zelf aangelegde databank van rechtspraak, (2) interviews met magistraten en (3) een databank van adviesvragen aan het Steunpunt IPR.

13. Databank rechtspraak – De databank rechtspraak behelst 656 vonnissen en arresten. Het betreft zowel gepubliceerde als ongepubliceerde uitspraken, Belgische als buitenlandse, nationale als supranationale beslissingen.

14. Interviews – De rechtspraak werd aangevuld met 12 diepte-interviews met 16 magistraten. Bij de selectie van de magistraten speelden voornamelijk twee overwegingen: de 'aanwijsbare' IPR-expertise (af te leiden uit de rechtspraak van de betrokken magistraat) en de 'verwachte' expertise (gelet op het multicultureel/internationaal karakter van het rechtsgebied waarin zij rechtspreken).

De interviews vonden plaats in de periode februari 2010 tot juni 2010. De vragenlijst die ik ter oriëntering van het gesprek gebruikte, is als bijlage in het boek opgenomen.



Voornaamste vraagstellers

15. Databank Steunpunt IPR – Eind 2005 nam de toenmalige Belgische minister van Maatschappelijke Integratie en Gelijke Kansen het initiatief om twee Steunpunten IPR op te richten, een Nederlandstalig en een Franstalig – geheel volgens de Belgische traditie.¹² Beide Steunpunten groeiden uit tot een aanspreekpunt voor particulieren en professionelen met IPR-vragen in persoons- en familierechtelijke aangelegenheden. Deze vragen zijn afkomstig uit de meest diverse hoeken, met een duidelijk overwicht van de betrokkenen zelf, gemeentelijke ambtenaren en advocaten (zie grafiek).¹³

Het onderzoek heeft om reden van privacybescherming enkel gebruik gemaakt van de databank van het Nederlandstalige Steunpunt IPR. Na contact met de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer mocht het

Steunpunt IPR de gegevens waarover het beschikte, overmaken met het oog op wetenschappelijk onderzoek. Deze overdracht diende echter beperkt te blijven tot bepaalde data. Omdat de vragen aan het Nederlandstalige Steunpunt systematisch worden opgenomen in een elektronische databank, was het ‘technisch’ mogelijk om een aantal velden met bepaalde informatie (zoals persoonsgegevens vraagsteller of naam adviesverlener) weg te laten. Hierdoor beschikte ik over een voldoende anonieme databank die ‘privacyschendingenproof’ was. Omdat de vragen aan het Franstalige Steunpunt enkel beschikbaar zijn in ringmappen, was dergelijke privacybescherming niet mogelijk. Deze beperking nam evenwel niet weg dat de databank van het Nederlandstalige Steunpunt – alleen al door haar omvang – een unieke bron van informatie vormde. Voor de bestudeerde periode (2006-2010) omvat de databank 3369 vragen om advies.

3.2 Onderzoeksmethode: kwalitatieve en kwantitatieve analyse

16. Het empirisch bronnenmateriaal maakte een gecombineerde kwalitatieve en kwantitatieve analyse mogelijk. Het boek vormt in de eerste plaats de neerslag van een kwalitatieve analyse van het bronnenmateriaal, maar schuwt de cijfers niet. De cijfers moeten op de eerste plaats inzicht geven in de omvang van welbepaalde problematieken. Niet de cijfers op zich zijn relevant, wel de mate waarin zij kunnen aantonen met welke problemen rechters en ambtenaren worstelen, welke knelpunten blijven terugkeren, welke zaken eenvoudig zijn en welke niet.

17. Rechtspraak – Wat de rechtspraak betreft, stond de kwalitatieve analyse voorop. Toch waagde ik me hier en daar aan enkele voorzichtige kwantitatieve gevolgtrekkingen. Dergelijke cijfermatige conclusies zijn bijzonder relatief aangezien in België niet alle rechtspraak systematisch wordt gepubliceerd. Daar waar de Nederlandse rechtspracticus terecht kan bij de algemene databank rechtspraak (<www.rechtspraak.nl>), is de Belgische rechtspracticus volledig aangewezen op de publicatie van rechtspraak in verschillende tijdschriften en deze zijn geneigd om vooral ‘interessante’ IPR-uitspraken te publiceren.

Vanuit wetenschappelijk oogpunt zijn echter niet alleen uitspraken over moeilijke IPR-vraagstukken interessant, maar bijvoorbeeld ook uitspraken waarin de IPR-regels niet worden toegepast of waarin rechters zonder veel omhaal de *lex fori* toepassen. Om die reden probeerde ik dan ook zoveel mogelijk ongepubliceerde vonnissen en arresten te verzamelen. Dit was geen voor de hand liggende zaak. Bepaalde rechtbanken stuurden veel rechtspraak door, andere rechtbanken zijn ondervertegenwoordigd in de voor het onderzoek aangelegde databank rechtspraak. Uit de interviews is ook naar voren gekomen dat er een bepaalde vrees bestaat om rechtspraak ter beschikking te stellen. Zo hoorde ik tijdens de interviews dat magistraten het niet altijd gemakkelijk vinden om geannoteerd te worden zonder dat zij zich kunnen verdedigen. Andere rechters stellen vast dat hun beslissingen in verschillende contexten worden bovengehaald. Ze wijzen er ook op dat ze niet altijd in staat zijn om omstandig genoeg uit te leggen waarom zij op een gegeven moment een bepaalde beslissing nemen.

Interview (rechter eerste aanleg):

Mais bon, on n'a pas envie de publier des choses où on sait bien que le bas peut blesser à certains égards. Et on n'a pas envie d'être cataloguée. Bon, on ne sait jamais. Ou on dira qu'elle bâcle ses décisions. Ça m'avait amusé de

lire un commentaire en disant: 'Le juge n'a pas vu ci, le juge n'a pas vu ça'. Et alors nous on n'a pas le droit de venir défendre notre décision ou des choses comme ça.

Interview (rechters eerste aanleg):

Rechter 1: Je n'adore pas être publiée mais, quand on me les demande, je les donne.

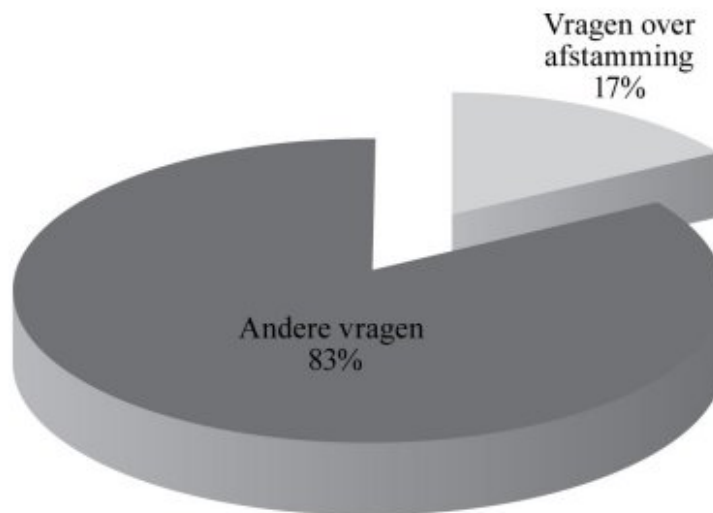
Rechter 2: Moi non plus, je n'aime pas parce que, des fois, on a pris cette décision-là dans ce cas-là, parce que c'était comme ça et on n'a pas spécialement envie qu'on nous le ressorte à tous les coups – parce que les situations sont différentes. [...] Ce n'est pas tellement pour la critique ou pas la critique, c'est parce que, souvent, c'est trop long d'expliquer le pourquoi du comment. Je ne suis pas une machine.

Zolang er in België geen algemene databank rechtspraak voorhanden is en rechtbanken niet altijd hun rechtspraak geheel ter beschikking stellen, geeft dergelijk eigenhandig verzamelde rechtspraak ongetwijfeld een onvolledig en ietwat vertekend beeld van de rechtspraktijk. Met deze beperkingen moet een onderzoeker in België vandaag leven.

18. Interviews – Het aantal interviews is beperkt gehouden om de tijd te kunnen nemen voor diepgaande gesprekken. In de mate van het mogelijke peilde ik naar wat magistraten leidt in hun beslissingen, naar het 'achterliggende waarom' van hun beslissingen. De rechter neemt immers *'niet blanco kennis van norm en casus, maar met de verwachting dat hij met de norm tot een rechtvaardige oplossing van het geval zal kunnen komen'*.¹⁴

De gesprekken met magistraten vormden zonder meer een waardevolle aanvulling op de beschikbare rechtspraak. Zo lag bijvoorbeeld een studie van de rechtskeuzemogelijkheid in de Belgische echtscheidingspraktijk niet voor de hand aangezien er nauwelijks rechtspraak beschikbaar is waarin deze rechtskeuze zichtbaar is. Het gebrek aan toepassingen in de rechtspraak deed vermoeden dat deze vernieuwing in het Wetboek IPR dode letter is gebleven. Om deze conclusie toch enige kracht bij te zetten, besprak ik de rechtskeuzemogelijkheid in echtscheidingszaken met verschillende magistraten. De interviews vormden voor dit deel van het onderzoek een belangrijke aanvulling op de schaarse toepassingen in de rechtspraak, mede in het licht van de Rome III-verordening die de rechtskeuze als uitgangspunt neemt (zie nr. 31).¹⁵

Databank Steunpunt IPR



Voornaamste vraagstellers

19. Databank Steunpunt IPR – De vragen om advies zijn door het Steunpunt zelf opgedeeld in verschillende inhoudelijke rubrieken enerzijds (zoals staat en bekwaamheid, naam, huwelijk en samenwoning, echtscheiding, afstamming, ouderlijke verantwoordelijkheid, buitenlandse wetgeving) en praktische rubrieken anderzijds (zoals categorie vraagsteller, nationaliteit betrokkene). Deze rubrieken maakten het mogelijk om een aantal zoekfuncties te creëren, bijvoorbeeld om alle vragen over een bepaald onderwerp (naam/afstamming/huwelijk) te distilleren en in kaart te brengen, of om een combinatie te maken van vragen over de naam/afstamming/huwelijk en de vraagsteller (gemeente/particulier/advocaat). Deze zoekfuncties stelden mij in staat om vragen en clusters van vragen te selecteren, en vervolgens kwalitatief en kwantitatief te analyseren. Zonder de cijfers uit te vergroten kon per onderzochte materie de omvang van bepaalde vraagstukken cijfermatig worden gesitueerd en in een grafiek geïllustreerd. Het bestek van deze bijdrage laat slecht één illustratie toe.

Het Steunpunt IPR krijgt veel vragen over de inhoud van buitenlands afstammingsrecht. In de periode 2006-2010 ging 17 % van de vragen over afstammingskwesties (zie grafiek). Deze vragen betreffen verschillende aspecten van het afstammingsrecht: het al dan niet bestaan van een vaderschapsvermoeden, de mogelijkheden voor een gehuwde/ongehuwde man om een kind (prenataal) te erkennen, de mogelijkheden/termijnen voor een betwisting vaderschap, enz. Opvallend hierbij is hoeveel buitenlands recht het Steunpunt IPR moet opzoeken en ter beschikking stellen van de vraagstellers. De databank leidt ons als het ware de wereld rond. Er zijn vragen over het afstammingsrecht van Afghanistan, Angola, Armenië, Bangladesh, Brazilië,

Canada, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Ghana, Honduras, India, Iran, Israël, Italië, Kenia, Kongo, Kosovo, Mali, Marokko, Myanmar, Nederland, Nigeria, Oekraïne, Pakistan, Portugal, Rusland, Sierra Leone, Slowakije, Spanje, Tanzania, Tibet, Trinidad en Tobago en Turkije. Deze vragen om informatie zijn in hoofdzaak afkomstig van gemeentelijke ambtenaren (38,5 %), betrokkenen en hun familieleden (15 %) en advocaten (13 %).

20. De analyse van de vragen om advies aan het Steunpunt IPR liet toe om tal van knelpunten en evoluties die niet meteen zichtbaar zijn in de rechtspraak, bloot te leggen. Zo is er bijvoorbeeld – in tegenstelling tot in Nederland – geen (gekende) rechtspraak in België over de gevolgen van het huwelijk op de naam, en meer bepaald over de mogelijkheid die het Wetboek IPR biedt om ter gelegenheid van het huwelijk een familienaam te kiezen.¹⁶ Dit gebrek aan rechtspraak kan de indruk wekken dat er op dit punt geen problemen zijn. De databank van het Steunpunt IPR spreekt dit zonder meer tegen, zoals blijkt uit enkele illustraties hieronder.

Vraag (ambtenaar burgerlijke stand, april 2007):

Een Nederlandse vrouw (van Turkse origine) huwde in 2004 in België met een Belgische man (van Turkse origine). Thans wil de vrouw de naam van haar man toevoegen aan haar eigen naam. Op het ogenblik van het huwelijk werd niet gevraagd om deze naam toe te voegen. Kan dit nu nog en zo ja, op basis van welk artikel? Artikel 38 Wetboek IPR spreekt enkel over 'ter gelegenheid van een huwelijk'. Hoe moet ik dit interpreteren?

Vraag (ambtenaar burgerlijke stand, oktober 2008):

In het Duitse recht kunnen echtgenoten kiezen voor een 'gezamenlijke familienaam'. Moeten zij die keuze samen maken? Waar kan dit? Alleen voor een Duitse ambtenaar van de burgerlijke stand of ook op het consulaat? Kunnen Belgische ambtenaren die naam akteren en zo ja, is er dan geen probleem met het feit dat dit gezamenlijk moet en een van de echtgenoten de Belgische nationaliteit heeft, en dus eigenlijk niet kan kiezen op het vlak van de naam?

Vraag (particulier, november 2010):

Een vrouw kreeg bij haar huwelijk in Albanië de naam van haar echtgenoot. Zij is ondertussen uit de echt gescheiden. Zij heeft nog steeds de naam van de ex-echtgenoot. Zij wil graag haar meisjesnaam terug. Hoe? ¹⁷

Daarnaast bood de databank van het Steunpunt IPR ook zicht op de praktijk van bepaalde administraties; doorheen de vragen aan het Steunpunt worden bijvoorbeeld de standpunten en werkwijzen van steden en gemeenten en de Dienst Vreemdelingenzaken (ver)duidelijk(t). Dit was een unieke opportuniteit voor het opzet van het onderzoek. Zo blijkt uit de databank van het Steunpunt IPR – en voorlopig nog niet uit de rechtspraak – dat bepaalde administraties de erkenning weigeren van Pakistaanse huwelijksakten waarin een specifieke clause voorkomt, namelijk een clause die aangeeft dat de vrouw geen recht heeft om te scheiden. Op grond van het Pakistaanse huwelijks- en echtscheidingsrecht kan de man zijn verstotingsrecht overdragen aan de vrouw. Dit is een mogelijkheid voor de man; hij kan dit doen in het huwelijkscontract (bij de huwelijksluiting of nadien). Voor deze overdracht van het verstotingsrecht is een standaardclausule opgenomen in de Pakistaanse huwelijksakte (clausule nr. 18 – 'Has the husband given the right of divorce to

his wife, if so on what conditions?'). Wanneer deze clause vermeldt dat de vrouw dit echtscheidingsrecht niet heeft, dan wijst dit erop dat de man zijn recht om te verstoten niet heeft overgedragen aan zijn vrouw. Dit betekent echter niet dat de vrouw niet op een andere manier een einde kan maken aan het huwelijk. Het Pakistaanse recht kent immers verschillende echtscheidingsvormen die ook toegankelijk zijn voor de vrouw.¹⁸

Vraag (betrokkene, november 2008):

Onze huwelijksakte uit Pakistan werd niet erkend na een opmerking van het consulaat over een echtscheidingsclausule. Ondertussen hebben we een bewijs van de Pakistaanse rechter dat het huwelijk wel kan worden ontbonden. Nu is er geen opmerking meer van het consulaat.

Vraag (betrokkene, april 2009)

In juni 2008 hebben ze in Antwerpen mijn huwelijk niet erkend wegens de clause dat de echtgenoot zijn echtgenote geen recht geeft op echtscheiding. Sindsdien heeft de gemeente advies gevraagd aan de procureur. [...] Ik ben nu al bijna een jaar aan het wachten op een antwoord van de gemeente.

Vraag (categorie vraagsteller onbekend, december 2009):

De Dienst Vreemdelingenzaken weigert een visum omwille van de clause in de Pakistaanse huwelijksakte dat de vrouw geen recht heeft op echtscheiding. De Dienst Vreemdelingenzaken wil met nieuwe documenten het dossier heropenen. Het nieuw document dat ze vragen is een gewijzigde huwelijksakte. Wat is dit?

Vraag (ambtenaar burgerlijke stand, maart 2010):

In de loop van vorig jaar hebben wij in onze registers van de burgerlijke stand een huwelijksakte overgeschreven van een Belgische vrouw, gehuwd in Pakistan. In deze akte werd vermeld dat de echtgenote geen recht had op echtscheiding. Thans bezorgt de betrokkene ons een verbeterend vonnis waarbij haar dit recht wel wordt toegekend. Kan u ons mededelen welk gevolg wij hieraan dienen te geven?

De Dienst Vreemdelingenzaken beschouwt dergelijke clause strijdig met het beginsel van de gelijkheid van vrouw en man. Een erkenning van de huwelijksakte is bijgevolg niet mogelijk, want strijdig met de internationale openbare orde. Gevolg is dat de betrokkenen geen verblijfsdocumenten op basis van dit huwelijk kunnen bekomen. De Dienst Vreemdelingenzaken adviseert de betrokkenen een verbetering te vragen van de huwelijksakte via de rechter in Pakistan. Met de rechterlijke beslissing kan men dan de wijziging laten registreren en de oorspronkelijke huwelijksakte laten verbeteren in Pakistan. Deze werkwijze blijkt uit de databank van het Steunpunt IPR en (voorlopig nog) niet uit de rechtspraak.

21. Dit bronnenmateriaal – de combinatie van rechtspraak, interviews en adviesvragen aan het Steunpunt IPR – geven het onderzoek een bij uitstek empirisch karakter. Het liet toe om dicht bij de concrete toepassingen in de praktijk te blijven. Dit was een bewuste keuze. Het Wetboek IPR regelt immers *geen abstracte problemen, het regelt problemen van mensen*'.¹⁹ Doorheen de vele citaten in het boek komen verhalen van mensen en vragen van magistraten en ambtenaren tot leven. Verschillende vragen uit de databank van het Steunpunt IPR en verschillende passages uit de interviews worden letterlijk

geciteerd. Hiertoe wordt in het boek een specifieke vormgeving gebruikt, waardoor deze ‘illustraties’ zich onderscheiden van de ‘traditionele’ rechtsbronnen (rechtspraak en rechtsleer).

3 Thematische afbakening van het onderzoek

22. Om de concordanties en discordanties tussen de wetgevende doelstellingen en de toepassingen in de praktijk zo systematisch en grondig mogelijk in kaart te brengen, werd ervoor gekozen om te werken met enkele concrete en gerichte thema's uit het familierecht die exemplarisch (kunnen) zijn voor tal van andere toepassingen van het Wetboek IPR. De keuze voor deze thema's vloeide als vanzelf voort uit het onderzoeksmateriaal, dat de meest terugkerende en pertinente vragen en knelpunten uit de praktijk blootlegde. Op die manier verkreeg de afbakening van het onderzoek meteen ook een objectief karakter.

22. Het boek bestaat uit drie delen en zeven thematische hoofdstukken. Deel I gaat in op drie kernbegrippen in het IPR: de ‘nationaliteit’ (en de problematiek van bipatriden, vluchtelingen en staatlozen – Hoofdstuk 1), de ‘gewone verblijfplaats’ en de ‘woonplaats’ (Hoofdstuk 2). Delen II en III vertrekken van de klassieke structuur in het IPR: het conflictenrecht enerzijds en het erkenningsrecht anderzijds. Deel II onderzoekt de toepassing van buitenlands recht in België aan de hand van de multilaterale verwijzingsregel voor afstamming (Hoofdstuk 1) en de rechtskeuze in echtscheidingszaken (Hoofdstuk 2). Deel III analyseert de erkenning in België van buitenlandse authentieke akten en rechterlijke beslissingen. Het gaat in op de algemene erkenningsregels aan de hand van buitenlandse huwelijksakten, partnerschappen, echtscheidingsvonnissen en geboorteakten na draagmoederschap (Hoofdstuk 1), en op de specifieke erkenningsregimes voor de naam (Hoofdstuk 2) en de verstoting (Hoofdstuk 3).

In elk hoofdstuk, of voor elk thema, komen de twee vermelde onderzoeksfases terug: na een analyse van de wetgevende doelstellingen volgt telkens een studie van de concrete toepassingen in de praktijk.

III Voornaamste onderzoeksresultaten

1 Discrepanties tussen wet en praktijk

24. Het onderzoek heeft op een omstandige wijze verschillende discrepanties tussen de *law in the books* en de *law in action* blootgelegd. Zo geeft het Wetboek IPR de rechtspracticus ontegensprekelijk een duidelijk begrippenkader (artikelen 3 en 4 over de begrippen nationaliteit, woonplaats en gewone verblijfplaats), maar blijkt het niet in staat om bijvoorbeeld de weinig eenduidige aanpak van nationaliteitsconflicten te verhinderen.²⁰ Het Wetboek laat toe open te staan voor het ‘andere’ recht (via multilaterale verwijzingsregels),²¹ maar in de praktijk is er eerder sprake van hoffelijkheid ten aanzien van andere rechtssystemen dan van echte gelijkwaardigheid tussen deze rechtssystemen.²² Het Wetboek heeft ook de potentie om in te spelen op nieuwe fenomenen in de samenleving, zoals de benadering van het draagmoederschap aantoont. Die flexibiliteit staat dan weer in schril contrast met een grote starheid in andere domeinen van het familierecht, zoals de materie van de naam illustreert.²³

25. Deze bijdrage gaat hierna iets uitvoeriger in op twee van deze discrepanties: de duidelijke regeling voor de administratieve erkenning van buitenlandse akten

en vonnissen versus de problematiek van de tegenstrijdige beslissingen (1.1.) en de invoering van de rechtskeuze voor echtscheiding versus het beperkte gebruik ervan in de echtscheidingspraktijk (1.2.).

1.1 De problematiek van de tegenstrijdige administratieve beslissingen

26. De wetgever voorzag een duidelijke regeling voor de administratieve erkenning van buitenlandse authentieke akten en rechterlijke beslissingen.²⁴ Met artikel 31 Wetboek IPR beoogde de wetgever duidelijkheid en meer zekerheid te brengen in een materie die voordien '*door geen enkele specifieke wetsbepaling [was] geregeld*'.²⁵ Op grond van deze bepaling kan een ambtenaar van de burgerlijke stand een buitenlandse huwelijksakte of echtscheiding erkennen en vervolgens overschrijven in de registers van de burgerlijke stand of opnemen in het bevolkings- of vreemdelingenregister zonder dat een tussenkomst van een rechter of een verplichte passage langs een centrale autoriteit nodig is. Dit is de erkenning *de plano* of de erkenning van rechtswege. Het systeem is duidelijk; de wetgever streefde met deze bepaling een evenwicht na tussen rechtszekerheid en soepelheid.²⁶

27. In de praktijk worden deze soepelheid en het basisvertrouwen in het werk van buitenlandse rechters en ambtenaren evenwel doorkruist door tegenstrijdige standpunten van Belgische administratieve overheden. Zo kan een gemeentelijke ambtenaar bijvoorbeeld een buitenlands huwelijk erkennen en overschrijven in de registers van de burgerlijke stand, terwijl de Dienst Vreemdelingenzaken dit niet erkent en bijgevolg een visum gezinshereniging weigert af te leveren dat op basis van dit huwelijk wordt gevraagd. Nog complexer wordt het wanneer tussen de gemeentelijke overschrijving van het huwelijk en de visumweigering door de Dienst Vreemdelingenzaken, een kind wordt geboren en de gemeente het kind registreert als een kind van het echtpaar.

In de databank van het Steunpunt IPR, maar ook in de rechtspraak, zijn deze tegenstrijdige beslissingen prominent aanwezig. De problematiek stelt zich het scherpst bij de erkenning van buitenlandse huwelijksakten. Hierbij springen vooral de tegenstrijdigheden tussen de beslissingen van de nationale Dienst Vreemdelingenzaken en deze van de steden en gemeenten in het oog. Er zijn ook tegenstrijdige beslissingen tussen gemeenten onderling met 'city shopping' tot gevolg. Burgers weten ondertussen welke stad of gemeente strenger of minder streng is bij de beoordeling van buitenlandse huwelijksakten.

Vraag (particulier, maart 2008):

Mijn zus en haar minderjarig kind kregen een visum D voor gezinshereniging met haar geregulariseerde partner uit Afghanistan. Ze kreeg een tijdelijke witte kaart (Bewijs van Inschrijving in het Vreemdelingenregister). De witte kaart is verstrekt en nog steeds niet verlengd. De Dienst Vreemdelingenzaken zegt dat het dossier niet volledig is (geen verslag wijkagent) en dat ze het huwelijk niet meer erkent. De huwelijksakte van Pakistan werd nochtans gelegaliseerd door de Belgische ambassade en er werd een visum D gegeven en een eerste Bewijs van Inschrijving in het Vreemdelingenregister (BIVR). Kan de Dienst Vreemdelingenzaken nu opeens beslissen om het huwelijk niet meer te erkennen?

Vraag (gemeentelijke ambtenaar, juli 2008):

Een buitenlandse huwelijksakte is erkend door onze gemeente, maar niet door

de Dienst Vreemdelingenzaken. Kan dit huwelijk zomaar uit het Rijksregister worden gehaald of moeten we de mensen aanraden om de erkenning bij de rechter te vragen?

Vraag (gemeentelijke ambtenaar, december 2009):

Mijn vraag betreft de erkenning van een Taiwanees huwelijk tussen een Belgische man en een Taiwanese vrouw. De huwelijksakte werd reeds eerder door een Belgische gemeente erkend in 2006 (om gezinshereniging te verkrijgen). Nu wil mevrouw de Belgisch nationaliteit aanvragen op basis van haar huwelijk met een Belg, doch daarvoor moet de gemeente X het huwelijk erkennen en dat zou niet mogelijk zijn omdat België de Taiwanese overheden niet erkent. Quid?

28. Wanneer administraties over buitenlandse akten en vonnissen oordelen, moeten zij elk vanuit hun specifieke opdrachten en bevoegdheden de vereiste erkenningscontrole doen. De ene administratieve overheid heeft niet meer zeggingskracht dan de andere. Dit is hoe de wetgever het voor ogen had. Uit de bestudeerde rechtspraak blijkt echter dat niet alle rechtbanken en hoven de wetgever op die manier begrijpen. De meerderheidsrechtspraak zet de verschillende administraties weliswaar op voet van gelijkheid, maar er is ook rechtspraak die stelt dat de beslissing van de eerst gevatte overheid bindend is voor alle andere administraties of rechtspraak die aanneemt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand ter zake exclusieve bevoegdheid heeft. Het onderzoek gaat uitvoerig in op deze verschillende standpunten in de rechtspraak.²⁷

29. Ook de administraties zelf ontwikkelen eigen praktijken, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de administratieve (niet-)erkenningen van buitenlandse verstotingen. Artikel 57 Wetboek IPR voorziet in een bijzondere regeling voor buitenlandse huwelijksontbindingen op grond van de wil van de man. Het uitgangspunt van artikel 57 is de niet-erkenning van de verstoting. Twee elementen zijn hierbij determinerend: het eenzijdige karakter van de huwelijksontbinding en het feit dat de verstoting een prerogatief is van de man. Wanneer die twee elementen voorhanden zijn, is de erkenning niet mogelijk, tenzij aan een aantal restrictieve voorwaarden cumulatief wordt voldaan.²⁸

Ook hier geldt de erkenning van rechtswege als uitgangspunt: elke overheid kan erkennen of niet erkennen zonder dat er sprake is van enige hiërarchie. Analyse van het bronnenmateriaal heeft echter blootgelegd dat er in de praktijk wel hiërarchie bestaat. Zo blijkt uit de databank van het Steunpunt IPR dat Belgische ambassades en consulaten in het buitenland zonder veel omhaal werken met de sticker 'artikel 57 Wetboek IPR': naar aanleiding van de legalisatie van buitenlandse echtscheidingsdocumenten wordt deze sticker bijvoorbeeld ook aangebracht op verstotingen die dateren van vóór de inwerkingtreding van het Wetboek IPR²⁹ en op documenten die duidelijk niet onder het toepassingsgebied van artikel 57 vallen.³⁰ Deze praktijk heeft een grote impact. De sticker 'artikel 57' of het oordeel van de Federale Overheidsdienst (FOD) Buitenlandse Zaken onder wie de ambassades en consulaten ressorteren, neemt de gedaante aan van een 'bindend' oordeel dat nadien door andere administratieve overheden zonder meer wordt gevolgd. Zelden stellen gemeentelijke ambtenaren zich vragen bij het oordeel van ambassades en consulaten; deze kunnen immers de zaken ter plaatse het best beoordelen. Dit neemt echter niet weg dat artikel 57 functioneert binnen het Wetboek IPR in zijn geheel, waarin alle administraties op voet van gelijkheid over buitenlandse akten

en beslissingen kunnen oordelen. In het huidige wetgevend kader heeft enkel de rechter het laatste en bindende woord.³¹

1.2 Geen rechtskeuze waar mogelijk, gebrek aan rechtskeuzemogelijkheid waar nodig

30. De introductie van de mogelijkheid van rechtskeuze in echtscheidingszaken was vernieuwend.³² De wetgever wenst met deze rechtskeuzemogelijkheid de internationale harmonie te bevorderen en respect te tonen voor de culturele verbondenheid van mensen. Door deze keuze kunnen echtgenoten immers voorkeur geven aan het recht van hun land van oorsprong. *'Dit laat hen niet alleen toe hun verbondenheid met de cultuur van hun vaderland te bevestigen, maar biedt de echtgenoten tevens de zekerheid dat de Belgische beslissing in het buitenland uitwerking zal hebben telkens wanneer buitenlands recht de erkenning van een vonnis aan een controle van de toegepaste wet onderwerpt.'*³³

31. De rechtskeuzemogelijkheid voor echtscheiding was een belangrijke vernieuwing in het Belgisch familiaal internationaal privaatrecht. Uit het onderzoek – hoofdzakelijk uit de interviews (zie nr. 18) – is gebleken dat deze grote vernieuwing nauwelijks zichtbaar is in de Belgische rechtspraktijk: mensen maken geen gebruik van de rechtskeuzemogelijkheid. Als ze uitzonderlijk toch een keuze maken, is het er een voor het Belgisch recht. Mensen wensen vooral snel een echtscheiding en daartoe biedt het Belgisch recht hen alle mogelijkheden. Dit pragmatisme in de praktijk countert meteen ook de theoretische vrees voor meer wilsautonomie in het familierecht.

Interview (rechter eerste aanleg):

Dat heb ik nog nooit gezien. Nu, meestal is op grond van een van de andere bepalingen van artikel 55 de toepassing van het Belgisch recht toch quasi altijd mogelijk. [...] Ik heb het zelf nooit gezien omdat artikel 55 zo ruim is dat ik bijna altijd kan aanhangen aan het Belgisch recht.

Interview (rechter eerste aanleg):

Ah non, moi je n'ai jamais eu ce cas-là. C'est même le contraire. Quand ils sont ici, ils vivent ici, ils ne comprennent même pas qu'on leur parle de leur droit national.

Interview (rechter eerste aanleg):

Advocaten zullen wel altijd het Belgisch recht nemen omdat die het ook allemaal druk hebben. En als zij het Belgisch recht nemen, dan moeten zij het buitenlandse recht niet gaan zoeken. Zou dat niet?

Interview (rechter eerste aanleg):

Je n'ai jamais eu de demande de choix pour une autre loi que la loi belge, peut-être parce que la loi belge est devenue d'une facilité déconcertante. [...] J'ai déjà appliqué le droit étranger, mais pas sur base du choix. Quand il y a un choix, ça a toujours été la loi belge qui a été choisie.

Interview (rechter eerste aanleg):

Quand un Marocain veut qu'on applique sa loi, bien souvent, il va divorcer au Maroc. Bien souvent il s'est marié au Maroc et il va divorcer au Maroc. [...] C'est très théorique.

[...] les divorces, je pense que les gens sont pragmatiques. [...] Donc s'ils veulent divorcer vite, ils ne vont pas souligner le fait qu'ils sont marocains.

Uit de databank van het Steunpunt IPR blijkt bovendien dat mensen vaak bezig (moeten) zijn met andere zaken dan de vraag naar het toepasselijk recht. Zo zijn er regelmatig lastige problemen in verband met de voor te leggen documenten (bv. een gelegaliseerde huwelijksakte) of maken mensen zich zorgen over de impact van een echtscheiding op hun verblijfsstatuut. *Hic et nunc* overheerst het formeel-administratieve en verblijfsrechtelijke aspect van het migratieverhaal op het familierechtelijke. Mensen zijn wel bekommerd om de exporteerbaarheid van hun Belgische echtscheiding naar het land van herkomst, maar die zorg vertaalt zich (voorlopig) niet in een rechtskeuze voor buitenlands recht.

32. Dit zijn ongetwijfeld interessante vaststellingen in het licht van de Rome III-verordening die de rechtskeuze als uitgangspunt neemt.³⁴ Bovendien doen deze bevindingen nadenken over de partijautonomie in andere domeinen van het familierecht. In echtscheidingszaken lijkt de rechtskeuze geen prioriteit, voor naamperikelen lijkt dan weer meer aandacht nodig voor de wil van mensen.

Het hoofdstuk over de naam beschrijft hoe de Belgische wetgever voor de materie van de naam heel duidelijk koos voor de nationale wet van de persoon, waarmee de wetgever meteen (en misschien wel vooral) de toepassing van het Belgisch recht verzekerde voor Belgen (ook in het buitenland).³⁵ De nationaliteitsaanknopning werd helemaal niet in vraag gesteld. Analyse van het bronnenmateriaal heeft aangetoond wat eigenlijk al heel lang geweten is: het nationaliteitscriterium, dat ook terugkomt in de erkenningsregel,³⁶ gecombineerd met een onvoorwaardelijke voorkeur voor de Belgische nationaliteit in geval van dubbele nationaliteit,³⁷ leidt onvermijdelijk tot vele hinkende namen. Bovendien blijkt uit het bronnenmateriaal dat de nationaliteitsverwijzing kan leiden tot schendingen van het beginsel van gelijkheid tussen vrouw en man. Een Turkse vrouw in België kan op grond van het toepasselijke Turkse recht enkel kiezen tussen de naam van haar echtgenoot of de toevoeging van deze naam aan haar eigen familienaam. Zij kan niet kiezen om haar eigen meisjesnaam te behouden. Dergelijke naamsverandering, waarbij de vrouw niet dezelfde mogelijkheden heeft als de man, acht het Europees Hof voor de Rechten van de Mens strijdig met het fundamenteel beginsel van gelijkheid tussen vrouw en man.³⁸ Verschillende Belgische gemeenten kennen deze rechtspraak en corrigeren via de openbare orde-exceptie. Via deze correctie krijgen Turkse vrouwen, weliswaar onrechtstreeks, de keuze tussen de Turkse huwelijksnaam of hun meisjesnaam. Het gelijkheidsbeginsel leidt met andere woorden tot meer ruimte voor de betrokkenen. Deze ruimte voor de wensen en verwachtingen van mensen is 'mondialer' dan de keuzevrijheid die volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest Garcia Avello), aangezien ze niet beperkt blijft tot mensen met twee EU-nationaliteiten.³⁹

Uit de parlementaire werkzaamheden blijkt dat de keuze van de Belgische wetgever voor de nationaliteitsaanknopning destijds was ingegeven door het materieelrechtelijke beginsel van de vastheid van de naam en de vrees voor verlies aan rechtszekerheid, wat meteen aangeeft hoe verweven het IPR en het Belgisch materieel naamrecht wel zijn. België beschouwt de onveranderlijkheid en de vastheid van de naam als essentieel. Dit heeft voor gevolg dat meer keuzevrijheid een ondenkbare gedachte is, zowel in het materieel recht als in het internationaal privaatrecht. Het wordt nochtans (hoog) tijd dat de wetgever beide rechtstakken niet langer scheidt. Het moet immers gezegd; dit onderscheid lijkt nog enkel een theoretisch onderscheid. In essentie gaat het immers gewoon om de keuze van een naam.⁴⁰ Toch lijkt de tijd (nog steeds) niet

rijp om ook effectief een rechtskeuze te introduceren voor het vaststellen van de naam. De suggestie van de toenmalige Belgische minister van Justitie om in het Wetboek IPR een keuzemogelijkheid op te nemen voor de ouders van bipatride kinderen, heeft het niet gehaald.⁴¹ Ook de Nederlandse wetgever was tijdens zijn recente codificatieproces nog van mening dat het Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie niet verplichten tot de introductie van een rechtskeuze.⁴²

2 Instrumentalisering van het IPR

33. Deze en andere discrepanties tussen wet en praktijk hebben niet zozeer te maken met het Wetboek IPR zelf, maar eerder met de context waarbinnen het (Wetboek) IPR moet functioneren. Studie van de rechtspraak en analyse van de vragen aan het Steunpunt onthulden dat het (Wetboek) IPR in vele dossiers van internationaal familierecht slechts een middel is om een bepaalde werkelijkheid te beheersen. Administraties, magistraten en de betrokkenen zelf streven vaak hun eigen werkelijkheden na, waarbij het (Wetboek) IPR verschillende rollen toebedeeld krijgt. Het IPR wordt (bewust) ingezet of genegeerd ten behoeve van een bepaald beleid of een persoonlijk belang. Het wordt toegepast of net niet toegepast in functie van het resultaat dat mensen en/of overheden willen bereiken.

34. Het onderzoek heeft een aantal contextuele factoren gedistilleerd die hebben geleid tot deze instrumentalistische benadering van het IPR: de complexiteit van het familierecht in grensoverschrijdende zaken, het migratievraagstuk, de razendsnelle evoluties binnen de Europese Unie, de verschuiving naar pragmatische oplossingen en het gebrek aan afstemming tussen de verschillende registratiesystemen in België (het Rijksregister en de gemeentelijke registers van de burgerlijke stand). Deze bijdrage gaat kort in op twee van deze contextuele factoren: de invloed van het migratiebeleid op de regulering van het familieleven van mensen (2.1.) en de wetgevende en jurisprudentiële evoluties binnen de Europese Unie (2.2.).

2.1 Het migratievraagstuk

35. Het IPR zou bij uitstek de rechtstak moeten zijn die kan inspelen op migratiebewegingen en de invloed ervan op het familieleven van mensen. Het IPR – als bruggenbouwer tussen verschillende rechtssystemen – staat echter niet op zich. Het wordt mee opgeslorpt in het mondiale migratievraagstuk. Bepaalde verblijfsprocedures in België leiden vaak tot zeer ingrijpende reguleringen van het familieleven van mensen vanuit het voeren van een bepaald migratiebeleid en dus niet vanuit een streven naar internationale harmonie. Een visum gezinshereniging toekennen aan de buitenlandse echtgenote van een Belgische man veronderstelt een uitspraak over het huwelijk dat in het buitenland werd aangegaan en op basis waarvan vervolgens een visum wordt aangevraagd. Dit kan gaan over een ‘vertrouwd’ huwelijk uit Frankrijk, maar evenzeer over een huwelijk bij volmacht of een polygaam huwelijk uit Marokko, een homohuwelijk uit Zweden of een (symbolisch) huwelijk uit Las Vegas. Wanneer een uitspraak over die buitenlandse huwelijksakte niet langer beperkt blijft tot een IPR-onderzoek, maar ook een onderzoek vraagt naar fraude in de meest ruime zin van het woord (controle op documenten, schijnhuwelijken en zelfs netwerken van mensensmokkel en -handel), verzeilt het IPR ongewild en onbedoeld in het ruimere en politiek-maatschappelijk gevoelige migratiedebat.

Het geanalyseerde bronnenmateriaal legt tal van tegenstrijdigheden bloot tussen enerzijds de internationaal privaatrechtelijke benadering en anderzijds de verblijfsrechtelijke benadering van identieke gezinssituaties. Deze bijdrage beperkt zich (noodgedwongen) tot twee illustraties waaruit deze spanning tussen het IPR en het migratierecht blijkt: (1) de toepassing van de huidige regel voor de erkenning van buitenlandse akten en (2) het gebruik van DNA-testen.

36. Een erkenningsbeleid met twee maten en gewichten – Voorafgaand wil ik de lezer in Nederland meegeven dat het Belgische IPR werkt met het onderscheid tussen de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen enerzijds en de erkenning van buitenlandse authentieke akten anderzijds. Dit is enigszins anders dan het Nederlandse IPR dat werkt met het onderscheid tussen rechterlijke beslissingen enerzijds en rechtsfeiten en rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd en die zijn neergelegd in akten anderzijds. Belangrijker dan dit onderscheid in terminologie is het onderscheid in controle. Daar waar Nederland de conflictregel niet als richtsnoer hanteert voor de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten en rechtshandelingen, voorziet het Belgische Wetboek IPR voor de erkenning van buitenlandse authentieke akten de verregaande inhoudelijke conflictenrechtelijke controle of de controle op het toegepaste recht.⁴³ In België is de controle op akten fundamenteel anders dan deze op buitenlandse rechterlijke beslissingen. De controle op rechterlijke uitspraken beperkt zich tot een aantal punten en er is geen herziening ten gronde van de buitenlandse beslissing mogelijk.⁴⁴ Voor buitenlandse akten krijgt de term erkenning een andere invulling. De erkenning van akten valt samen met de beoordeling van de geldigheid ervan. Deze beoordeling moet gebeuren aan de hand van het door het Wetboek IPR aangewezen recht. Buitenlandse akten moeten met andere woorden beantwoorden aan de vereisten van het recht aangewezen door het Belgisch conflictenrecht.⁴⁵

Uit het onderzoek blijkt dat de conflictenrechtelijke controle in de praktijk niet de verwachte remmende factor blijkt te vormen op de doorwerking van akten uit het buitenland. Zo heeft de analyse van de rechtspraak aangetoond dat de conflictenrechtelijke controle geen rem vormt op de kinderwens van Belgische mannen en vrouwen die via draagmoederschap in het buitenland ouder willen worden. Belgische hoven en rechtbanken behandelen op een heel creatieve manier de verzoekschriften van Belgische wensouders die een beroep deden op een draagmoeder in het buitenland. Met de conflictenrechtelijke controle in de hand erkennen de rechters de in het buitenland vastgelegde afstammingsbanden 'gedeeltelijk', waardoor zij voor de betrokken kinderen een 'gedeeltelijk' einde maken aan de hinkende rechtsverhouding. Dit gebeurde voor het eerst in de zaak van de tweeling H&E, geboren in Oekraïne.⁴⁶ In deze zaak waren de beide wensouders (gehuwde man en vrouw) opgenomen in de Oekraïense geboorteakte. De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen maakte een mooi gemotiveerde toepassing van de conflictenrechtelijke controle: *'De rechtbank dient de rechtsgeldigheid van de geboorteakten te onderzoeken, aan de hand van het recht dat volgens het WIPR toepassing vindt.'* Via artikel 62 Wetboek IPR kwam de rechter uit bij de toepassing van het Belgisch recht, zijnde de nationale wet van de wensouders. De rechtbank controleerde de geboorteakten aan de hand van de voorwaarden van het Belgisch recht en ging hierbij terecht na of *'een vergelijkbaar resultaat [werd] bereikt, bij toepassing van de eigen verwijzingsregels en het buitenlandse recht. De akten moeten niet identiek zijn; er moet worden gekeken naar de equivalentie tussen de akten.'* Wat het

moederschap betrof, oordeelde de rechter dat het Oekraïense recht inhoudelijk essentieel op andere beginselen berust dan het Belgisch recht. In het Belgisch recht geldt nog steeds de regel dat de vrouw die van het kind bevalt, de moeder is (*mater semper certa est*). De vaststelling van het moederschap van de wensmoeder in de Oekraïense geboorteakte had '*volgens het huidig geldend Belgisch recht – virtueel niet in België kunnen bewerkstelligd worden.*' Daar waar naar Oekraïens recht de wensmoeder als juridische moeder kan worden beschouwd, is dit niet mogelijk overeenkomstig het Belgisch recht. Wat het vaderschap van de Belgische wensvader betreft, geldt naar Belgisch recht het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot van de moeder. De niet-erkenning van de wensmoeder als moeder heeft met andere woorden ook gevolgen voor het vaderschap van de wensvader. De rechter kwam echter tot een merkwaardig, origineel besluit. Hij weigerde de akten in België als rechtsgeldige 'geboorteakten' te erkennen, maar beschouwde de Oekraïense akten wel als rechtsgeldige 'authentieke akten voor zover uit die akten een erkenning van de kinderen door de wensvader blijkt'. De vaderlijke afstamming werd met andere woorden wel erkend, in tegenstelling tot de moederlijke afstamming. Gevolg hiervan was dat de kinderen de Belgische nationaliteit verwierven.⁴⁷ Hierdoor konden zij vervolgens een Belgisch paspoort bekomen en met de wensouders naar België komen. Eenmaal in België kon de wensmoeder de kinderen adopteren.⁴⁸ Deze 'inventieve' manier om de buitenlandse geboorteakten na draagmoederschap te erkennen, vond navolging in latere rechtspraak.

Voor buitenlandse huwelijksakten stelde ik dan weer weinig toepassingen vast van de conflictenrechtelijke controle. Dit hangt ongetwijfeld samen met het gegeven dat de beoordeling van buitenlandse huwelijksakten niet meer los te koppelen valt van de strijd tegen schijnhuwelijken. De rechtspraak hanteert in die context dan ook liever meteen de exceptie van de openbare orde en de wetsontduiking. Vraag is dan ook of het veel zin heeft om deze ingrijpende conflictenrechtelijke controle te behouden (zie nrs. 49-51) ... een controle die voor een mondiaal ingestelde IPR-jurist trouwens heel oncomfortabel aanvoelt.

37. De spanning tussen de verschillende normatieve posities die het IPR en het verblijfsrecht innemen en het daaruit voortvloeiend beleidsmatig gebruik of niet-gebruik van het Wetboek IPR blijken ook uit de wijze waarop ambtenaren en rechters de wetsontduiking en/of de openbare orde-exceptie een andere invulling geven naargelang het gaat om huwelijksakten uit het buitenland dan wel om geboorteakten na draagmoederschap in het buitenland. De vergelijkende analyse van de rechtspraak heeft blootgelegd dat er met twee maten en twee gewichten wordt gewerkt. Belgische koppels die een beroep doen op een draagmoeder in het buitenland kunnen op meer begrip rekenen dan koppels die in het buitenland trouwen (en een verblijfsrecht in België willen bekomen). Ik bracht dit samen onder de titel 'Strijd tegen fraude versus gezinsplanning op maat'.⁴⁹

Analyse van het bronnenmateriaal heeft bijvoorbeeld cijfermatig aangetoond dat bij de beoordeling van buitenlandse huwelijksakten hoven en rechtbanken de wetsontduiking heel vaak meenemen in hun overwegingen. De wetsontduiking kwam ter sprake in 77 van de 111 bestudeerde uitspraken, dus in 70% van de zaken. Ook in de databank van het Steunpunt duikt de problematiek van de wetsontduiking vaak op. In de – weliswaar nog – schaarse rechtspraak over grensoverschrijdend draagmoederschap kwam de wetsontduiking slechts in twee vonnissen ter sprake. Is dit contrast, bekeken vanuit het Wetboek IPR, wel

te verantwoorden?

Buitenlandse authentieke akten kunnen worden geweigerd wanneer er sprake is van wetsontduiking in de zin van artikel 18 Wetboek IPR. Centrale idee in deze bepaling is dat de betrokkenen, door het stellen van bepaalde handelingen, aan het door het Wetboek IPR aangewezen recht willen ontsnappen, meer bepaald aan het resultaat van de toepassing van dat recht. Welke feiten en handelingen gaven in de praktijk reeds aanleiding tot weigeringen op basis van wetsontduiking? In de rechtspraak springen de huwelijken in Denemarken en Zweden in het oog. Deense en Zweedse huwelijksakten stellen de Belgische rechtspractici voor de vraag of mensen die in België wonen en verblijven, en soms ook de Belgische nationaliteit hebben, wel een geldig huwelijk kunnen aangaan in een land waarmee ze weinig tot geen banden hebben.

Meerdere hoven en rechtbanken beslisten tot wetsontduiking in dergelijke situaties.⁵⁰ Zo stelde de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen bijvoorbeeld dat *'verzoekers geen enkele zinnige uitleg kunnen geven over de vraag waarom zij in Denemarken, een land waarmee geen van beiden ook maar enige binding heeft, zijn gaan trouwen. De enige mogelijke verklaring is dat zij meenden op die manier de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand voor een voldongen feit te kunnen plaatsen. Er is dus wel degelijk sprake van een poging tot wetsontduiking. Verzoekers hebben immers getracht, via de omweg van een buitenlands huwelijk en de erkenning ervan in België, een huwelijk in België tot stand te brengen hoewel dit niet mogelijk was op grond van de Belgische wetgeving'*.⁵¹

Eensgezind is de rechtspraak echter niet. Voor bepaalde rechters volstaat het niet dat de partijen niet de Deense of Zweedse nationaliteit hebben en niet in Denemarken of Zweden wonen of verblijven, om te besluiten tot wetsontduiking. Zo beklemtoonde de rechtbank van eerste aanleg te Bergen bijvoorbeeld dat het Wetboek IPR een intentioneel element vereist (*'le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par le code'*), dat uiteraard moet worden aangetoond. Het loutere feit dat de partijen *'qui ne sont pas de nationalité danoise et n'ont au Danemark ni domicile ni résidence, aient, contracté mariage dans ce pays ne suffit pas pour considérer que leur unique objectif était de ne pas se voir appliquer le droit désigné par le Code de droit international privé'*.⁵² Het hof van beroep te Luik oordeelde dat het niet is omdat betrokkenen *'une réglementation plus favorable'* kozen dat er meteen sprake is van wetsontduiking. Wetsontduiking moet worden bewezen. *In casu* vond het hof dat *'[l]e critère de 'finalité artificielle' ne repose sur rien, la fraude ne se présumant pas'*.⁵³

38. Het Wetboek IPR kant zich niet categoriek tegen een huwelijk of een geboorte in een land waarmee de betrokkenen geen banden hebben, maar verbiedt dat mensen dit doen om te ontsnappen aan het principieel toepasselijk recht. Ten aanzien van de huwelijken in Zweden en Denemarken bestaat er nog discussie in de rechtspraak: bepaalde hoven en rechtbanken spreken over artificiële lokalisering en het gebrek aan banden, andere erkennen de buitenlandse huwelijksakten niet op grond van het feit dat partijen naar het buitenland trokken nadat of omdat ze niet in België konden trouwen, nog andere achten wetsontduiking niet bewezen. Daartegenover staat de rechtspraak die opvallend stil is over mogelijke wetsontduiking in geval van internationaal draagmoederschap. Van de huwelijken in Scandinavië naar het

draagmoederschap in India of Oekraïne is de stap ‘juridisch-technisch’ nochtans snel gezet: Belgische wensouders doen een beroep op een draagmoeder in een land waarmee ze geen banden hebben. Wanneer zij dit doen, moet de geldigheid van de buitenlandse geboorteakten worden beoordeeld in het licht van het door het Wetboek IPR aangewezen recht, zijnde het Belgisch afstammingsrecht. Het Belgisch recht laat dergelijke afstammingsconstructie niet toe. Door naar het buitenland te trekken, wordt dit echter wél mogelijk. Dat dit ook de bedoeling is van de betrokkenen, kan tot weinig discussie aanleiding geven. Door het beroep op een draagmoeder in Oekraïne of India kunnen wensouders de toepassing van een ander recht bewerkstelligen. Ze kunnen een ander resultaat bereiken dan datgene wat ze ooit in België kunnen bekomen. En dat is ook hun bedoeling. Het argument dat België het draagmoederschap niet heeft geregeld en dat er dan ook geen sprake kan zijn van ontduiking van het Belgisch recht, neemt niet weg dat een gelijkaardige afstammingsconstructie niet mogelijk is in België. Het referentiepunt van de conflictenrechtelijke controle is hier het Belgisch recht. België heeft duidelijke afstammingswetgeving, zoals de regel *mater semper certa est*, die Belgische wensouders door het beroep op een draagmoeder in het buitenland ontwijken.

39. Bij de beoordeling van buitenlandse huwelijksakten en huwelijksontbindingen verschijnt de wetsontduiking in een heel specifieke gedaante: niet de ontduiking van het door het Wetboek IPR aangewezen recht staat centraal, maar wel de ontduiking van de verblijfsreglementering. Bij de beoordeling van grensoverschrijdend draagmoederschap is de wetsontduiking niet of nauwelijks aan de orde, zelfs niet in een andere gedaante. Het is nochtans duidelijk dat het grensoverschrijdend draagmoederschap de internationale regelgeving inzake interlandelijke adoptie buiten spel zet waardoor een aantal cruciale waarborgen ter bescherming van het kind wegvallen. Over dit reëel risico op ontduiking van de adoptieregelgeving is de rechtspraak opvallend zwijgzaam.

40. Het gebruik van DNA-testen in het kader van procedures gezinshereniging – De Dienst Vreemdelingenzaken steunt zich regelmatig op DNA-onderzoek om een uitspraak te doen over het verblijfsrecht, maar verblijf en status vallen niet zonder meer te scheiden. Wanneer bijvoorbeeld een Ghanese man een visum gezinshereniging aanvraagt voor zijn kind dat nog in Ghana verblijft, kan voor de DVZ een DNA-onderzoek naar de afstammingsband tussen vader en kind primeren op de geboorteakte van het kind. Wanneer er een gelegaliseerde geboorteakte voorligt, kan men zich afvragen wat de waarde van dergelijke akte van de burgerlijke stand dan nog is.

En zelfs wanneer DNA-onderzoek aantoonde dat de buitenlandse akte wel degelijk beantwoordt aan de biologische realiteit, blijven er administratieve hindernissen bestaan. Het kind krijgt een visum om zich met zijn vader en/of moeder in België te herenigen, maar de gemeente weigert het kind in te schrijven als ‘kind van’ en voert in het Rijksregister in dat de afstamming ‘onbepaald’ is. De databank van het Steunpunt IPR illustreert dit.

Vraag (CAW, februari 2010):

Het kind van een Somalische moeder heeft een visum gezinshereniging gekregen op grond van een DNA-test. Nu weigert de gemeente het kind in te schrijven als 'kind van' omdat de afstammingsband niet vaststaat volgens het burgerlijk recht.

Deze illustraties zijn meer dan louter anekdotisch. Dergelijke ‘administratieve’ hindernissen blijken immers ook uit de rechtspraak. Zo veroordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in 2009 de Belgische Staat omdat het in een afstammingszaak een onderscheid had gemaakt tussen mensen met een geldig verblijfsrecht en mensen zonder.⁵⁴ Een Congolese vrouw verbleef op het moment van de feiten illegaal in België. Opdat de Belgische biologische vader haar jongste kind zou kunnen erkennen, diende de vrouw eerst het vaderschap van haar echtgenoot te betwisten. De Belgische rechtscolleges weigerden de vrouw rechtsbijstand voor het voeren van deze procedure omdat zij illegaal in het land verbleef. Dit leverde voor het EHRM een schending op van de artikelen 6 *juncto* 14 EVRM. Voor het Hof had de zaak te maken met belangrijke familierechtelijke vragen *'non seulement de la requérante elle-même mais de plusieurs autres personnes. Il fallait donc des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement entre la requérante, qui ne possédait pas de carte de séjour, et les personnes qui en possédaient une'*⁵⁵ Het EHRM merkte ook op dat naar Belgisch recht geen verblijfsrechtelijk criterium speelt.⁵⁶ Ook personen zonder verblijfsvergunning moeten recht kunnen hebben op juridische tweedelijnsbijstand. Het EHRM wees er ook nog op dat de verblijfsvergunning van de vrouw anderhalve maand na de geboorte van het kind verstreken was en dat de vrouw reeds daarvoor maatregelen had genomen om haar situatie te regulariseren met het oog op het gezinsleven dat ze in België leidde. Tot slot oordeelde het EHRM dat er snel moest worden gehandeld omdat de vrouw de procedure voor de vaderschapsbetwisting binnen het jaar na de geboorte moest instellen.

Ook in IPR-zaken zelf zijn deze administratieve (migratie)hindernissen aan de orde. In een zaak voor de rechtbank van eerste aanleg te Luik lagen volgende feiten voor. Een echtpaar had voor zijn drie kinderen visa gezinshereniging aangevraagd. De Dienst Vreemdelingenzaken had twijfels bij de Ghanese geboorteakten en legde een DNA-onderzoek op. Slechts een van de drie kinderen bleek een biologisch kind van het echtpaar te zijn. Enkel dit kind kreeg een visum. De ouders leidden vervolgens een procedure in voor erkenning van de Ghanese geboorteakten van hun twee andere kinderen en vorderden de afgifte van een visum. De rechter achtte zich niet bevoegd om uitspraak te doen over de afgifte van de visa zelf en beoordeelde enkel de Ghanese geboorteakten. De geldigheid van de akten diende hij te toetsen aan het Belgisch recht (via de conflictenrechtelijke toets die in artikel 27 Wetboek IPR is opgenomen, zie nr. 36). De man had op het moment van het opstellen van de akten de Belgische nationaliteit en *'c'est dès lors au regard du droit belge qu'il faut contrôler la validité d'une reconnaissance d'un enfant nonobstant l'absence d'un lien biologique. En droit belge, une telle reconnaissance paternelle est tout à fait possible en vertu de l'article 319 CC (329bis à partir du 1er juillet 2007) à n'importe quel moment de la vie de l'enfant.'* De rechter stelde vast dat de erkenning overeenkomstig het Belgisch recht mogelijk was en hij verwees bovendien naar het Ghanese recht dat eveneens de erkenning toelaat door een man die niet de biologische vader is. De rechtbank weerlegde vervolgens ook het argument van het Openbaar Ministerie dat er sprake was van fraude omdat de betrokkenen een verblijfsrecht voor de kinderen beoogden. De rechter oordeelde dat dit werd tegengesproken door het gedrag van de man die de kinderen altijd had onderhouden, en door attesten uit Ghana die het bezit van staat bevestigden.⁵⁷

Interessant is ook een beschikking van de Brusselse kortgedingrechter.⁵⁸ Vier

kinderen van een Marokkaans-Belgische man waren met een visum gezinshereniging naar België gekomen. Zijn echtgenote kreeg geen visum om redenen van bigamie. De gemeente in België weigerde vervolgens om de kinderen in te schrijven in het vreemdelingenregister en hen een verblijfstitel af te geven, omdat het de geldigheid van het tweede huwelijk van de man en van de afstammingsband van de kinderen betwistte. Daarop stapte de man naar de rechter in kort geding. Verwijzend naar artikel 62 Wetboek IPR oordeelde de kortgedingrechter dat de afstammingsband van de kinderen ten aanzien van de man op het eerste gezicht niet kon worden betwist (*'prima facie, la filiation des enfants à l'égard de M. ne peut être contestée'*). Hij veroordeelde de gemeente tot inschrijving van de kinderen en tot afgifte van een identiteitsdocument. Een van de raadgevers van deze mensen liet mij weten dat de gemeente na deze rechterlijke uitspraak de kinderen ook effectief inschreef, maar wel als 'non apparenté' of zonder verwantschapsband. *In casu* ging de discussie voor de rechter niet zozeer over de afstammingskwesitie, maar over de vraag of de gemeente een gebonden, dan wel een discretionaire bevoegdheid had om de kinderen in te schrijven en een verblijfstitel af te geven nadat de Dienst Vreemdelingenzaken reeds een visum had toegekend aan de kinderen. Nochtans is duidelijkheid over de status van het kind essentieel.

41. Dit zijn slechts enkele illustraties uit het onderzoek die aantonen hoe de basisuitgangspunten van het IPR ondergesneeuwd dreigen te geraken binnen een bepaalde migratiecontext. *'Daar waar het IPR zich oorspronkelijk primair kon bekommeren om de vraag waar een bepaalde rechtsverhouding thuishoort, inmiddels ook de invloed van mensenrechten heeft ondergaan, is dan nu de 'infiltratie' van de migratie- en integratiepolitiek in het IPR aan de orde.'*⁵⁹ Het 'restrictief' migratiebeleid overschaduwde (steeds meer) de doelstellingen van het IPR, zijnde internationale harmonie nastreven vanuit een 'open' houding ten aanzien van de toenemende mondialisering van familierelaties. In familiezaken dreigt het Wetboek IPR hierdoor te verworden tot een schaduw van zichzelf.

2.2 Razendsnelle evoluties binnen de Europese Unie

42. De Europese wetgever reguleert steeds meer, óók in het familierecht. Verordeningen Brussel I, II en IIbis, Rome I, II en III... de ambtenaar en rechter kunnen nog moeilijk volgen. Ook Europese jurisprudentiële ontwikkelingen blijven niet zonder invloed op het internationaal privaatrecht van de verschillende lidstaten.

43. De databank van het Steunpunt toont aan dat er een kloof bestaat tussen de rechtspraak van het Hof van Justitie en de praktijk van Belgische lokale en diplomatieke ambtenaren. Ondanks de veroordeling van België in de Garcia Avello-zaak stellen gelijkaardige naamkwesities nog vaak problemen.⁶⁰ Het arrest Garcia Avello leidde – helemaal op het einde van de parlementaire voorbereiding van het wetboek IPR – tot felle discussies in het parlement over de draagwijdte ervan. Een ruime interpretatie zou het arrest laten gelden voor de vaststelling én de verandering van de familienaam, dus niet alleen bij een naamsverandering zoals het geval was in de Garcia Avello-zaak, maar bijvoorbeeld ook bij de opmaak in België van een geboorteakte. Een restrictieve interpretatie daarentegen zou de gevolgen van het arrest beperken tot situaties van (administratieve) naamsverandering. De Belgische wetgever volgde de restrictieve interpretatie en bracht (enkel) de bepaling over de erkenning in België van in het buitenland verkregen naamsveranderingen van (bipatride)

Belgen in lijn met het Unierecht.⁶¹ Uit het onderzoek is gebleken dat deze restrictieve interpretatie van het arrest Garcia Avello voor heel wat problemen zorgt, zowel voor kinderen geboren in het buitenland als voor kinderen geboren in België. De wetgevende keuze om voor de materie van de naam aan te knopen aan de nationale wet van de persoon en in geval van dubbele nationaliteit de Belgische nationaliteit te laten primeren, leidt onvermijdelijk tot hinkende namen. Een Belgisch-Spaans meisje dat in België wordt geboren, moet een familienaam naar Belgisch recht krijgen. Dat is de naam van de vader, wat in Spanje de indruk wekt dat vader en dochter broer en zus zijn. Bij het Spaanse consulaat wordt het kind geregistreerd onder een dubbele familienaam overeenkomstig het Spaanse recht (samengesteld uit familienaam van de vader gevolgd door een gedeelte van de familienaam van de moeder). Hierdoor worden officiële documenten (zoals akten van de burgerlijke stand, verblijfsdocumenten en diploma's) die deze kinderen in de loop van hun leven in België ontvangen, op een andere naam afgegeven dan de naam die zij in de lidstaat van hun niet-Belgische ouder hebben gekregen.

Ambtenaren van de burgerlijke stand worstelen al jaren met deze kwestie: moeten zij in de geboorteakten een samengestelde naam (van vader en moeder) opnemen? De meeste gemeenten volgen de strikte interpretatie van het arrest Garcia Avello en verwijzen de ouders door naar de Federale Overheidsdienst (FOD) Justitie om – als zij dat wensen – een samengestelde naam volgens het Spaanse of Portugese recht voor hun kind te krijgen. Deze ambtenaren blijven zich daarvoor baseren op een omzendbrief over het wetboek IPR van 23 september 2004, die stelt dat de Garcia Avello-zaak ‘uitsluitend betrekking heeft op de administratieve naamsveranderingen’.⁶² Uit de analyse van de administratieve praktijk blijkt echter ook dat het soms anders loopt: wanneer ouders – na de geboorte in België – de naam van hun kind laten wijzigen op de Spaanse of Portugese ambassade, brengen bepaalde gemeenten die naam via randmelding aan in de geboorteakte (dus zonder procedure via Justitie). Deze problematiek beperkt zich – voor alle duidelijkheid – niet tot de samengestelde Spaanse en Portugese namen. Wanneer bijvoorbeeld een Belgisch-Nederlands kind in België geboren is en de ouders nadien een naamswijziging vragen in Nederland, dan blijkt het niet mogelijk te zijn de Nederlandse naamsverandering rechtstreeks te registreren in de Belgische registers. Ook in zulke gevallen wordt de ouders geadviseerd een verzoek tot naamsverandering in te dienen bij de Dienst Naamsveranderingen van de FOD Justitie.

44. De mogelijkheid die de betrokkenen krijgen om via een administratieve procedure bij Justitie hun naam te wijzigen, moet – volgens de Belgische administratie – volstaan om te voldoen aan de vereisten die het Unierecht oplegt. De FOD Justitie wijzigt de namen immers zonder veel problemen en zonder veel kosten. De verplichting om systematisch een administratieve procedure te volgen en te bekostigen, zou wel eens als een belemmering van het vrij personenverkeer kunnen worden beschouwd. Zeker nu er een minder tijdrovend en kosteloos alternatief voorhanden is, meer bepaald de betrokkenen het toepasselijk recht laten kiezen. Maar zover zijn we nog niet ... laat ons eerst de uitspraak van het Hof van Justitie afwachten naar aanleiding van de inbreukprocedure die de Europese Commissie recent heeft ingeleid tegen België omdat ons land nog steeds het recht op vrij verkeer beperkt van kinderen die in België geboren zijn en die binnen de Europese Unie verschillende familienamen krijgen.⁶³

IV Aanbevelingen

45. De vermelde instrumentalisering leidt het IPR ver weg van de functie die deze rechtstak heeft, namelijk die van wegwijzer op een knooppunt waar verschillende rechtsordes samenkomen en soms ook dreigen te botsen. Door toedoen en samenloop van de vermelde contextuele factoren wijst het (Wetboek) IPR echter in verschillende en uiteenlopende richtingen tegelijkertijd en is het soms een doldraaiend kompas geworden.

Om opnieuw echt veilig op het Wetboek IPR als kompas te kunnen afgaan, is in de eerste plaats een bijsturing vereist van de context waarin het IPR functioneert. Om die reden formuleerde ik, naast een aantal juridisch-technische aanbevelingen (1-5), ook een reeks ‘institutionele’ aanbevelingen die te maken hebben met de context waarin het (Wetboek) IPR moet functioneren (6-9):

1. Verwijzingen in het Wetboek IPR naar internationale verdragen en EU-verordeningen met universele werking
2. Aanpassingen van het Wetboek IPR in functie van het Unierecht en de mensenrechten
3. Tekstuele verfijningen van het Wetboek in functie van duidelijkheid en interne samenhang
4. Uitwerking van een volwaardige erkenning van rechtswege van buitenlandse akten en beslissingen
5. Invoering van meer keuzevrijheid en meer aandacht voor de verwachtingen van mensen
6. Specialisatie in de familierechtbanken
7. Inrichting van een centraal register van erkende en niet-erkende buitenlandse akten en beslissingen
8. Meer opleidingen internationaal familierecht
9. Oprichting van een Belgisch Instituut Internationaal Familierecht.

46. Deze bijdrage kan onmogelijk ingaan op al deze aanbevelingen. Ik beperk mij tot drie punten: (1) de aanbeveling om de erkenningsregimes voor akten en rechterlijke beslissingen beter op elkaar af te stemmen, (2) de aanbeveling om meer aandacht te hebben voor de verwachtingen van mensen en de realiteit waarin mensen leven en (3) de institutionele aanbevelingen tot inrichting van een centraal register van erkende en geweigerde buitenlandse documenten, gekoppeld aan de oprichting van een nationaal Instituut voor Internationaal Familierecht.

1 Naar één erkenningsregime voor buitenlandse akten en beslissingen

1.1 Tekstuele afstemming

47. Tekstueel heeft de wetgever de erkenningsregeling voor akten en deze voor

beslissingen niet altijd even zorgvuldig op elkaar afgestemd; nochtans had hij deze parallel voor ogen.⁶⁴ Deze tekstuele verschillen leiden in de praktijk tot de nodige vragen en onzekerheden.

Zo lijkt de houder van een buitenlandse akte vandaag niet op eenzelfde, rechtstreekse manier toegang te hebben tot de rechter als de houder van een buitenlandse rechterlijke beslissing.

Voor buitenlandse rechterlijke beslissingen bepaalt artikel 22, § 2 Wetboek IPR dat het Openbaar Ministerie en elke persoon die een belang heeft, de rechter kunnen verzoeken om vast te stellen '*dat de beslissing al dan niet, geheel of gedeeltelijk, moet worden erkend*'. Artikel 27, § 1, laatste lid Wetboek IPR daarentegen bepaalt voor buitenlandse akten dat er beroep kan worden ingesteld wanneer '*de overheid weigert de geldigheid van de akte te erkennen*'. Dit laatste kan men eng interpreteren door de procedure voor erkenning enkel te voorzien voor situaties waarin er een 'weigeringsbeslissing' is, bijvoorbeeld een weigering om een huwelijksakte over te schrijven in de registers van de burgerlijke stand. Het bronnenmateriaal heeft aangetoond dat administraties soms traag of zelfs geen beslissingen nemen of hun beslissingen afdoen als 'voorlopige' beslissingen die eigenlijk geen beslissingen zijn. Wanneer de rechter dan – naar aanleiding van een verzoek tot erkenning – zich op het standpunt stelt dat er geen eigenlijke weigeringsbeslissing is, kan de betrokkene geen duidelijkheid krijgen over zijn persoonlijke of familiale status vervat in een akte. Dit kan niet de bedoeling van de wetgever zijn, aangezien het Wetboek IPR wel in die mogelijkheid voorziet voor een persoonlijke of familiale status vervat in een vonnis.

Ook de mogelijkheid om te anticiperen op conflicterende beslissingen van bijvoorbeeld de gemeente en de Dienst Vreemdelingenzaken (zie nr. 27) is in principe, volgens de letter van artikel 27 Wetboek IPR, niet mogelijk. Dit is anders voor buitenlandse vonnissen waarvan '*elke persoon die een belang heeft*' op elk moment de erkenning, en zelfs de niet-erkenning, kan vragen.

48. Het zou goed zijn dat de wetgever beide erkenningsregimes nauwgezet op elkaar afstemt en óók de houder van een buitenlandse authentieke akte toegang verleent tot de eenzijdige verzoekschriftprocedure 'wanneer hij of zij daar belang bij heeft' (en dus niet alleen wanneer er sprake is van een weigeringsbeslissing).

1.2 Substantiële afstemming

49. De aanbeveling is ruimer dan puur tekstueel. De wetgever neemt de erkenning van rechtswege als uitgangspunt, zowel voor authentieke akten als voor rechterlijke beslissingen. Deze erkenning van rechtswege impliceert dat er geen rechterlijke tussenkomst of enige andere procedure nodig is om buitenlandse beslissingen en akten in België te erkennen. Daar waar de wetgever met de erkenning van rechtswege een evenwicht tussen rechtszekerheid en soepelheid nastreefde (zie nr. 26), zien we dat het in de praktijk vaak anders loopt.

50. Het migratiebeleid en de complexe Belgische registerstructuur zorgen voor een context waarin een vlotte erkenning van buitenlandse akten en beslissingen meer droom dan werkelijkheid is. Ten eerste voorziet het Wetboek in andere erkenningscriteria voor authentieke akten dan voor rechterlijke beslissingen. Dit verschil op zich creëert al een moeilijke opdracht voor de rechtspracticus. Hij of

zij moet eerst kwalificeren of het buitenlandse document een akte dan wel een beslissing is. Dit veronderstelt een grondige kennis van het buitenlandse recht. Ik illustreerde dit aan de hand van documenten die Belgische wensouders krijgen na het beroep op een draagmoeder in het buitenland.⁶⁵ Ook het specifieke erkenningsregime dat de wetgever invoerde voor de verstoting,⁶⁶ zorgt voor een voorafgaande kwalificatievraag: Is het voorgelegde document een echtscheiding of een verstoting? De vraag is eenvoudig, het antwoord erop allerminst.

Interview (rechter eerste aanleg):

[...] c'est qu'il y a un acte où on met 'répudiation' mais alors on nous dit "Attention, il y a plusieurs sortes de répudiation". Et donc il faut savoir ce qu'il en est réellement.

Interview (rechter eerste aanleg):

Deze dossiers [erkenning buitenlandse echtscheidingen] vind ik de moeilijkste, vooral de echtscheidingen uit Marokko. Er worden allerlei documenten voorgelegd, met dan nog eens verschillen tussen de Nederlandse en de Franse vertaling. [...] In bepaalde zaken worden allerlei documenten voorgelegd: akten van adouls, attesten dat de beslissing definitief is, vertalingen, enz. Hoe moeten wij dat allemaal begrijpen?

Deze kwalificatieopdracht alleen al is een streep door de rekening van de soepele doorwerking van buitenlandse akten en vonnissen. Maar dat is niet alles; men zou verwachten dat de grootste druk op de soepelheid die de wetgever beoogt, wordt veroorzaakt door de conflictenrechtelijke controle die is voorzien voor akten. Wanneer men bijvoorbeeld om de erkenning van een buitenlandse huwelijksakte vraagt, zal de ambtenaar of de rechter de rechtsgeldigheid van de akte moeten beoordelen 'aan de hand van het door het Wetboek IPR aangewezen recht' (zie nrs. 36 e.v.).⁶⁷ Deze conflictenrechtelijke controle of de controle op het toegepaste recht impliceert een verregaande inhoudelijke controle van buitenlandse akten. Zij moeten immers beantwoorden aan de vereisten van het recht aangewezen door het Belgisch conflictenrecht. Analyse van het bronnenmateriaal heeft aangetoond dat de conflictenrechtelijke controle niet altijd de verwachte remmende impact heeft en nu eens streng wordt gehanteerd en dan weer met een inventieve mildheid. Deze en andere vaststellingen doen de vraag rijzen of deze inhoudelijke controle moet worden behouden. Het afschaffen van een algemene conflictenrechtelijke controle zou ook het gunstige gevolg hebben dat de noties openbare orde en wetsontduiking eenzelfde invulling krijgen voor rechterlijke beslissingen en akten. Een 'algemene' controle van het in het buitenland toegepaste recht zou bijvoorbeeld niet meer mogelijk zijn en beperkt worden tot de situatie van wetsontduiking door (een van) de partijen, zoals nu het geval is voor buitenlandse rechterlijke beslissingen.⁶⁸

51. Het voorstel om de conflictenrechtelijke controle af te schaffen is radicaal. Toch mag België deze denkoefening niet uit de weg gaan gelet op de relevantie ervan in het licht van recente evoluties binnen de Europese Unie rond de vereenvoudiging van het gebruik en de bevordering van het vrij verkeer van openbare akten.⁶⁹ In het Groenboek van de Europese Commissie over openbare documenten en akten van de burgerlijke stand houdt de erkenning van rechtswege in dat elke lidstaat, op basis van wederzijds vertrouwen, de gevolgen van een in een andere lidstaat tot stand gekomen rechtssituatie aanvaardt en erkent, zelfs wanneer de toepassing van het recht van deze Staat tot een andere oplossing zou hebben geleid.⁷⁰ Dergelijke erkenning heeft het voordeel van

eenvoud en transparantie. Elke burger weet op voorhand dat zijn burgerlijke staat niet ter discussie wordt gesteld wanneer hij of zij de grens overschrijdt. De bestendigheid van zijn burgerlijke staat is met andere woorden gegarandeerd. De burger krijgt de rechtszekerheid die hij mag verwachten wanneer hij zijn recht op vrij verkeer uitoefent. De Commissie wijst wel op *'een reeks compenserende maatregelen'* die nodig zijn om fraude en misbruik te voorkomen en rekening te kunnen houden met de nationale regels van openbare orde.

De Belgische reactie op dit Groenboek is interessant. De FOD Justitie wijst op de verschillen tussen het Belgisch systeem voor de erkenning van akten mét de conflictenrechtelijke controle en het voorstel van de Commissie om te erkennen op basis van wederzijds vertrouwen en zonder verdere controles betreffende o.a. het toegepaste recht. De FOD Justitie verdedigt het Belgisch systeem. Volgens de FOD Justitie is een volledig automatische erkenning van rechtswege moeilijk te verwezenlijken zolang er geen geharmoniseerd Europees internationaal privaatrecht bestaat. Het is duidelijk dat voor België het achterwege laten van de conflictenrechtelijke controle nog niet voor vandaag is.

Opvallend is dat ook Nederland in zijn reactie op het Groenboek van oordeel is dat de notie van 'erkenning van rechtswege' nog verder moet worden bestudeerd. In afwachting van dit *'nader impact assessment door de Commissie'* ziet Nederland onvoldoende aanleiding om *'het fundamentele uitgangspunt te verlaten dat een (internationale) rechtsverhouding wordt beheerst door het recht dat door de conflictregel als toepasselijk recht wordt aangewezen en dit te vervangen door het uitgangspunt dat erkenning van rechtswege zou moeten plaatsvinden. Dit laatste zou neerkomen op een ongeclausuleerd aanvaarden van in het buitenland verkregen rechten'*.⁷¹ Deze Nederlandse reactie is niet helemaal te begrijpen in het licht van het op 1 januari 2012 in werking getreden Boek 10 BW dat bijvoorbeeld voor de erkenning van huwelijken geen conflictenrechtelijke controle voorschrijft.⁷²

2 Meer aandacht voor de verwachtingen van mensen

52. Analyse van de rechtspraak en de interviews heeft aangetoond dat rechters vaak aandacht hebben voor de wensen en verwachtingen van mensen. Ook al blijkt het IPR bij deze (rechterlijke) afwegingen niet altijd van tel, toch blijft het een uitdaging om te blijven zoeken hoe het IPR rekening kan houden met de realiteit waarin mensen leven. *'While it is certainly true that conflicts of law arise from the fact that the world is composed of territorial states having separate and differing legal systems, the solution to the problem is not necessarily to be found in seeing every case through the lens of states' territories or states' interests. What we tend to forget is that choice of law, as every other field of law, ultimately pertains to human relations.'*⁷³

53. Het onderzoek heeft bewust de theoretische tweestrijd tussen de nationaliteit of de gewone verblijfplaats als aanknopingsfactor gemeden. Deze kent immers alleen maar evenveel pro's als contra's voor de ene of de andere aanknopingsfactor. Of ze creëert bepaalde idee-fixen, zoals de overtuiging dat het nationaliteitscriterium aan belang heeft ingeboet waardoor er ook minder buitenlands recht moet worden toegepast. Het valt onmogelijk te meten of er vandaag meer of minder buitenlands recht wordt toegepast, vergeleken met de periode vóór de inwerkingtreding van het Wetboek IPR; maar twee zaken heeft het onderzoek wel aangetoond. De nationaliteit speelt nog steeds een grote rol in

het Belgisch (Wetboek) IPR en de Belgische rechtspracticus wordt nog altijd heel vaak en met heel verschillend buitenlands recht geconfronteerd.

54. Het Wetboek IPR is en blijft natuurlijk het resultaat van het eeuwenoude dilemma over de meest geschikte aanknopingsfactor. De Belgische wetgever heeft hier duidelijk mee geworsteld, zelfs al willen het Wetboek IPR en de Memorie van Toelichting dit niet altijd laten blijken. Verwilghen spreekt over 'diplomatiek taalgebruik' van de wetgever;⁷⁴ zelf vind ik de keuzes van de wetgever soms verwarrend en vaag. De uitleg die de wetgever bijvoorbeeld geeft voor het gebruik van verschillende aanknopingsfactoren voor de huwelijksluiting enerzijds (nationaliteitsaanknopning) en de gevolgen van het huwelijk anderzijds (verblijfplaatsaanknopning), is artificieel. *'In het eerste geval is de organisatie van een samenlevingsvorm in een welbepaalde sociale omgeving aan de orde, terwijl men in het tweede geval te maken heeft met een voorafgaande vraag waarin de persoon zelf best wordt gesitueerd en de continuïteit van zijn status in de mate van het mogelijke wordt beschermd.'*⁷⁵ Dit onderscheid tussen de status van een persoon en zijn sociale omgeving komt op een aantal plaatsen terug. Voor de vaststelling van feiten of handelingen, verbonden aan het maatschappelijk leven van een persoon, laat de factor van de gewone verblijfplaats toe de integratie van die persoon in dat maatschappelijk leven te erkennen;⁷⁶ voor de vorming van de staat van een persoon hecht het Wetboek minder betekenis aan de verwijzing naar het sociaal milieu dan aan een verwijzing naar het milieu van afkomst.⁷⁷ Dat dit onderscheid tussen de staat van een persoon (en dus beoogde continuïteit) en zijn maatschappelijke omgeving (en dus beoogde integratie) enigszins artificieel is, illustreert de materie van de naam. De naam vormt een wezenlijk onderdeel van de staat van een persoon. Hierin speelt het milieu van afkomst uiteraard een rol, maar evenzeer het sociaal milieu. Eenduidigheid over zijn of haar naam is van groot belang voor de persoon in kwestie, vanuit het oogpunt zowel van de eigen identiteit als van de sociale omgeving waarin die identiteit een rol speelt. Continuïteit is zelfs een voorwaarde voor integratie: een naam die over de grenzen heen dezelfde is, is het minste waarop een individu moet kunnen rekenen.

Het onderscheid is niet alleen artificieel, maar wordt ook weinig consequent gebruikt. De wetgever maakt dit onderscheid bijvoorbeeld wel voor (de gevolgen van) het huwelijk, maar niet voor (de gevolgen van) de niet-huwelijkse samenlevingsrelatie waar het ontstaat, de gevolgen en de beëindiging aan één enkele wet zijn onderworpen (de wet van de plaats van eerste registratie).

De wetgever stelt het element van integratie ook tegenover het respect voor juridisch-culturele diversiteit. *'Het Wetboek behoudt het beginsel dat de staat van de persoon beheerst wordt, voor elk van de betrokken personen afzonderlijk, door hun nationale recht, teneinde rekening te kunnen houden met een verbondenheid van de persoon met de typische waarden eigen aan het culturele milieu waartoe hij behoort. (...) Het criterium van de gewone verblijfplaats is daarentegen eerder geschikt om de sociale integratie van een persoon in een bepaalde leefwereld te beoordelen.'*⁷⁸ De wetgever stelt de culturele verbondenheid en de integratie van een persoon tegenover elkaar. De vraag is of het hier wel om tegenpolen gaat en, als dit al zo is, of het bevestigen van deze tegenpolen wel gewenst is. Waarom voor het huwelijk wel opteren voor de culturele verbondenheid met het land van herkomst (en dus de nationaliteitsaanknopning) en niet voor het (niet-huwelijkse) partnerschap?

55. Deze tweestrijd mijden zorgt natuurlijk niet voor een antwoord op de vraag in welke rechtsorde een rechtsverhouding met internationale elementen best landt. Ik heb geen pasklaar antwoord, maar heb wel één ding kunnen vaststellen. Bij de aanwijzing van de landingsbaan moet er meer aandacht zijn voor (de relaties tussen) mensen zelf.

Om hierbij niet (meteen) mee te gaan in de voor de hand liggende slingerbeweging tussen de gewone verblijfplaats en de nationaliteit, suggereerde ik de techniek van de alternatieve verwijzingsregel. In dergelijke verwijzingsregel kunnen beide aanknopingsfactoren een rol spelen en zorgt het IPR meteen ook voor meer keuzevrijheid voor de betrokkenen.⁷⁹ Dergelijke keuzevrijheid waarin nationaliteit en gewone verblijfplaats naast elkaar staan, vermijdt ook dat er privileges worden gecreëerd voor (bepaalde) bipatriden. Enkel mensen met twee nationaliteiten de keuze geven tussen de toepassing van de ene of de andere nationale wet (zie het Garcia Avello-scenario), creëert immers een ongelijke behandeling tussen mensen met twee nationaliteiten en mensen met slechts één nationaliteit. Bovendien ontstaan hierdoor (mogelijke) andere ongelijkheden. In het boek wordt beschreven hoe evoluties binnen de Europese Unie een nieuwe tweedeling in nationaliteitsconflicten creëren: conflicten tussen twee EU-nationaliteiten en conflicten waarin minstens één niet-EU-nationaliteit betrokken is.⁸⁰ Dergelijke tweedeling gaat mijns inziens in tegen het ‘mondiale’ streven naar harmonie en continuïteit: de wens om de naam, en bij uitbreiding de identiteit van personen een permanent karakter te geven in het internationale rechtsverkeer geldt immers zowel voor het Belgisch-Spaanse kind als voor het Belgisch-Hondurese kind.

Wanneer mensen de keuze krijgen tussen de wet van hun gewone verblijfplaats en de wet van hun nationaliteit, krijgt het nationaliteitsconflict ook minder (symbolisch) gewicht omdat het in die omstandigheden een ‘vals’ conflict is. Het is niet nodig om de twee nationaliteiten tot één terug te brengen om de verwijzingsregel te kunnen toepassen. Bipatriden hebben gewoon een extra keuze.⁸¹

56. Alternatieve verwijzingsregels laten toe dat uit een lijst van meerdere wetten de meest geschikte wet wordt gekozen. Veel verschil lijkt er niet te zijn met een eigenlijke rechtskeuzemogelijkheid die in het familierecht vandaag (nog) de vorm aanneemt van een beperkte keuze tussen een aantal wetten. Een alternatieve verwijzingsregel biedt keuze, maar is óók gesteund op de wens om een bepaald resultaat te bereiken, zoals de bescherming van bepaalde belangen (bijvoorbeeld belang van het kind) of de begunstiging van de geldigheid van een akte (*favor validatis*). De keuze voor de ene of de andere wet via de alternatieve verwijzingsregel plaatst men om die reden dan ook best onder het toezicht van de rechter.

Alternatieve verwijzingsregels houden het risico van onvoorspelbaarheid in. Als de onvoorspelbaarheid er echter in bestaat dat de rechter bijvoorbeeld nu eens de wet van de verblijfplaats van het kind, dan weer de nationale wet van de ouder of het kind toepast ‘in het belang van het kind’, moet het IPR met die graad van onvoorspelbaarheid kunnen leven. Voorspelbaarheid is dan ondergeschikt aan de belangen die men wenst te beschermen.

3 Centraal register en nationaal Instituut Internationaal Familierecht

57. Niet alle problemen zijn op te lossen met wetteksten alleen. Het onderzoek heeft aangetoond dat tal van knelpunten niet zozeer te maken hebben met het Wetboek IPR zelf, maar eerder met de context waarin het wordt toegepast. Ze zijn dan ook niet zomaar weg te werken met juridisch-technische aanpassingen van het Wetboek IPR alleen. Het internationaal familierecht moet ook een 'institutioneel' gezicht krijgen. Alleen zo kan het zich positioneren ten aanzien van een omgeving die ook andere doelstellingen dient.

3.1 Centraal register van erkende en niet-erkende buitenlandse documenten

58. Een van de voorgestelde institutionele ingrepen is de inrichting van een centraal register van erkende en niet-erkende akten en beslissingen uit het buitenland. Dergelijk centraal register moet mijns inziens goed worden onderscheiden van een centrale autoriteit die alle buitenlandse akten en beslissingen controleert. Vooral gemeentelijke ambtenaren vragen om de erkenning van alle buitenlandse akten en rechterlijke beslissingen door één centrale autoriteit, zoals het geval is voor buitenlandse adopties.⁸² De erkenning door één centrale autoriteit zou echter het omgekeerde effect hebben van wat de wetgever destijds beoogde, zijnde een soepele en *de plano* doorwerking in België van buitenlandse akten en rechterlijke beslissingen. Het merendeel van de gevallen roept immers geen conflicten op. Bovendien gaat de vergelijking met adoptie niet op, en dit om twee redenen. Ten eerste vinden adopties plaats volgens zeer specifieke, verdragsrechtelijk bepaalde procedures die het best kunnen worden gecontroleerd door een autoriteit die uitsluitend rond deze materie werkt. Het gaat onder meer over een vastgesteld parcours van voorbereiding van de kandidaat-adoptanten en het onderzoek naar de geschiktheid om kinderen te adopteren, waarbij steeds het belang van het kind centraal staat. Ten tweede is het aantal adopties waarvan men de erkenning in België vraagt, slechts een fractie van het totaal aantal buitenlandse familierechtelijke akten en beslissingen waarmee de Belgische rechtsorde wordt geconfronteerd.⁸³

De vraag naar één centrale autoriteit die bevoegd zou zijn voor de erkenning van 'alle' buitenlandse akten en beslissingen, is ingegeven vanuit de bezorgdheid om meer harmonie en rechtszekerheid te creëren. Tijdens de parlementaire besprekingen van het Wetboek IPR was er het voorstel om '*met het oog op de verbetering van de rechtszekerheid [...] binnen het departement Justitie een centraal register van de akten en de rechterlijke beslissingen die uitdrukkelijk zijn erkend, aan te leggen*'.⁸⁴ Dit voorstel werd niet weerhouden, maar de wetgever voorzag wel in de mogelijkheid om bij koninklijk besluit dergelijk register aan te leggen voor akten en beslissingen die voldoen aan de erkenningsvoorwaarden van het Wetboek IPR en die betrekking hebben op Belgen of vreemdelingen die in België verblijven.⁸⁵

59. De praktijk toont aan dat dergelijk register nuttig zou kunnen zijn. Door de mogelijkheid van een centrale aanmelding in een register zouden erkenningen en niet-erkenningen toegankelijk zijn voor andere administraties en zouden administratieve praktijken beter op elkaar kunnen worden afgestemd, zonder weliswaar de rechterlijke macht het laatste woord te ontnemen.

De inrichting van dergelijk register vraagt wel om een antwoord op de vraag of er een hiërarchie tussen de verschillende administraties nodig is en zo ja, welke hiërarchie. Moet in dergelijk registratiesysteem de beoordeling door de eerst

geraadpleegde overheid worden gevolgd? Of moet de burgerlijke stand een centrale rol krijgen omdat de vraag naar duidelijkheid over de burgerlijke staat van personen centraal staat? Het antwoord op deze vragen is niet eenvoudig, mede omwille van de keuze die de wetgever destijds maakte om ‘alle overheden’ buitenlandse akten en vonnissen ‘de plano’ te laten erkennen. Dit is nog maar eens gebleken tijdens een rondetafelgesprek op 21 maart 2013. Ik legde volgende stelling voor aan verschillende rechtspractici (magistraten, advocaten, lokale en federale ambtenaren): *Is er een hiërarchie onder de ‘administratieve’ erkenningen nodig? Centrale rol burgerlijke stand of bindende beslissing eerst gevatte overheid?* Uit de discussie bleek dat het invoeren van een hiërarchie tussen bestaande registraties duidelijk nog niet voor vandaag is.⁸⁶

60. Recente politieke voorstellen brengen het centraal register opnieuw onder de aandacht, weliswaar als instrument om fraude te bestrijden.⁸⁷ Dit ligt mijns inziens ver af van de initiële doelstellingen van de wetgever, met name de aanleg van dergelijk register met het oog op de verbetering van de rechtszekerheid.

Het centraal register moet effectief een instrument zijn om rechtszekerheid te creëren, interne en internationale harmonie te bevorderen en bovenal het recht op bescherming van het gezinsleven te garanderen. De ene ambitie sluit de andere niet uit, maar vraagt om een grondige denkoefening in plaats van te overhaaste voorstellen en beslissingen onder druk van een bepaald (migratie)beleid. Bovendien wordt het centraal register best gekoppeld aan een centrale overheidsdienst met expertise in zaken van internationaal familierecht. Met deze koppeling kom ik tot een volgende institutionele aanbeveling, de oprichting van een nationaal Instituut Internationaal Familierecht.

3.2 Belgisch Instituut Internationaal Familierecht

61. Het onderzoek heeft aangetoond wat eigenlijk al heel lang geweten is: rechtspractici hebben geen principiële bezwaren tegen de toepassing van buitenlands recht, maar de structurele ondersteuning om deze opdracht naar behoren uit te voeren, ontbreekt.⁸⁸ Een van de gevolgen is dat magistraten regelmatig gebruik maken van allerlei excepties en vluchtmechanismen om aan de toepassing van het buitenlandse recht te ontkomen. De meest gebruikte zijn de uitzonderingsclausule⁸⁹ en de openbare orde-exceptie⁹⁰, gecombineerd met een gezonde dosis pragmatisme. Magistraten beklemtoonden tijdens de interviews wel het belang van de voorspelbaarheid van het recht. Hierbij achten zij het cruciaal dat ze – bij het gebruik van excepties – eigen regels uitwerken om willekeur te vermijden.

Interview (rechter eerste aanleg):

Le législateur a fait le choix de renvoyer à la loi étrangère, pour moi la prévisibilité est importante. Il y a des mécanismes qui permettent de sauver les situations, de tempérer (articles 15, 19, 21). Il faut se fixer des règles à soi, pour ne pas aller vers l'arbitraire. Ce qui est une exception doit rester une exception.

62. Met het Wetboek IPR wenste de wetgever de open houding ten aanzien van buitenlands recht te behouden en te verstevigen.⁹¹ Die openheid blijkt onder meer uit het gebruik van multilaterale verwijzingsregels.⁹² De bilaterale verwijzing naar de nationale wet of de wet van de gewone verblijfplaats van een persoon kan immers leiden tot de toepassing van het eigen recht, maar evenzeer tot de toepassing van het buitenlandse recht.

63. Wat de toepassing van buitenlands recht betreft, voorziet het Wetboek IPR in een duidelijke taakverdeling: de rechter moet zelf de inhoud van het buitenlandse recht opzoeken en toepassen (*iura novit curia*), maar hij of zij kan hierbij de hulp van de partijen inroepen.⁹³ De rechter moet bovendien het buitenlandse recht toepassen volgens de in het buitenland gevolgde interpretatie. Het volstaat dus niet om de wettekst te kennen; de rechter moet ook de buitenlandse rechtspraak en doctrine kennen.⁹⁴ De Memorie verwijst naar instrumenten om de inhoud van het buitenlandse recht te vinden, met name naar het Verdrag van Londen van 7 juni 1968 nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht (Verdrag van Londen)⁹⁵ en het wetgevingscertificaat dat uitgaat van een buitenlandse overheid, bijvoorbeeld een ambassade.⁹⁶

Wat de ambtshalve toepassing van buitenlands recht betreft, spreekt het Wetboek IPR enkel over de 'rechter'. De databank van het Steunpunt IPR toont aan dat ook administratieve autoriteiten, in het bijzonder ambtenaren van de burgerlijke stand, regelmatig buitenlands recht moeten consulteren en toepassen. Ook de taakverdeling tussen de ambtenaar en de burger zelf is niet altijd duidelijk. Moet de burger de ambtenaar van de burgerlijke stand ondersteunen in de zoektocht naar het buitenlandse recht, bijvoorbeeld door een wetgevingscertificaat voor te leggen? Wat als de betrokkene dergelijk attest niet kan bekomen? Hoe past deze opdracht binnen goede publieke dienstverlening? Wat als de ambtenaar van de burgerlijke stand het buitenlandse recht niet toepast of het verkeerd toepast? Of als verschillende gemeenten tegenstrijdige beslissingen nemen? Wie moet dan het initiatief nemen tot verbetering van de opgemaakte akte van de burgerlijke stand en dus de proceskosten dragen? Het Wetboek IPR heeft deze opdrachten van de administratieve autoriteiten niet geregeld, in tegenstelling tot wat het geval is in andere landen. Een aantal landen breidt de regel in verband met de toepassing van buitenlands recht uitdrukkelijk uit tot administratieve autoriteiten.⁹⁷ Nederland houdt het algemeen. Artikel 10:2 Nederlands BW bepaalt in één zin dat de regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht ambtshalve worden toegepast. In een bespreking van die algemene bepaling wijst Oderkerk in één adem op de rol van de rechter, de ambtenaar van de burgerlijke stand én de notaris.⁹⁸ Een aanvulling in het Wetboek IPR zou welkom zijn, op voorwaarde dat niet enkel de plicht wordt opgelegd, maar er ook effectief ondersteuning wordt geboden.

64. Als de wetgever echt wil dat de rechtspracticus omgaat met juridisch-culturele diversiteit, moet hij deze voldoende uitrusten en ondersteunen op een structurele manier. Er is meer expertise en specialisatie nodig, zowel op het niveau van de administraties als op het niveau van de rechtbanken⁹⁹. *'In a global village, there is a need to know foreign law.'*¹⁰⁰

Het internationaal privaatrecht in familiezaken kan gewoonweg niet zonder grondige kennis van het buitenlandse familierecht. Het rechtsvergelijkende speurwerk is niet altijd gemakkelijk. In de rechtsleer wordt gediscussieerd over het statuut van het buitenlandse recht (feit of recht),¹⁰¹ alhoewel deze discussie weinig bestaansreden heeft wanneer een van de premisses hiertoe, het buitenlandse recht, onvoldoende toegankelijk is. Deze effectieve toegang tot het buitenlandse recht is echter nauwelijks voorwerp van discussie.

65. In de schoot van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht wordt nagedacht over de mogelijkheden van een internationaal verdrag of een Haags portaal om de toegang tot buitenlands recht te faciliteren.¹⁰² Deze evoluties op mondiaal niveau moeten de Belgische overheid inspireren om (minstens) de informatie en documentatie over buitenlands recht te centraliseren. Zoals gezegd moet dit niet alleen gebeuren ten behoeve van de magistratuur, maar ook ten behoeve van de administratie. De vraag is waar dergelijk Belgisch ‘portaal’ zich moet bevinden.

Op dit moment zijn de FOD Justitie en de FOD Buitenlandse Zaken de Belgische aanspreekpunten in het kader van het Verdrag van Londen. Een van beide federale overheidsdiensten moet mijns inziens in staat zijn om hogervermelde taak op te nemen. Integratie binnen een overheidsdienst garandeert bovendien de toegang tot kwaliteitsvolle informatie voor iedereen, en dus niet alleen voor degenen die de nodige financiële middelen hebben om zich te voorzien van deskundigenadvies. De keuze van de wetgever voor het *iura novit curia*-beginsel en de ambtshalve toepassing van buitenlands recht, impliceert dat er ook een visie komt rond de kosten die partijen maken ter ondersteuning van de rechter.

66. Het onderzoek heeft aangetoond dat er reeds veel informatie over het buitenlandse recht voorhanden is, weliswaar erg versnipperd. Ambtenaren en rechters leggen, naargelang de nood zich voordoet, eigen documentatiedatabanken aan (mede bepaald door de lokale bevolkingssamenstelling). Van enige georganiseerde uitwisseling van informatie is nauwelijks sprake. Ook de Steunpunten IPR ontwikkelden hun eigen documentatiecentra. De kiemen voor de noodzakelijke samenwerking en centralisering zijn er. Ze moeten alleen nog worden samengebracht in een overkoepelende structuur, een Belgisch Instituut Internationaal Familierecht.

67. De oprichting van dergelijk Instituut heeft uiteraard een kostenplaatje. Getuigt deze aanbeveling dan van veel naïviteit, wetende dat de inrichting van een centraal register ondertussen negen jaar werd uitgesteld omdat het Wetboek IPR geen financiële gevolgen mocht hebben¹⁰³ en dat er binnen de FOD Buitenlandse Zaken welgeteld één persoon bezig is met de vragen over buitenlands recht (terwijl België nochtans internationale verplichtingen heeft in het kader van het Verdrag van Londen)?

De aanbeveling herleiden tot een kwestie van middelen en personeel maakt echter abstractie van een mentaliteitswijziging die dringend nodig is van een overheid die zich óók voor deze kant van het migratieverhaal van mensen interesseert.

V Conclusie

68. Het onderzoek heeft geprobeerd de mensen achter het recht een stem te geven door dicht bij de concrete problemen van mensen en dicht bij de dagelijkse praktijk van magistraten, ambtenaren, advocaten en andere professionelen te blijven. Het biedt de rechtspracticus en de beleidsmaker in ieder geval een praktijkgerichte en gedocumenteerde analyse van acht jaar ervaring met het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken.

69. De focus van het onderzoek was het Belgische IPR. Dit neemt niet weg dat de empirische onderzoeksmethode inspirerend kan zijn voor verder onderzoek in het domein van het internationaal privaatrecht. Het is immers nog te weinig

gebruikelijk in rechtswetenschappelijk onderzoek dat er, naast de klassieke tekstanalyse van regelgeving en de studie van de rechtspraak, óók beroep wordt gedaan op andere bronnen om toepassingsproblemen van een bepaalde regelgeving te analyseren. Met de studie van de databank van het Steunpunt IPR verliet ik de voor een jurist vertrouwde paden. Hierdoor kreeg ik niet alleen zicht op de *rechtspraak*, maar ook op de *rechtsvraag*. Dit leverde een goudmijn aan informatie op.

Noten

- 1** Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *Belgisch Staatsblad* 27 juli 2004. Inwerkingtreding op 1 oktober 2004.
- 2** Deze studie had niet de ambitie de voor- en nadelen van een welbepaald codificatieproces te analyseren. Dit was reeds het studiewerk van vele anderen.
- 3** J. Verhellen, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge: die Keure 2012, 513 p. (hierna afgekort: Verhellen 2012).
- 4** MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 3-10.
- 5** Advies Raad van State 29.210/2 bij het voorontwerp van wet houdende wetboek van internationaal privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2001-02, nr. 2-1225/1, p. 242-294 (hierna: Adv.RvS).
- 6** Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 1-201 (hierna: MvT).
- 7** De verschillende amendementen en de besprekingen in de Senaat, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/2 tot en met 3-27/6; *Hand.* Senaat 2003-04, 28 april 2004, nr. 3-53, p. 1-53.
- 8** De verschillende amendementen en de besprekingen in de Kamer, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51K1078/002 tot en met nr. 51K1078/004.
- 9** Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 1-398 en tekst aangenomen door de Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/8, p. 1-58 (hierna: Verslag Senaatscommissie).
- 10** Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51K1078/005, 1-51 en tekst aangenomen door de Kamercommissie, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51K1078/006 (hierna: Verslag Kamercommissie).
- 11** Verslag Kamercommissie, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51K1078/005, 21.
- 12** Het Nederlandstalige Steunpunt werd ondergebracht bij het Vlaams Minderhedencentrum (sedert januari 2011 Kruispunt Migratie-Integratie), zie <www.kruispuntmi.be>. Het Franstalige Steunpunt bij de Association du Droit des Etrangers, zie <www.adde.be>.
- 13** Afkortingen in grafiek: CAW staat voor Centra Algemeen Welzijnswerk en OCMW voor Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn.

14 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer: Kluwer, 1992, p. 21.

15 Verhellen 2012, Deel II, Hoofdstuk 2, p. 179-200.

16 Artikel 38, tweede lid Wetboek IPR: "*Wanneer het recht van de Staat waarvan een van de echtgenoten de nationaliteit heeft, hem toestaat om ter gelegenheid van het huwelijk een naam te kiezen, vermeldt de ambtenaar van de burgerlijke stand deze naam in de akte van huwelijk.*" De wetgever koos dus voor een distributieve toepassing van de nationale wetten van de echtgenoten.

17 Na telefonisch contact met de Albanese ambassade in België vernam het Steunpunt dat mevrouw zelf of bij volmacht het definitieve echtscheidingsvonnis moet overmaken bij de gemeente van verblijf in Albanië. Er zou geen andere mogelijkheid zijn dan dit via de Albanese gemeente te doen.

18 Zie hierover onder meer C. Apers, "L'acte de mariage pakistanais comportant une clause relative au divorce et sa reconnaissance en Belgique", *Rev.dr.étr.* (2009) nr. 151, p. 633-644; M. Munir, "Stipulations in a Muslim Marriage Contract with Special Reference to *Talaq Al-Tafwid* Provisions in Pakistan", *YIMEL* (2005-06) Vol. 12, p. 248; L. Carroll, "Talaq-i-Tafwid and Stipulations in a Muslim Marriage Contract: Important Means of Protecting the Position of the South Asian Muslim Wife", *Modern Asian Studies* (1982) Vol. 16, nr. 2, p. 277-309.

19 Verslag Kamercommissie, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51K1078/005, p. 24.

20 Verhellen 2012, Hoofdstuk 1, Deel I.

21 De bilaterale verwijzing naar de nationale wet of de wet van de gewone verblijfplaats van een persoon kan immers leiden tot de toepassing van het eigen recht, maar evenzeer tot de toepassing van het buitenlandse recht.

22 Verhellen 2012, Hoofdstuk 1, Deel II.

23 Verhellen 2012, Hoofdstuk 2, Deel III.

24 Artikel 31 Wetboek IPR luidt:

§ 1. Een buitenlandse authentieke akte betreffende de burgerlijke stand kan slechts worden vermeld op de kant van een akte van de burgerlijke stand, worden overgeschreven in een register van de burgerlijke stand of als basis dienen voor de inschrijving in een bevolkingsregister, een vreemdelingenregister of een wachtregister, na onderzoek van de voorwaarden bedoeld in artikel 27, § 1.

De vermelding of overschrijving van een buitenlandse rechterlijke beslissing kan slechts plaatsvinden na onderzoek van de voorwaarden bedoeld in de artikelen 24 en 25 en, naargelang van het geval, in de artikelen 39, 57 en 72. Ingeval de bewaarder weigert over te gaan tot de vermelding of tot de overschrijving, kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg van het arrondissement waarin het register wordt gehouden, overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23.

§ 2. Dit onderzoek gebeurt door de bewaarder van de akte of van het register.

De Minister van Justitie kan richtlijnen opstellen die de eenvormige toepassing waarborgen van de voorwaarden bedoeld in § 1.

De bewaarder van de akte of van het register kan bij ernstige twijfel bij de beoordeling van de voorwaarden bedoeld in § 1, de akte of de beslissing voor advies verzenden aan het openbaar ministerie dat, indien nodig, aanvullend onderzoek verricht.

§ 3. De Koning kan een register aanleggen en zijn werking regelen, voor beslissingen en akten die voldoen aan de voorwaarden bedoeld in § 1, wanneer zij betrekking hebben op een Belg of op een vreemdeling die in België verblijft.

25 MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 59-60.

26 MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 60.

27 Verhellen 2012, randnrs. 355 e.v.

28 De Nederlandse wetgever koos voor een positieve formulering. Artikel 10:58 Nederlands BW stelt dat de verstoting 'wordt erkend' indien aan drie cumulatief gestelde voorwaarden is voldaan.

29 Zie nochtans het overgangsrecht (artikel 126, § 2 Wetboek IPR).

30 Zie ook C. Henricot, "L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage", *JT* (2011), p. 648-650.

31 Wanneer de betrokkenen echt zekerheid willen, kunnen zij altijd een verzoek tot erkenning indienen bij de rechtbank (artikel 23 Wetboek IPR).

32 Artikel 55, § 2 Wetboek IPR, ondertussen *de facto* opgeheven door de Rome III-verordening (Verordening nr. 1259/2010 van de Raad van 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijk recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, *Pb.L.* 29 december 2010, afl. 343). België is één van de EU-lidstaten die deelnemen aan de 'nauwere samenwerking' ('enhanced cooperation') op het gebied van het toepasselijk recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed.

33 MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 86.

34 Artikel 5 Rome III-verordening.

35 Artikelen 37-38 Wetboek IPR.

36 Artikel 39 Wetboek IPR.

37 Artikel 3, § 2, 1° Wetboek IPR.

38 EHRM 16 november 2004, nr. 29865/96 (Ünal Tekeli t. Turkije). Zie ook EHRM 22 mei 2007, nr. 47738/99 (Oya Ataman t. Turkije). In deze meer recente zaak besloot het EHRM om de zaak door te halen. Aangezien de verzoekster uit de echt gescheiden was en opnieuw haar meisjesnaam had gekregen, oordeelde het EHRM dat de zaak '*no longer concerns a live issue*'.

39 In de arresten Garcia Avello (2 oktober 2003, zaak C-148/02) en Grunkin en Paul (14 oktober 2008, zaak C-353/06) gaf het Hof van Justitie een aantal duidelijke richtlijnen. Hinkende namen veroorzaken ernstige ongemakken in het privé- en professioneel leven van mensen. Of het verschil in familienamen het gevolg is van de dubbele nationaliteit van de betrokkenen dan wel van verschillende verwijzingsregels in de lidstaten, doet volgens het Hof van Justitie niet ter zake. Gelijkheid en vrij verkeer vormen de kern van het Unieburgerschap; vrij verkeer leidt onvermijdelijk tot vrij verkeer van namen. Het Hof wenst niet op te treden als scheidsrechter tussen het nationaliteits- en verblijfplaatscriterium in het IPR van de lidstaten. Het Hof stelt wel dat de nationaliteitsaanknopning als objectief criterium om iemands naam zeker en bestendig vast te stellen, op zich geen rechtvaardiging vormt voor belemmeringen van het vrij verkeer (doordat een lidstaat de in een andere lidstaat vastgestelde naam weigert te erkennen).

40 Zie bijvoorbeeld de discussie tussen Moneger en Gaudemet-Tallon over meer keuzevrijheid. Moet het gaan om een keuze voor het toepasselijk recht of een keuze voor de naam? Moneger stelt zich hierover terecht de vraag '*Ne choisit-on pas une loi en fonction d'un nom?*', F. Moneger, "Actualité du nom de famille en droit international privé" in *Droit International Privé. Travaux du comité français de droit international privé. Années 2004-2006*, Parijs: A. Pedone 2008, p. 21.

41 Verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, p. 85. Om met het arrest Garcia Avello rekening te houden, stelde de toenmalige minister van Justitie voor '*om niet het aanknopingscriterium op basis van de nationaliteit te wijzigen, maar om de ouders van bipatride kinderen te laten kiezen welke nationale wet zij toegepast willen zien. Die oplossing kan dienen zolang er overeenstemming bestaat tussen de ouders. Als dat niet het geval is en een van beide nationaliteiten van het kind de Belgische is, dan wordt de Belgische wet toegepast*'.

42 Memorie van Toelichting (Nederland), p. 27 e.v. In de rechtsleer, zie S. Rutten, "Art. 18-26 Boek 10 BW: Naam", in P. Vlas (ed.), *Hoofdlijnen Boek 10 BW (Internationaal privaatrecht)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 42.

43 Artikel 27 Wetboek IPR.

44 Artikel 25 Wetboek IPR.

45 Voor rechterlijke beslissingen heeft de wetgever dergelijk algemeen onderzoek van het recht toegepast in het buitenland niet voorzien. De Memorie van Toelichting is op dit punt heel duidelijk: het Wetboek IPR '*sluit de controle van het geschil zelf, of de herziening ten gronde evenals de controle van het toegepaste recht uit. [...] Hieruit vloeit voort dat de erkenning niet kan worden geweigerd enkel en alleen omdat de buitenlandse overheid een ander recht heeft toegepast dan dat toepasselijk volgens het Wetboek*', zie MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 55-56.

46 Rb. Antwerpen 19 december 2008, *Tijdschrift@ipr.be* (2010) nr. 4, p. 140, noot J. Verhellen.

47 Artikel 8 Wetboek Belgische Nationaliteit.

48 Jeugdrrb. Antwerpen 22 april 2010, T.Fam. (2012) nr. 2, p. 43, noot L. Pluym: de rechtbank paste de binnenlandse adoptieprocedure toe en oordeelde dat de adoptie *'beantwoordt aan een realiteit dat de kinderen de kandidaat-adoptante reeds als moeder beschouwen. Het moederschap van de kandidaat-adoptante is dus niet alleen genetisch, maar ook sociaal-psychologisch, zowel vanuit het oogpunt van de kinderen als van de kandidaat-adoptante die ze reeds opvoedt samen met haar echtgenoot, de wettelijke vader van de kinderen. De adoptie zou een harmonische ontwikkeling van de kinderen bevorderen'*.

49 Verhellen 2012, p. 276.

50 Zie o.m. Luik 19 december 2006, AR 2006/RQ/41, onuitg.; Antwerpen 7 februari 2007, AR 2006/EV/11, onuitg.; Antwerpen 12 december 2007, AR 2007/EV/45, onuitg.; Brussel 6 mei 2008, AR 2007/QR/71, onuitg.; Rb. Brussel 20 maart 2007, *Rev.dr.étr.* (2007) nr. 143, p. 172; Rb. Dendermonde 30 september 2008, AR 08/152/B, onuitg.

51 Rb. Antwerpen 31 januari 2006, AR 05/2795/B, onuitg.

52 Rb. Bergen 27 juni 2007, *Rev.dr.étr.* (2007), p. 178, noot P. Wautelet.

53 Luik 14 mei 2007, *T.Vreemd.* (2008) Themanummer IPR, p. 55.

54 EHRM 10 maart 2009, nr. 45413/07 (Anakomba Yula t. België).

55 Overweging nr. 37.

56 Artikel 508/13 Gerechtelijk Wetboek.

57 Rb. Luik 12 juni 2009, *RTDF* (2010) nr. 4, p. 1112.

58 KG Brussel 28 juli 2009, *T. Vreemd.* (2010) nr. 4, p. 349.

59 S. Rutten, "Aanpassing van het huwelijksrecht; gevolgen voor de openbare orde en mensenrechten in het IPR", *NIPR* (2010) nr. 3, p. 420.

60 In de buitenlandse rechtsleer heeft men soms een andere indruk, zie bijvoorbeeld G.-R. De Groot en S. Rutten, "Op weg naar een Europees IPR op het gebied van het personen- en familierecht", *NIPR* (2004) nr. 3, p. 274.

61 Artikel 39 Wetboek IPR.

62 *Belgisch Staatsblad* 28 september 2004, 69602.

63 Persbericht van 27 september 2012, IP/12/1021, voor een korte bespreking, zie J. Verhellen, "Dubbelnamen'kwestie: België voor Hof van Justitie", *De Juristenkrant* 5 december 2012, p. 3.

64 Zie bv. de aanneming van het Regeringsamendement nr. 21 en de amendement van artikel 27, Verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, p. 278.

65 Wanneer Belgische wensouders beroep doen op een draagmoeder in

California bijvoorbeeld rijst de vraag welk document bepalend is voor de in California ontstane afstammingsband: de geboorteakte of de 'pre-birth order' van het Californische Supreme Court? Zie bv. Luik 6 september 2010, *RTDF* (2010) nr. 4, p. 1139, noot C. Henricot, S. Saroléa en J. Sosson; *JLMB* (2011) nr. 2, p. 52, noot P. Wautelet en *Act.dr.fam.* (2011) nr. 8, p. 159, noot N. Gallus en de hervormde uitspraak in eerste aanleg, Rb. Huy 22 maart 2010, *JT* (2010), p. 420, noot N. Gallus en *JLMB* (2010) nr. 38, p. 1815, noot P. Wautelet.

66 Art. 57 Wetboek IPR.

67 Art. 27, § 1 Wetboek IPR.

68 Artikel 25, § 1, 3^o Wetboek IPR.

69 Groenboek 'Minder administratieve formaliteiten voor burgers: De bevordering van het vrije verkeer van openbare documenten en de erkenning van de gevolgen van akten van de burgerlijke stand', 14 december 2010, COM(2010) 747. Op dit Groenboek is ondertussen het voorstel gevolgd voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad ter bevordering van het vrije verkeer van burgers en bedrijven door vereenvoudigde aanvaarding van bepaalde openbare akten in de Europese Unie en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 van 24 april 2013, COM(2013) 228. Het toepassingsgebied en de rechtsgevolgen van dit voorstel zijn veel beperkter dan het Groenboek zelf. Het voorstel heeft enkel betrekking op het vaststellen van de echtheid van openbare akten en heeft niet de bedoeling de erkenning van de inhoud of de rechtsgevolgen van openbare akten tussen de lidstaten te regelen.

70 Groenboek, p. 14-15.

71 Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, Teeven, aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Nederlandse reactie op het Groenboek 'Minder administratieve formaliteiten voor burgers', Tweede Kamer, 2010-11, 22 112, nr. 1161, p. 9-10.

72 Artikelen 10:31 en 10:32 Nederlands BW. Over de erkenning van rechtswege, ongeacht het toegepaste recht, en de specifieke situatie van Nederland, zie D. Van Iterson, "De exportwaarde van Nederlandse beslissingen en rechtsfeiten op het gebied van familierecht" in T.M. De Boer, J.W. Fokkens, P. Vlas, M.J. Vos en C.L. De Vries Lentsch-Kostense (eds.), *Strikwerda's conclusies. Opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn afscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2011, p. 231-245. Zie ook K. Boele-Woelki, "Afschaffing van de conflictenrechtelijke toets binnen de Unie: Nederland strekt tot voorbeeld" in T.M. De Boer, J.W. Fokkens, P. Vlas, M.J. Vos en C.L. De Vries Lentsch-Kostense (eds.), *Strikwerda's conclusies. Opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn afscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2011, p. 51-64.

73 M. Lehmann, "Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2008) Vol. 41, p. 383-384.

74 M. Verwilghen, "La place de la nationalité dans le Code de droit international

privé" in R. Andersen (ed.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel: Bruylant 2007, p. 1697.

75 MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 46.

76 MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 16, p. 73-74 en p. 77 (waar het gaat over de gevolgen van het huwelijk).

77 MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 97 (over de nationaliteitsaanknoping in afstammingszaken).

78 MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 73-74.

79 De rechtskeuze tussen de nationale wet en de wet van de gewone verblijfplaats werd reeds jaren geleden voor '*l'ensemble des matières de statut personnel, de la naissance à la mort*' voorgesteld door J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Brussel: Bruylant 1992, p. 386.

80 Verhellen 2012, Deel I, Hoofdstuk 1, 21-61.

81 T. Kruger en J. Verhellen, "Dual nationality = double trouble?", *Journal of Private International Law* (2011) Vol. 7, nr. 3, p. 619.

82 De wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie (*BS* 16 mei 2003, inwerkingtreding op 1 september 2005) creëerde een federale centrale autoriteit, aangewezen door de minister van Justitie, die bevoegd is om alle buitenlandse adopties te erkennen. Zie ook artikel 72 Wetboek IPR en de nieuwe artikelen 366-1 e.v. BW.

83 Dankzij de bereidwillige medewerking van de Federale Centrale Autoriteit (FOD Justitie) kreeg ik zicht op het aantal buitenlandse adopties die de Centrale Autoriteit op jaarbasis erkent en niet erkent. In de periode 1 september 2005 tot 8 maart 2010 bedroeg het totaal aantal erkende buitenlandse adopties 2694 en het totaal aantal niet-erkende 471. 3165 buitenlandse adopties, over een periode van 4,5 jaar, is een groot getal. Cijfers over buitenlandse huwelijksakten, echtscheidingen/verstotingen en geboorteakten die worden voorgelegd aan onder meer gemeentelijke administraties, pensioendiensten of de Dienst Vreemdelingenzaken, zouden ongetwijfeld veel hoger zijn en aantonen dat het risico van een bottleneck zeer reëel is bij een verplichte beoordeling door één centrale autoriteit. Deze cijfers zijn vandaag jammer genoeg niet voorhanden. Dergelijke cijfers zouden nochtans waardevol zijn om in het kader van deze discussie beter zicht te krijgen op de omvang van de problematiek.

84 MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 62.

85 Artikel 31, § 3 Wetboek IPR.

86 Het rapport van deze bijeenkomst wordt opgenomen in een verslagboek dat zal verschijnen tegen 14 oktober 2013. Die dag zal de Universiteit Gent een studiedag organiseren over het thema 'Wet en praktijk in het familiaal IPR'.

87 In het federaal regeerakkoord van 1 december 2011 lezen we dat de regering

in het kader van de versterking van de controles inzake gezinshereniging en de strijd tegen schijnhuwelijken en schijnsamenwoningen '*een centraal register [zal] aanleggen van buitenlandse akten die door een overheid erkend en geweigerd worden op grond van het Wetboek van internationaal privaatrecht*', zie <http://premier.be/files/20111206/Regeerakkoord_1_december_2011.pdf>, p. 134. Hernomen in de Algemene Beleidsnota Organisatie-Afdeling 13. Hervorming van Asiel en Migratie van 20 december 2011, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53K1964/009. Ondertussen ook opgenomen in de Algemene Beleidsverklaring van Premier Di Rupo van 21 november 2012: '*Le Gouvernement a également pris des mesures pour mieux lutter contre la fraude en matière de regroupement familial et de cohabitation légale. Un avant-projet de loi vous sera soumis très prochainement. Une banque de données sera créée afin de rassembler les informations pertinentes à destination de toutes les autorités. Le Gouvernement mettra par ailleurs sur pied un registre central des actes étrangers reconnus et refusés.*'

88 Verhellen 2012, Deel II, p. 75-200.

89 Op grond van artikel 19 Wetboek IPR is het mogelijk om het normaal toepasselijk recht opzij te schuiven ten voordele van een ander recht waarmee de rechtsbetrekking nauwere banden heeft. Het onderzoek heeft drie zaken blootgelegd: 1) rechters hanteren de uitzonderingsclausule vooral om Belgisch recht toe te passen, 2) de uitzonderingsclausule wordt meer toegepast in Franstalig België en 3) artikel 19 Wetboek IPR wordt quasi exclusief gebruikt in afstammingszaken, zie Verhellen 2012, p. 131 e.v.

De rechtspraak toont aan dat het onderzoek naar de nauwe banden kan leiden tot uiteenlopende beoordelingen. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel (3 mei 2006, AR 05/11.889/A, onuitg.) paste Belgisch in plaats van Iers recht toe op een verzoek tot nietigverklaring van een erkenning door een man van Ierse nationaliteit. De rechter lijkt eerst behoedzaam om artikel 19 toe te passen: "*Le juge doit en effet être attentif à ne pas mettre en péril la règle de rattachement normale.[...] La règle de rattachement désignée ne pourra dès lors être écartée [...] qu'après une analyse des circonstances de l'espèce.*" De analyse van de concrete omstandigheden van de zaak deed de rechter besluiten dat de band met het Ierse recht zwak was en deze met het Belgisch recht sterk. De erkenning had plaatsgevonden in België. Het kind en de moeder hadden de Franse nationaliteit. Alle partijen woonden in België en het koppel had nooit samengewoond in Ierland. "*Il n'apparaît donc pas que la situation ici examinée ait le moindre rattachement avec l'état irlandais sauf la nationalité de Monsieur (...), lequel n'a nullement fait part d'un projet de retour dans son pays d'origine.*" De rechter oordeelde dat de zaak geen nauwe banden had met Ierland en besloot tot toepassing van het Belgisch recht omdat de situatie wel nauwe banden met België had. De nauwe band met Frankrijk die er was gelet op de Franse nationaliteit van moeder en kind, werd merkwaardig genoeg volkomen buiten beschouwing gelaten. Dit gebeurde dan weer niet in een arrest van het hof van beroep te Brussel (24 april 2008, AR 2007/AR/1314, onuitg.). Een Italiaanse man wenste zijn kind bij een Italiaanse moeder te erkennen. De moeder was op het moment van de geboorte nog gehuwd met een Turkse man. De Italiaanse man leidde een 2-in-1-vordering in. Niemand betwistte zijn vaderschap. Op de betwisting van het vaderschap van de ex-echtgenoot diende de rechter Turks recht toe te passen, maar om redenen van openbare orde schoof hij dit recht opzij. De rechter deed bovendien beroep op artikel 19. Hij motiveerde eerst de zwakke band met Turkije – de enige band met Turkije was

de nationaliteit van de ex-echtgenoot, maar deze verbleef al jaren in België – om vervolgens uit te komen bij een sterkere band met Italië (moeder en biologische vader zijn Italianen) en België waar alle betrokkenen al jaren woonden. De rechter maakte vervolgens een afweging tussen beide nauwer verbonden rechtsstelsels, het Belgische en het Italiaanse. “*Contrairement au droit belge, le droit italien ne connaît pas la 'substitution de paternité'; en effet, en vertu de l'article 253 du Code civil italien, le lien de filiation naturelle ne peut être établi lorsque la personne a l'état d'enfant légitime d'autres personnes, tout au moins jusqu'au moment où cet état disparaît par l'effet d'un jugement de désaveu ou de contestation.*” Wanneer een vaderschapsbetwisting mogelijk is (bijvoorbeeld in geval van feitelijke scheiding op het moment van de conceptie), laat het Italiaanse recht niet toe dat de biologische vader deze vordering instelt (artikel 244 Italiaans BW). Om die reden verkoos het hof in het belang van het kind het Belgisch recht: “*Il convient dès lors de préférer en l'espèce, dans l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation légale mise en conformité le plus rapidement possible avec sa filiation biologique, l'application du droit belge, autorisée en l'espèce par l'article 19 du Code de droit international privé, puisque la situation des parties et de l'enfant qui résident toutes depuis plusieurs années en Belgique, et qui entendent y maintenir leur résidence, présente des liens très étroits avec la Belgique.*”

90 Artikel 21 Wetboek IPR.

91 J. Erauw, “Brief description of the draft Belgian code of private international law”, *Yearbook of Private International Law* (2002) Vol. 4, p. 149.

92 Zie o.m. MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 6.

93 Artikel 15 Wetboek IPR.

94 Verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, p. 39.

95 *Belgisch Staatsblad* 23 november 1973.

96 MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 40.

97 Bijvoorbeeld Estland (§ 2 Wetboek IPR) en Spanje (artikel 12, 6 Spaans BW), besproken in C. Esplugues, J.L. Iglesias en P. Guillermo (eds.), *Application of Foreign Law*, Munchen: Sellier European Law Publishers 2011, p. 79.

98 A.E. Oderkerk, "Art. 1-9 Boek 10 BW: Titel 1 Algemene Bepalingen", in P. Vlas (ed.), *Hoofddlijnen Boek 10 BW (Internationaal privaatrecht)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 12.

99 De Belgische wetgever wil een familie- en jeugdrechtbank oprichten waarin de bevoegdheden met betrekking tot familiale geschillen worden gegroepeerd (Wetsvoorstel betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53Ko682/001; Wetsontwerp betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, tekst aangenomen in voltallige vergadering en overgezonden aan de Senaat, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53Ko682/018; ondertussen is een geamendeerde tekst aangenomen door de Senaatscommissie Justitie, zie hierover K. Devolder, “Familie- en jeugdrechtbank”, *NJW* (2012), p. 746-755). Opvallend is dat er in de

verschillende parlementaire stukken (opnieuw) geen aandacht bestaat voor de internationale dimensie van familiale geschillen. De familierechtbanken zullen in de toekomst worden onderverdeeld in verschillende kamers. Een familiekamer, belast met alle zaken waarin zich een internationaal aspect voordoet, kan de praktijk die nu reeds in een aantal rechtbanken bestaat, institutionaliseren. Dergelijke internationale familiekamers kunnen dan de nodige expertise inzake internationaal familierecht uitbouwen.

100 Holger Knudsen tijdens de expertenbijeenkomst 'Access to foreign law in civil and commercial matters', georganiseerd door de Haagse Conferentie en de Europese Commissie op 15-17 februari 2012, zie Meeting Report, 23, te raadplegen op <www.hcch.net/upload/xs2foreignlaw_rpt.pdf>.

101 Zie o.m. de interessante rechtsvergelijkende studie met een gedetailleerd overzicht van de verschillende posities die de landen van de Europese Unie innemen ten aanzien van buitenlands recht, zie C. Esplugues, J.L. Iglesias en P. Guillermo (eds.), *Application of Foreign Law*, Munchen: Sellier European Law Publishers 2011, 409 p. De studie beschrijft de traditionele tweeledige opdeling: buitenlands recht als feit (Zoals in Cyprus, Ierland, Luxemburg, Malta, Spanje en het Verenigd Koninkrijk) of buitenlands recht als recht (zoals in België, Bulgarije, Duitsland, Estland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Italië, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, de Scandinavische landen, Slovenië, Slowakije en Tsjechië) en voegt hier een derde categorie aan toe (de hybride aard van het buitenlandse recht, zoals in Letland, Litouwen en Nederland). Deze studie stelt dat deze classificatie niet echt stand houdt en bovendien relatief en onzeker is. De meeste EU-lidstaten ondersteunen "*a convoluted treatment of foreign law before their courts which is deepened by the fears, prejudices and temptations that the application of foreign law entails to the judge*".

102 Prel. Doc. Nr. 11A van maart 2009, "Assessing the content of foreign law and the need for the development of a global instrument in this area – a possible way ahead", te raadplegen op <www.hcch.net>. Er vonden reeds verschillende expertenbijeenkomsten plaats onder auspiciën van de Haagse Conferentie. Een eerste bijeenkomst van experts (februari 2007) concludeerde dat er een duidelijke nood bestond om de toegang tot het buitenlandse recht te faciliteren eerder dan de vraag naar harmonisatie van de verschillende benaderingen van buitenlands recht. De experts stelden dan ook voor om grondig te bestuderen of een nieuw instrument voor grensoverschrijdende samenwerking haalbaar zou zijn. In een volgende bijeenkomst (oktober 2008) wezen experts ook op de opdracht van vele andere rechtspractici, zoals notarissen. Buitenlands recht vaststellen werd niet langer als enkel een opdracht voor rechters gezien (Prel. Doc. Nr. 11B van maart 2009, "Assessing the content of foreign law. Report of the meeting of experts on global co-operation on the provision of online legal information on national laws", 6). Verschillende experts rapporteerden ook over de veelbelovende evoluties van de 'paperless world' en de wereldwijde computerisering van de juridische informatie. Deze expertenbijeenkomst leidde tot de conclusie dat de Haagse Conferentie een waardevol platform zou kunnen worden '*for co-operation with legal information institutes and governments, to facilitate access to foreign law and play a co-ordinating role in the various ongoing efforts to establish standards for online legal resources*'. De voorbereidende documenten spreken over een Haags portaal (*Hague portal on accessing foreign law*) dat gebruikers zou leiden naar officieel erkende providers van juridische informatie. Naast dit platform voor meer samenwerking

moet een nieuw mondiaal instrument een systeem voorzien voor informatieverzoeken in de context van een specifiek geschil. Of dergelijk systeem moet werken via het gekende systeem van de administratieve Centrale Autoriteiten, dan wel via rechtstreekse samenwerking tussen gerechtelijke instanties of een combinatie van beide, werd nog opengelaten. Voorlopig hebben deze werkzaamheden in de schoot van de Haagse Conferentie nog niet tot concrete resultaten op mondiaal niveau geleid.

103 Dit lezen we bij academici die heel nauw betrokken waren bij de totstandkoming van het Wetboek IPR, zie J. Erauw, M. Fallon, E. Guldix, J. Meeusen, M. Pertegás Sender, H. Van Houtte, N. Watté en P. Wautelet (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd. Le Code de Droit International Privé commenté*, Antwerpen-Oxford/Brussel: Intersentia/Bruylant 2006, p. 172.