



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Kernbegrippen

de Boer, T.M.

Published in:

Nederlands internationaal personen- en familierecht: wegwijzer voor de rechtspraak

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Boer, T. M. (2012). Kernbegrippen. In T. M. de Boer, & F. Ibili (Eds.), *Nederlands internationaal personen- en familierecht: wegwijzer voor de rechtspraak* (pp. 1-28). (Recht en praktijk. Personen- en familierecht; No. PFR3). Deventer: Kluwer.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Hoofdstuk 1

KERNBEGRIPPEN

Th.M. de Boer*

1. Kort begrip van het internationaal privaatrecht

Vragen van internationaal privaatrecht doen zich voor als een privaatrechtelijke casus raakvlakken met verschillende landen vertoont, bijvoorbeeld omdat partijen van nationaliteit verschillen, of omdat een van hen in het buitenland woont, of omdat iemand buiten zijn eigen land getrouwd of gescheiden is. De internationaliteit van de casus zorgt voor juridische complicaties die we niet tegenkomen in ‘interne’ gevallen, waarin alle feiten slechts met één land verbonden zijn. In een ‘internationaal’ geval betreft de eerste complicatie de vraag in welk land er geprocedeerd moet worden als er behoefte is aan een uitspraak van de rechter. Kan de eiser of verzoeker altijd terecht bij de rechter van zijn ‘eigen’ land (en is dat het land van zijn woonplaats of het land waarvan hij de nationaliteit bezit?) of zal hij zich moeten wenden tot een rechter in het buitenland? In de tweede plaats zal in internationale gevallen de vraag beantwoord moeten worden welk van de betrokken nationale rechtsstelsels op de casus van toepassing is. Moet een verzoek tot echtscheiding beoordeeld worden naar Marokkaans recht omdat beide echtgenoten de Marokkaanse nationaliteit bezitten, of is Nederlands recht toepasselijk omdat zij beiden in Nederland woonachtig zijn? En welk recht moet worden toegepast als zij van nationaliteit verschillen en/of in verschillende landen wonen? Ten derde rijst de vraag welke waarde moet worden toegekend aan een beslissing van een buitenlandse rechter of aan een in het buitenland opgemaakte akte. Worden zij gelijkgesteld aan beslissingen of akten van onze eigen autoriteiten, of moeten zij aan speciale voorwaarden voldoen? Ten slotte zijn er nog de complicaties die ontstaan doordat allerlei functionarissen die betrokken kunnen zijn bij een gerechtelijke procedure, enerzijds niet bevoegd zijn om hun taak in het buitenland te vervullen, maar anderzijds geen opdrachten mogen aannemen van buitenlandse instanties. Dus rijst de vraag hoe een Nederlands gerechtelijk stuk in het buitenland betekend moet worden, of op welk wijze de Nederlandse rechter zich kan laten informeren over de gezinsomstandigheden van een buiten Nederland wonend kind.

* Prof. mr. Th.M. de Boer is emeritus hoogleraar internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Universiteit van Amsterdam, lid van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht en rechter-plv. Rb. Alkmaar.

Het internationaal privaatrecht is erop gericht al deze problemen tot een oplossing te brengen. Zo zijn er regels die aangeven op welke gronden de rechter in een internationaal geval bevoegd is, regels die bepalen welk recht daarop moet worden toegepast, regels betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen, en regels ter bevordering van de internationale justitiële dienstverlening. Anders dan de naam suggereert is internationaal privaatrecht in principe *nationaal* recht: iedere staat is vrij zijn eigen IPR-regels op te stellen. Dit impliceert dat IPR-regels van land tot land kunnen verschillen en dat het antwoord op een bepaalde IPR-vraag niet overal ter wereld hetzelfde zal zijn. Toch zijn de verschillen aanzienlijk minder groot dan op het terrein van het materiële privaatrecht. Niet alleen wordt de eenmaking van het IPR bevorderd door verdragen en Europese verordeningen, maar ook door een toenemende internationale consensus over de manier waarop de verschillende IPR-problemen het beste kunnen worden aangepakt. Niettemin wordt het internationaal personen- en familierecht in dit boek benaderd vanuit het *Nederlandse* perspectief. We zullen ons dus beperken tot een beschrijving van de in *Nederland* geldende IPR-regels op dit terrein, d.w.z. IPR-regels die zijn neergelegd in (a) Europese verordeningen of internationale verdragen die in Nederland van kracht zijn, (b) de Nederlandse wet of (c) Nederlands ongeschreven recht.

IPR is niet het enige rechtsgebied dat betrekking heeft op internationale gevallen. Ook internationaal strafrecht, internationaal belastingrecht, vreemdelingenrecht en nationaliteitsrecht bestrijken feitencomplexen met een grensoverschrijdend element. Het IPR onderscheidt zich daarvan door zijn privaatrechtelijk karakter. Net als in het formele en materiële privaatrecht staan rechtsbetrekkingen tussen private partijen in het IPR centraal. Het richt zich, met andere woorden, op ‘burgerlijke en handelszaken’, zaken die (waar nodig) aan de burgerlijke rechter moeten worden voorgelegd¹ en die – nadat het IPR het toepasselijk recht heeft aangewezen – in beginsel beheerst worden door regels van (Nederlands of buitenlands) privaatrecht. In dit opzicht onderscheidt het IPR zich ook van het internationaal publiekrecht of volkenrecht, dat immers geen betrekking heeft op de verhouding tussen private partijen.²

Voorts moet een onderscheid gemaakt worden tussen internationaal en *interregionaal* of *interpersoneel* privaatrecht. IPR ziet op gevallen waarin de feiten de casus verbinden met meer dan één nationale staat. Interregionaal of interpersoneel privaatrecht betreft de situatie waarin de feiten verwijzen naar verschillende deelgebieden, respectievelijk verschillende bevolkingsgroepen, binnen één nationale staat. Als in zo’n staat het recht per deelstaat of bevolkingsgroep verschilt, rijzen dezelfde vragen als in een IPR-geval, zoals bijvoorbeeld de vraag of een Arubaans

1. In enkele gevallen kan ook de bestuursrechter of de belastingrechter met vragen van IPR worden geconfronteerd. Dit is bijvoorbeeld het geval als in het kader van gezinshereniging moet worden vastgesteld of er een familierechtelijke betrekking bestaat tussen de in Nederland verblijvende vreemdeling en de verzoeker. In belastingzaken kunnen vragen van internationaal huwelijksgoederenrecht of internationaal erfrecht aan de orde komen.

2. Uitvoeriger over de verhouding tussen volkenrecht en IPR: Th.M. de Boer, ‘Living Apart Together: The Relationship between Public and Private International Law’, *NILR*, issue 2, 2010, p. 183-207.

echtpaar een echtscheidingsverzoek kan indienen bij de rechter in Nederland, of hun echtscheiding door Nederlands of Arubaans recht wordt beheerst en of een in Nederland uitgesproken echtscheiding in Aruba kan worden erkend. Interpersonele complicaties ontstaan als het door het IPR als toepasselijk aangewezen recht verschillende rechtsregimes kent voor verschillende bevolkingsgroepen, doorgaans gebaseerd op verschillen in religie. Sommige landen kennen, naast regels van IPR, een bijzondere regeling voor dit soort gevallen: het interregionaal c.q. interpersoneel privaatrecht. In andere landen, waaronder Nederland, behelpt men zich doorgaans met een analogische toepassing van IPR-regels.³

Verwant met het IPR maar daarvan wezenlijk verschillend is het *eenvormig privaatrecht* of EPR. Hieronder verstaat men regelingen van materieel privaatrecht die twee of meer staten met elkaar gemeen hebben, vrijwel altijd op basis van een tussen die staten gesloten verdrag. De meeste EPR-verdragen hebben betrekking op onderwerpen in de sfeer van de internationale handel, zoals het Weens Koopverdrag of het CMR-verdrag. In internationale gevallen die uitsluitend verbonden zijn met staten die partij zijn bij een dergelijk verdrag, hoeft de (IPR-)vraag naar het toepasselijk recht niet beantwoord te worden, omdat het in principe geen verschil maakt of het recht van de ene of van de andere verdragsluitende staat wordt toegepast.⁴ Om die reden hebben EPR-verdragen altijd voorrang boven IPR-regelingen.

Net als andere rechtsgebieden kent het IPR zijn eigen jargon. Tot de terminologie van het IPR behoren allereerst de begrippen 'formeel' en 'materieel' IPR. Onder het *formele IPR* vallen de regels van het internationaal procesrecht en de internationale rechtshulp. Hiertoe behoren (a) regels betreffende de internationale bevoegdheid (rechtsmacht), (b) regels betreffende de erkenning van buitenlandse rechterlijke uitspraken en authentieke akten, en (c) regels betreffende de internationale samenwerking tussen nationale autoriteiten. Het *materiële IPR* is het geheel van regels die het toepasselijk recht aanwijzen. De meer gangbare naam voor dit onderdeel van het IPR is het *conflictenrecht*. Voorts worden in de IPR-literatuur nogal eens Latijnse termen gebruikt, meestal als kortschrift voor de aanwijzing van het toepasselijke recht. Zo verwijst de term *lex fori* naar het 'recht van het forum', d.w.z. het eigen recht van de rechter die de zaak beoordeelt. De *lex loci actus* is het recht van de plaats waar een rechtshandeling wordt verricht, terwijl de term *lex rei sitae* verwijst naar het recht van het land waar een (on)roerende zaak zich bevindt. De *lex causae* is het recht

3. Het zal duidelijk zijn dat conflictregels die primair naar het nationale recht van de betrokkene(n) verwijzen hier geen oplossing bieden. Hetzelfde geldt voor bevoegdheidsregels die verwijzen naar het *forum patriae*, de rechter van het land waarvan beide partijen (of een van hen) de nationaliteit bezit(ten). Soortgelijke problemen doen zich voor als de gewone verblijfplaats als bevoegdheids criterium of aanknopingsfactor fungeert en de betrokkene zijn gewoon verblijf heeft in een land waar het formele of materiële privaatrecht per bevolkingsgroep verschilt. Meer over de problematiek van het meervoudige rechtstelsel: *infra*, § 2.4.

4. Sommige EPR-verdragen, zoals de Hague-Visby Rules, laten de verdragsluitende staten enige ruimte om de verdragsbepalingen op eigen wijze te implementeren. Welke nationale versie van de EPR-regeling toepasselijk is, moet dan bepaald worden aan de hand van IPR-regels.

waarnaar een willekeurige regel van conflictenrecht verwijst. Dergelijke regels worden *conflictreghs* of *verwijzingsregels* genoemd. Ieder daarvan heeft betrekking op een bijzonder onderwerp van materieel privaatrecht (echtscheiding, afstamming, adoptie, onrechtmatige daad etc.), dat wordt aangeduid als de *verwijzingscategorie*. Het criterium dat in zo'n regel is neergelegd ter bepaling van het toepasselijke recht, noemen we de *aanknopingsfactor*. Andere vaktermen komen in de volgende paragrafen nog ter sprake.

2. De bronnen van het IPR

Nog niet zo heel lang geleden was het Nederlandse IPR vrijwel ongecodificeerd. Enkele verspreide bepalingen van het formele IPR kwamen voor in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, terwijl in de Wet Algemene Bepalingen van 1829 (Wet AB) een drietal artikelen betreffende het conflictenrecht waren opgenomen. Deze vormden de basis van een groot aantal ongeschreven conflictreghs, ontwikkeld in rechtspraak en doctrine, die voorzagen in een groeiende behoefte aan verfijning en nuancering. Zo werd de categorie 'personen- en familierechtelijke betrekkingen' waarop art. 6 Wet AB betrekking had, in de loop der tijd onderverdeeld in een aantal subcategorieën, ieder met hun eigen verwijzingsregel. Art. 7 Wet AB, dat de *lex rei sitae* van toepassing verklaarde op de categorie zakelijke rechten op onroerend goed, werd in de rechtspraak van overeenkomstige toepassing verklaard op roerende zaken, terwijl de betekenis van art. 10 Wet AB (de vorm van rechtshandelingen wordt beheerst door de *lex loci actus*) aanzienlijk werd uitgehold door de in de literatuur bepleite 'facultatieve werking' van deze bepaling.⁵

Sinds het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw zijn deze ongeschreven regels in wettelijke regelingen vastgelegd. De eerste daarvan was de Wet conflictenrecht echtscheiding (1981), gevolgd door twaalf andere 'wetten conflictenrecht' en enkele andere bijzondere wetten die (ook) IPR-bepalingen bevatten. Al deze wetten zijn inmiddels – met enige aanpassingen en voorafgegaan door een aantal 'algemene bepalingen' – samengevoegd in Boek 10 BW, dat op 1 januari 2012 in werking is getreden.⁶ Voorts is bij de laatste grote herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ook aandacht geschonken aan het internationaal bevoegdheidsrecht. Sinds 1 januari 2002 is dat onderdeel van het Nederlandse IPR gecodificeerd in titel 1 van Boek 1 Rv (art. 1-14). Wat nu nog ontbreekt, is een integrale wettelijke regeling van het onderwerp 'erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen'. De bestaande wettelijke bepalingen (met name art. 431 Rv) hebben hun betekenis grotendeels verloren en zijn dringend aan herziening toe.

De codificatie van het Nederlandse conflictenrecht en het internationaal bevoegdheidsrecht zou ons bijna doen vergeten dat de belangrijkste bron van het

5. Zie *infra*, hoofdstuk 2, § 2.4.

6. Vaststellings- en invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek van 19 mei 2011, *Stb.* 272. Zie: E.N. Frohn & F. Ibili, 'Boek 10 BW (IPR) en personen- en familierecht', *FJR* 2011, p. 363-371.

Nederlandse IPR niet de Nederlandse *wet* is, maar gevormd wordt door een groot aantal verdragen waarbij Nederland partij is en een nog steeds toenemend aantal Europese verordeningen. Nederland is sinds 1893 gastland van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, een internationale organisatie waarbij op dit moment meer dan zeventig staten zijn aangesloten en die zich de ‘*unification progressive*’ van het IPR ten doel stelt. Sinds de tweede wereldoorlog heeft de Haagse Conferentie tot dusver 38 IPR-verdragen tot stand gebracht, waarvan Nederland er 26 heeft geratificeerd en 4 ondertekend.⁷ Daarnaast is Nederland partij bij een aantal IPR-verdragen die tot stand gekomen zijn op initiatief van de Raad van Europa, de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand, de Verenigde Naties en de Europese Gemeenschap.

Bij het Verdrag van Amsterdam (1997) heeft de EG (thans de EU) de bevoegdheid gekregen het IPR van de lidstaten te unificeren. Van die bevoegdheid heeft de Europese wetgever voortvarend gebruik gemaakt. In hoog tempo worden verordeningen afgekondigd die inmiddels een groot deel van het formele IPR bestrijken en ook op het terrein van het conflictenrecht van steeds grotere betekenis zijn. Van belang voor het internationaal personen- en familierecht zijn met name de Verordening Brussel II-bis betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen ter zake van echtscheiding en ouderlijke verantwoordelijkheid, en voorts de Alimentatieverordening, die niet alleen regels geeft met betrekking tot de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen ter zake van onderhoudsverplichtingen, maar ook verplicht tot toepassing van het Haags Protocol inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, een verdrag dat door de EU is geratificeerd voor alle lidstaten behalve het Verenigd Koninkrijk en Denemarken. Over verordeningen op het terrein van het internationaal huwelijksvermogensrecht en erfrecht wordt nog onderhandeld, maar verwacht mag worden dat ook deze regelingen zich binnen afzienbare tijd zullen doen gelden.⁸

2.1. Samenloop van verdragen en/of verordeningen

Aldus kan worden geconstateerd dat het Nederlandse IPR tegenwoordig voor een belangrijk deel te vinden is in verdragen en verordeningen, voor een deel in de Nederlandse wet, en voor het overige in Nederlandse ongeschreven recht. Daarmee

7. In deze cijfers zijn niet de verdragen begrepen die de EU als ‘Regional Economic Integration Organisation’ heeft geratificeerd. Een voorbeeld daarvan is het Haags Alimentatieverdrag 2007, dat bij besluit van 9 juni 2011 door de Raad ‘namens de EU’ (behalve Denemarken) werd goedgekeurd; *PbEU* 22 juli 2011, L 192/39. Hetzelfde geldt voor het Haags Alimentatieprotocol, goedgekeurd ‘namens de Europese Gemeenschap’ (behalve Denemarken en het Verenigd Koninkrijk), bij besluit van 30 november 2009, *PbEU* 16 december 2009, L331/17.

8. Nederland neemt niet deel aan de ‘nauwere samenwerking’ op het terrein van het echtscheidingsconflictenrecht waarin de zgn. ‘Rome III Verordening’ voorziet op grond van art. 326 e.v. EU-Werkingsverdrag. Verordening nr. 1259/2010 (*PbEU* 29 december 2010, L 343/10) heeft voor ons land dan ook geen betekenis.

rijst de vraag hoe deze bronnen zich tot elkaar verhouden. Deze vraag is lastiger te beantwoorden naarmate er meer verdragen en verordeningen tot stand komen die niet alleen de bepalingen van het 'commune' Nederlandse IPR (d.w.z. wettelijke en ongeschreven IPR-regels) maar ook *elkaar* steeds meer overlappen. Hoe verhoudt zich bijvoorbeeld de bevoegdheidsregeling van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 tot de bevoegdheidsregels van de Verordening Brussel II-bis of van titel 1 Boek 1 Rv? Heeft het Haags Alimentatieverdrag 1973 voorrang boven het Haags Alimentatieprotocol 2007? Moet de erkenning van een in het buitenland uitgesproken echtscheiding worden getoetst aan het bepaalde in art. 10:57 en 58 BW of aan de erkenningsregels van Brussel II-bis?

In de verhouding tussen verdragen en verordeningen enerzijds en het commune IPR anderzijds vindt het samenloopprobleem zijn oplossing in art. 94 van onze Grondwet: 'binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties'. Hieraan wordt herinnerd in art. 10:1 BW, waarin verdragen en verordeningen uitdrukkelijk voorrang krijgen boven wettelijke IPR-bepalingen: 'De in dit Boek en andere wettelijke regelingen vervatte regels van internationaal privaatrecht laten de werking van voor Nederland bindende internationale en communautaire regelingen onverlet.'⁹ Hieraan kan worden toegevoegd dat regels van ongeschreven IPR in beginsel alleen voor toepassing in aanmerking komen als een geschreven regel ontbreekt. De hiërarchische verhouding tussen de bronnen van het Nederlandse IPR is dus als volgt: (1) verdragen en verordeningen, (2) wettelijke bepalingen, (3) regels van ongeschreven recht.

Samenloopproblemen tussen verdragen en/of verordeningen onderling zijn minder eenvoudig op te lossen. Vooropgesteld moet worden dat verdragen en verordeningen hiërarchisch op één lijn moeten worden gesteld. Hun onderlinge verhouding wordt in beginsel bepaald door twee volkenrechtelijke beginselen, die tot uitdrukking zijn gebracht in art. 30 Weens Verdragenverdrag 1969. In de eerste plaats kan een verdrag zelf bepalen dat het terugtreedt voor andere verdragen waarbij een staat partij is (of nog zal worden). Zo bepaalt art. 52 lid 1 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996: 'Dit verdrag laat onverlet internationale regelingen waarbij de Verdragsluitende Staten Partij zijn en die bepalingen bevatten over in dit Verdrag geregelde onderwerpen'. De tweede samenloopregel berust op het beginsel dat een jongere regeling voorrang heeft boven een oudere, althans in de verhouding tussen staten die bij beide verdragen partij zijn: *lex posterior derogat legi priori*. Zie bijvoorbeeld art. 18 Haags Alimentatieprotocol 2007: 'Tussen de protocolsluitende staten treedt dit protocol in de plaats van het Verdrag van 's-Gravenhage van 2 oktober 1973 inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen en van het Verdrag van 's-Gravenhage van 24 oktober 1956 nopens de wet welke op

9. Een vergelijkbaar voorbehoud is opgenomen in art. 1 Rv: 'Onverminderd het omtrent rechtsmacht in verdragen en EG-verordeningen bepaalde wordt de rechtsmacht van de Nederlandse rechter beheerst door de volgende bepalingen.'

alimentatieverplichtingen jegens kinderen toepasselijk is.’ Blijkens zijn bewoordingen gaat deze regel niet op als een van de betrokken staten wel partij is bij het oudere, maar niet bij het jongere verdrag. In dat geval zal voorrang moeten worden gegeven aan de oudere regeling.

2.2. *Het toepassingsgebied van verdragen en verordeningen*

Natuurlijk kunnen hiermee lang niet alle samenloopproblemen worden opgelost. De samenloopregels van het Weens Verdragenverdrag bieden bijvoorbeeld geen oplossing als de samenlopende regelingen niet in alle betrokken staten van kracht zijn, of als zij geen van beide (of juist allebei) een terugtredebepaling bevatten. Niettemin valt het samenloopprobleem doorgaans wel op te lossen, niet alleen omdat recente verdragen en verordeningen meestal zelf in oplossingen voorzien, maar vooral ook omdat hun werkingsbereik in ruimte en tijd meestal zo beperkt is dat zich in de praktijk maar weinig overlappingen zullen voordoen. Het is dan ook zaak in ieder individueel geval nauwkeurig na te gaan of het werkingsbereik van ogenschijnlijk samenlopende regelingen zich ook uitstrekt over de casus in concreto. Met andere woorden: van samenloop kan alleen sprake zijn als de casus valt onder het *materieel, formeel en temporeel* toepassingsgebied van meer dan een internationale of Europese regeling.

Het *materieel toepassingsgebied* van een verdrag of verordening wordt doorgaans in de regeling zelf afgebakend. Daarbij moet onderscheid gemaakt worden tussen het IPR-onderwerp dat de regeling bestrijkt – bevoegdheid, toepasselijk recht, erkenning, tenuitvoerlegging en/of internationale rechtshulp – en het onderwerp van materieel privaatrecht waarop zij betrekking heeft. Zo blijkt al uit de volledige titel van het Haags Alimentatieprotocol 2007 dat het uitsluitend betrekking heeft op vragen betreffende ‘het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen’, en dus niet ziet op kwesties van formeel IPR. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd in art. 1, dat voorts het begrip onderhoudsverplichtingen beperkt tot ‘onderhoudsverplichtingen voortvloeiend uit familiebetrekkingen, bloedverwantschap, huwelijk en aanverwantschap, met inbegrip van onderhoudsverplichtingen jegens een kind ongeacht de huwelijkse staat van de ouders’. Strikt genomen vallen alimentatieverplichtingen van geregistreerde partners buiten deze formule, zodat betoogd zou kunnen worden dat deze vorm van alimentatie buiten het materieel toepassingsgebied van het protocol valt. Hoe dat ook zij, in Nederland zijn de verdragsrechtelijke conflictrechtsregels ook op deze categorie van toepassing verklaard, zoals blijkt uit art. 10:90 en art. 10:116 BW.¹⁰

10. De verwijzing naar het Haags Alimentatieverdrag 1973 in art. 10:90 sub b BW suggereert dat zowel dit verdrag als het in art. 10:90 sub a genoemde Haags Alimentatieprotocol 2007 voor toepassing in aanmerking komen. Het verdrag van 1973 heeft echter geen betekenis meer in procedures die na het kracht worden van het Protocol (op 18 juni 2011) zijn ingesteld. Zie hoofdstuk 8, § 3.4.

Het werkingsbereik van een verdrag of verordening kan voorts beperkt zijn tot situaties waarin de casus met een of meer verdragsluitende staten c.q. Europese lidstaten verbonden is. Een bepaling waarin deze vorm van afbakening is neergelegd, wijst het *formeel toepassingsgebied* van de regeling aan. Sommige verdragen of verordeningen hebben een onbeperkt (of universeel) formeel toepassingsgebied, d.w.z. dat aan de ruimtelijke werkings sfeer van de regeling geen beperkingen zijn gesteld. Dat geldt voor vrijwel alle verdragen op het terrein van het toepasselijk recht. Zie bijvoorbeeld art. 2 Haags Alimentatieprotocol 2007: 'Dit protocol is van toepassing zelfs wanneer het toepasselijk recht het recht van een niet-protocolsluitende staat is.' Executieverdragen, daarentegen, hebben altijd een beperkt formeel toepassingsgebied: onder hun ruimtelijk werkingsbereik vallen alleen beslissingen die afkomstig zijn uit een andere verdragsluitende staat. Hetzelfde geldt voor regelingen op het terrein van de internationale rechtshulp. Het is overigens niet altijd eenvoudig na te gaan of het formeel toepassingsgebied van een verdrag of verordening beperkt is of universeel. Vaak zal dit moet worden afgeleid uit de bewoordingen van alle voor een bepaald onderwerp relevante bepalingen. Bijvoorbeeld: in het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 is geen bepaling te vinden die met zoveel woorden aangeeft dat het verdrag, voor wat betreft de internationale bevoegdheid, een beperkt formeel toepassingsgebied heeft. Dit blijkt echter wel uit de diverse bevoegdheidsregels (art. 5-14), waaraan geen bevoegdheid ontleend kan worden als het kind zijn gewone verblijf niet in een (andere) verdragsluitende staat heeft en zich daar ook niet 'bevindt'. Onduidelijk is ook het formeel toepassingsgebied van de bevoegdheidsbepalingen van de Verordening Brussel II-bis, zowel ter zake van echtscheiding als ouderlijke verantwoordelijkheid. In Nederland is dit probleem voor wat betreft de bevoegdheid van de echtscheidingsrechter opgelost in art. 4 lid 1 Rv, dat terugverwijst naar de bevoegdheidsregels van de verordening indien deze in een bepaald geval formeel of materieel¹¹ niet van toepassing zouden zijn. Voor wat betreft de ouderlijke verantwoordelijkheid laat zich uit de tekst van art. 8-20 Brussel II-bis afleiden dat de verordening formeel alleen van toepassing is als het kind zijn gewone verblijfplaats in een lidstaat heeft (art. 8-10) of als voldaan is aan de eisen betreffende de prorogatie van rechtsmacht (art. 12). In het laatste geval maakt het niet uit of het kind zijn gewone verblijfplaats in een lidstaat heeft of niet.

Het derde aspect van het werkingsbereik van verdragen en verordeningen betreft hun werking in de tijd. Het *temporeel toepassingsgebied* is doorgaans in een afzonderlijke bepaling afgebakend. De meeste verdragen en verordeningen zijn in temporeel opzicht alleen van toepassing als een bepaalde gebeurtenis (het aanhangig maken van de zaak, de huwelijksluiting, het uitspreken van een vonnis, het treffen

11. Te denken valt aan de nietigheid en geldigheid van het huwelijk, onderwerpen die in art. 4 lid 1 Rv wel, maar in Brussel II-bis niet worden genoemd. Het opengesteld huwelijk wordt in Nederland beschouwd als een huwelijk in de zin van de verordening, maar het is niet zeker of die interpretatie zal worden bevestigd door het Hof van Justitie, mocht daarover ooit een prejudiciële vraag gesteld worden. Zo niet, dan kan art. 4 lid 1 ook op dit punt in een lacune voorzien.

van een maatregel, etc.) zich na de inwerkingtreding van de regeling heeft voorgedaan. Zij hebben dus in het algemeen geen terugwerkende kracht. Zie bijvoorbeeld art. 21 Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978: 'Het verdrag is in elke Verdragsluitende Staat slechts van toepassing op echtgenoten die na de inwerkingtreding van het Verdrag voor die Staat in het huwelijk zijn getreden, dan wel het op hun huwelijksvermogensregime toepasselijke recht aanwijzen.'

3. *De conflictenrechtelijke methode*

3.1 *De verwijzingsmethode*

Van oudsher is in de IPR-literatuur voornamelijk aandacht geschonken aan de vraag naar het toepasselijke recht; veel minder belangstelling bestond er voor kwesties van internationaal procesrecht. Het is hier niet de plaats om een overzicht te geven van de verschillende conflictenrechtelijke benaderingen die in de loop der tijd zijn voorgesteld.¹² De meeste daarvan hebben hun betekenis na langere of kortere tijd verloren en zijn alleen nog interessant voor degenen die zich willen verdiepen in de geschiedenis van de conflictenrechtelijke methodologie. Hier mag worden volstaan met de vaststelling dat de huidige aanpak van het 'conflictenrechtelijk keuzeprobleem' – hoe selecteren we het rechtsstelsel dat in casu toepassing verdient? – gebaseerd is op een methode die in 1849 werd gepresenteerd door Friedrich Carl von Savigny.¹³ Het belang van zijn bijdrage aan de wetenschap van het IPR schuilt in zijn stelling dat het IPR zich – anders dan tot dusver was aangenomen – niet dient te richten op conflicterende normen van verschillende nationale herkomst, maar op rechtsverhoudingen die met verschillende landen verbonden zijn. Niet de vraag welk landsrecht de sterkste toepassingsclaim heeft zou centraal moeten staan, maar de vraag waar een internationale rechtsverhouding haar 'thuis' (*Heimat*), haar zetel (*Sitz*) heeft. Deze perspectiefwisseling (van botsende rechtsstelsels naar internationale rechtsbetrekkingen) bood Savigny de mogelijkheid om voor verschillende privaatrechtelijke categorieën criteria te formuleren aan de hand waarvan een internationale rechtsverhouding kan worden 'thuisgebracht'. De aandacht verschoof daarmee van inhoud en geldingsprentie van concurrerende normen naar de betekenis van geografische elementen binnen het feitencomplex, zoals de woonplaats, de plaats van handelen, de plaats van ligging van een zaak etc. Volgens Savigny werd hun

12. Vgl. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 10e druk, Deventer, 2012, nrs. 14-24; J.A. Pontier, *Conflictenrecht: grondslagen, methoden, beginselen en belangen; een politiek liberaal perspectief*, diss. UvA, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1997, hoofdstuk 3; Th.M. de Boer, 'Facultative Choice of Law, The procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law', *Recueil des Cours*, Vol. 257, (1996), chapter II.

13. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen rechts*, Band 8, Berlin 1849; Luc Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht, Verkenningen op een kruispunt van methoden*, diss. UvA, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1978, p. 112-134; Pontier, *supra* noot , p. 165-183.

onderlinge betekenis bepaald door de 'Natur der Sache', die per categorie zou kunnen aangeven welk geografisch element doorslaggevend is voor de aanwijzing van het land waar een bepaald type rechtsverhouding thuishoort. Zo zouden verhoudingen tussen echtgenoten of tussen ouders en kinderen 'naar hun aard' thuishoren in het land waar de man, respectievelijk de vader, zijn woonplaats heeft, terwijl een contractuele verbintenis 'ihrer Natur nach' thuishoort in het land waar zij moet worden uitgevoerd. De aldus gevonden criteria (aanknopingsfactoren), zo meende Savigny, zouden universeel worden aanvaard, omdat zij immers uit het 'wezen' van ieder type rechtsverhouding konden worden afgeleid. Aldus zouden, in ieder geval op den duur, overal ter wereld dezelfde conflictenrechtelijke oplossingen uit de bus komen en zou het conflictenrecht niet meer van land tot land verschillen.

Hoewel Savigny's theorie op allerlei punten aanvechtbaar is gebleken, heeft de door hem geïntroduceerde methode stand gehouden. Wereldwijd is zijn conflictenrechtelijke aanpak vertaald in regels die erop gericht zijn het toepasselijk recht aan te wijzen op basis van het beginsel van de 'nauwste verbondenheid'. Niettemin bleek al spoedig dat dit beginsel op heel verschillende manieren kon worden ingevuld. De 'Natur der Sache' bleek een aanzienlijk minder betrouwbaar richtsnoer te zijn dan Savigny had verondersteld. Met de opkomst van het juridische begrip 'nationaliteit', aan het einde van de 19^e eeuw, rees de vraag of een persoon nauwer verbonden is met het land van zijn woonplaats of het land waarvan hij onderdaan is. Op het terrein van het internationaal personen- en familierecht kozen sommige landen voor de nationaliteit als aanknopingsfactor, terwijl andere juist vasthielden aan het woonplaatsbeginsel, met als gevolg een scheiding tussen 'nationaliteitslanden' en 'domicilielanden' die tot op de huidige dag is blijven bestaan.¹⁴ Ook op andere terreinen bleek de verwachte *Entscheidungsharmonie* een illusie. Maar over de kern van de te volgen methode was men het eens: het ging erom een verbinding te leggen tussen de internationale rechtsverhouding en (het recht van) het land waarmee zij geacht kon worden het nauwst verbonden te zijn. Daartoe werd voor iedere verwijzingscategorie een regel ontworpen waarin die verbinding tot uitdrukking komt in een of meer plaatsbepalende criteria.

3.2 *De structuur van verwijzingsregels*

Zulke regels noemen we verwijzingsregels of conflictregels. Zij bestaan onveranderlijk uit drie elementen. In de eerste plaats omschrijven zij het onderwerp van materieel privaatrecht waarop de regel betrekking heeft: echtscheiding, afstamming, alimentatie, adoptie, zakelijke rechten, verbintenissen uit overeenkomst of onrechtmatige daad, de vorm van rechtshandelingen etc. Dit element wordt de *verwijzingscategorie* genoemd. Hun aantal is in de loop der tijd sterk uitgebreid, omdat binnen

14. De Haagse Conferentie voor IPR heeft geprobeerd deze kloof te overbruggen in het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978, hetgeen geresulteerd heeft in de hoogst ingewikkelde verwijzingsregel van art. 4. Zie *infra*, hoofdstuk 5.

een bepaalde categorie vaak verschillende subcategorieën worden onderscheiden, ieder met hun eigen verwijzingsregel. Zo wordt binnen de verwijzingscategorie ‘afstamming’ een onderscheid gemaakt tussen familierechtelijke betrekkingen door (a) geboorte, (b) erkenning, (c) gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en (d) wetgeving. Naarmate het aantal verwijzingscategorieën toeneemt, wordt het lastiger te bepalen of een bepaalde casus tot de ene of tot de andere categorie behoort. Dit is een kwestie van *kwalificatie*, een probleem dat in het volgende hoofdstuk nog ter sprake zal komen.¹⁵

Het tweede en belangrijkste element van een verwijzingsregel is de *aanknopingsfactor*. Dit zijn de criteria (*aanknopingspunten*) waarmee de verbinding gelegd wordt tussen de casus en één bepaald land, zoals het land waarvan beide partijen de nationaliteit bezitten, of het land waar zij hun gewone verblijfplaats hebben, de plaats van de huwelijksluiting, de plaats van ligging van een onroerende zaak, het land waar een schip of vliegtuig is geregistreerd, etc. Sommige conflictregels bevatten meer dan één aanknopingspunt. Dat is met name het geval als de conflictregel bestaat uit een zgn. ‘aanknopingsladder’, d.w.z. dat de aanknopingspunten in een bepaalde volgorde moeten worden afgelopen, afhankelijk van de vraag of de feiten van de casus beantwoorden aan het gestelde criterium. Zie bijvoorbeeld art. 10:36 BW, dat met betrekking tot de persoonlijke betrekkingen tussen echtgenoten primair verwijst naar het recht van de staat waarvan zij beiden de nationaliteit bezitten. Bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit is het recht van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van toepassing, en bij gebreke dáárvan het recht van de staat waarmee zij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het nauwst zijn verbonden. Andere conflictregels zijn gebaseerd op een cumulatie van criteria en verlangen dat aan ieder daarvan voldaan is¹⁶, terwijl in weer andere conflictregels de aanknopingspunten als alternatieve voorwaarden fungeren. Zie bijvoorbeeld art. 12 Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978: ‘Huweljkse voorwaarden zijn, wat de vorm betreft, geldig indien zij in overeenstemming zijn hetzij met het interne recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, hetzij met het interne recht van de plaats waar zij werden aangegaan.’

In de derde plaats is in alle verwijzingsregels een koppeling opgenomen tussen de casus en het recht van het door de aanknopingsfactor aangewezen land. Deze *rechtsaanwijzing* kan op verschillende wijzen worden geformuleerd, maar het meest gebruikelijk zijn formules als: ‘op ... is toepasselijk het recht van ...’ of ‘... wordt

15. Zie hoofdstuk 2, § 2.1.

16. Een voorbeeld is te vinden in art. 5 lid 1 Verordening Rome I, betreffende de overeenkomst voor het vervoer van goederen, waarin een samenvol verlangd wordt van het land waar de vervoerder zijn gewone verblijfplaats heeft met een ander aanknopingspunt (hetzij de plaats van in- of uitlading van de goederen, hetzij de plaats van vestiging van de verzender). In het in Nederland geldende internationaal personen- en familierecht komt dit type regel alleen voor in de variant waarin verwezen wordt naar een *gemeenschappelijk* aanknopingspunt, zoals de gemeenschappelijke nationaliteit of de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van echtgenoten (zie bijv. art. 10:35 BW), of de samenvol van de gewone verblijfplaats van een echtgenoot of geregistreerd partner met die van de wederpartij van zijn/haar wederhelft (art. 10:39-40 en art. 10:67-68 BW).

beheerst door het recht van ...'. In sommige verwijzingsregels wordt de aanwijzing van het toepasselijk gerecht gekoppeld aan de bevoegdheid van de aangezochte instantie, een relatie die in de literatuur als *Gleichlauf* wordt aangeduid. Zie bijvoorbeeld art. 2 Haags Verdrag meerderjarigenbescherming 2000: 'De autoriteiten van de Verdragsluitende Staten oefenen de bevoegdheid die hun ingevolge het bepaalde in Hoofdstuk II is toegekend uit onder toepassing van hun eigen recht.'

Wanneer de conflictregel *buitenlands recht* van toepassing verklaart, rijzen verschillende vragen die zich niet voordoen als de casus beheerst wordt door de *lex fori*. In de eerste plaats: wordt de Nederlandse rechter geacht ook buitenlands recht te kennen? En zo ja, welke inspanningen dient hij zich te getroosten om de inhoud daarvan te achterhalen? Ten tweede: moet het aangewezen recht in volle omvang worden toegepast, dus inclusief de regels van publiekrecht, burgerlijk procesrecht en internationaal privaatrecht? Over deze vragen is in de doctrine veel gediscussieerd. De neerslag daarvan is te vinden in een aantal leerstukken die in Boek 10 BW in wettelijke regels zijn uitgedrukt. Dat IPR-regels en het door die regels aangewezen recht (dus ook buitenlands recht) ambtshalve moeten worden toegepast, volgt uit art. 10:2 BW. In de Memorie van Toelichting worden enkele suggesties gedaan voor de wijze waarop de rechter in samenspraak met partijen informatie over buitenlands recht zou kunnen verkrijgen. Procesrechtelijke kwesties worden op grond van art. 10:3 uitsluitend beheerst door de *lex fori*. Toepassing van buitenlands internationaal privaatrecht (dat onder omstandigheden kan terugverwijzen naar het Nederlandse IPR of doorverwijzen naar het recht van derde landen) wordt in Nederland afgewezen (art. 10:5), maar sommige verdragen staan terugverwijzing of verderverwijzing (*renvoi*) uitdrukkelijk toe.¹⁷ Met regels van buitenlands publiekrecht, voor zover relevant voor de beantwoording van een concrete rechtsvraag, wordt bij uitzondering rekening gehouden als zij als voorrangsregels kunnen worden gekwalificeerd (art. 10:7 lid 3). In het volgende hoofdstuk zal nog nader worden ingegaan op de leerstukken die aan de genoemde wetsbepalingen ten grondslag liggen.¹⁸

3.3 Aanknopingsbeginselen

De 'Savigniaanse' verwijzingsmethode richtte zich op de aanwijzing van het recht van het land waarmee een internationale rechtsverhouding in geografisch opzicht het nauwst is verbonden. Savigny meende die verbondenheid voor iedere verwijzingscategorie in abstracto te kunnen aanwijzen, maar de praktijk heeft aangetoond dat een aanknopingsfactor die abstraheert van de concrete omstandigheden ook wel eens verwijst naar een minder nauw betrokken land. Vandaar dat in sommige verwijzingsregels een exceptieclausule is opgenomen die het mogelijk maakt rekening te

17. Dat verklaart waarom enkele in Boek 10 neergelegde verwijzingsregels, ondanks de Nederlandse '*renvoifeindlichkeit*' toch naar buitenlands IPR verwijzen. Zie bijvoorbeeld art. 10: 19 lid 1 BW.

18. Zie hoofdstuk 2, § 2.2 (procesrecht), § 3.1 (*renvoi*), § 4.1 (voorrangsregels).

houden met alle concrete omstandigheden van het geval. In art. 10:8 BW wordt zelfs een algemene exceptie geïntroduceerd die geldt voor alle conflictregels waarin de aanknopingsfactor berust op het *beginsel van de nauwste verbondenheid*. Dit impliceert dat er ook conflictregels bestaan die op een ander aanknopingsbeginsel zijn gebaseerd.

In de loop van de 20^e eeuw is men gaan inzien dat Savigny's feitelijk-geografische benadering van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem niet altijd recht deed aan de waarden en belangen die aan het (privaat)recht van de betrokken staten ten grondslag liggen. Zijn methode was vooral gericht op het bereiken van *Entscheidungsharmonie* en moest zich daartoe wel bedienen van strikt neutrale criteria, waarin geen enkele rechtspolitieke voorkeur mocht doorklinken. De klassieke verwijzingsregel is dan ook blind voor de inhoud van de bij de casus betrokken rechtsstelsels en negeert niet alleen de waarden en belangen die aan het recht van de forumstaat ten grondslag liggen maar ook partijverwachtingen die niet stroken met het verwijzingsresultaat. Daartegen kwam allereerst de internationale handelsgemeenschap in verzet. In de eerste helft van de 20^e eeuw werd een heftige strijd gestreden over de vraag of contractspartijen het recht hadden het op hun overeenkomst toepasselijke recht zelf aan te wijzen. Die strijd werd in de jaren zestig definitief beslist ten gunste van de 'autonomisten'. In Nederland besliste de Hoge Raad in het *Alnati-arrest*¹⁹ dat partijen bij een internationale overeenkomst in beginsel het recht hebben het toepasselijke recht gezamenlijk aan te wijzen, en dat zij daarmee niet alleen de aanvullende regels van het zonder die rechtskeuze toepasselijke recht opzij kunnen zetten ('materieelrechtelijke rechtskeuze'), maar ook de dwingende bepalingen daarvan ('conflictenrechtelijke rechtskeuze'). Sindsdien is *het beginsel van de partijautonomie* wereldwijd aanvaard, ook buiten het terrein van het overeenkomstenrecht. Binnen het personen- en familierecht wordt een (beperkte) keuzevrijheid toegestaan, zoals blijkt uit de thans in Nederland geldende conflictregels ter zake van: echtscheiding (art. 10:56 BW); persoonlijke betrekkingen tussen echtgenoten (art. 10:35) en tussen geregistreerde partners (art. 10:64); het huwelijksvermogensregime (art. 3 en 6 Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978) en het partnerschapsvermogensregime (art. 10:70); onderhoudsverplichtingen jegens echtgenoten en andere volwassenen (art. 7 en 8 Haags Alimentatieprotocol 2007). Uit art. 10:10 BW blijkt dat een rechtskeuze 'uitdrukkelijk' moet zijn gedaan of 'anderszins voldoende duidelijk' moet blijken. De wetgever heeft hiermee willen aangeven dat de rechter niet mag uitgaan van de 'hypothetische partijwil', de veronderstelling dat partijen een bepaald recht zouden hebben gekozen als zij de vraag naar het toepasselijke recht onder ogen hadden gezien. Een 'stilzwijgende' of 'impliciete' rechtskeuze wordt hiermee niet uitgesloten: als uit de processtukken of uit het debat van partijen 'voldoende duidelijk' blijkt dat partijen zijn uitgegaan van de toepasselijkheid van een bepaald recht, mag daaruit worden afgeleid dat zij een keuze voor dat recht hebben willen doen. Art. 10:10 vormt overigens geen maatstaf

19. HR 13 mei 1966, *NJ* 1967/3.

als de casus valt onder de werking van een verdrag of verordening, of onder een wettelijke regel die specifieke eisen stelt aan de wijze waarop moet blijken dat partij en een rechtskeuze hebben gedaan. Vgl. art. 10:56 lid 3, art. 10:75 en art. 10:77 BW.

Betrekkelijk nieuw zijn de conflictregels waarin materieelrechtelijke waarden en belangen het verwijzingsresultaat beïnvloeden. Anders dan de waardevrije criteria die kenmerkend zijn voor de aanknopingsregels op basis van het beginsel van de nauwste verbondenheid, zijn de in dit soort regels neergelegde aanknopingsfactoren niet gericht op de aanwijzing van het geografisch zwaartepunt van een (bepaald type) rechtsverhouding, maar op de bescherming van structureel zwakkeren en/of op de bevordering van een wenselijk geacht materieelrechtelijk resultaat. Tot de eerste categorie behoren conflictregels die berusten op het *beginsel van de functionele aanknopingsregels*, ook wel aangeduid als het *beschermingsbeginsel*. In dit type conflictregels is de *functie* van het corresponderende materiële privaatrecht (bescherming van structureel zwakkere partijen, zoals kinderen, alimentatiebehoeftigen, consumenten of werknemers) vertaald in een criterium dat een verbinding legt met de woon- of werk-omgeving van de te beschermen partij. Zo verwijst de conflictregel voor onderhoudsverplichtingen in beginsel naar het recht van het woonland van de alimentatie-behoefte. Dat betekent niet dat de zwakkere partij ook daadwerkelijk beschermd wordt – in dat opzicht is de term ‘beschermingsbeginsel’ verwarrend – maar wel dat de internationaliteit van de casus geen invloed heeft op het beschermingsniveau: dat is gelijk voor iedereen in dezelfde woon- of werkomgeving.

Verwijzingsregels die gebaseerd zijn op het *begunstigingsbeginsel* gaan in dit opzicht een stap verder. Daarin zijn doorgaans twee of meer alternatieven voor de aanknopingsregels geformuleerd, waarvan de keuze bepaald wordt door de inhoud van het aangewezen recht en het beoogde materieelrechtelijke resultaat. Zo biedt art. 10:95 lid 1 BW vier alternatieve aanknopingsfactoren voor de aanwijzing van het recht dat de mogelijkheid van erkenning van een buitenechtelijk kind beheerst. Is erkenning niet mogelijk volgens het recht van het land waarvan de man (mede) de nationaliteit bezit, dan komt het recht van de gewone verblijfplaats van het kind in aanmerking. Als ook dat recht niet voorziet in de mogelijkheid van erkenning, dan komt het recht van het land waarvan het kind (mede) de nationaliteit bezit voor toepassing in aanmerking, en als ook dat niets oplevert, leidt misschien het recht van de gewone verblijfplaats van de man nog tot het gewenste resultaat. Conflictregels die gebaseerd zijn op het begunstigingsbeginsel zijn voorts te vinden in art. 10:28 (huwelijksbevoegdheid); art. 10:94 lid 1 (betrekkingen tussen een buitenechtelijk kind en zijn moeder); art. 10:98 (wettiging) en in het Haags Alimentatieprotocol 2007 (art. 4 leden 2, 3 en 4).

Ook conflictregels die primair of subsidiair verwijzen naar de *lex fori* staan meestal in het teken van de bescherming van materieelrechtelijke waarden en belangen. Voor zover de verwijzing naar het eigen recht als aanknopingsalternatief fungeert, berusten deze regels op het begunstigingsbeginsel; zie bijvoorbeeld art. 10:93 lid 2 BW (ontkenning van vaderschap). Waar het eigen recht exclusief toepasselijk wordt verklaard, brengt de verwijzingsregel tot uitdrukking dat bepaalde

normen en waarden van de forumstaat zo zwaar wegen dat zij niet vervangen mogen worden door regels van buitenlands recht. De voorkeur voor de *lex fori* staat hier in het teken van de (positieve) openbare orde.²⁰ Dat geldt in Nederland onder meer voor de vormvereisten met betrekking tot de huwelijksluiting (art. 10:31), het aangaan van een geregistreerd partnerschap (art. 10:60), de huwelijksontbinding (art. 10:55) en de beëindiging van een geregistreerd partnerschap (art. 10:86), en eveneens voor ‘de wijze van procederen ten overstaan van de Nederlandse rechter’ (art. 10:3).

4. Internationaal procesrecht

Regels van internationaal procesrecht behoren tot het *formele* IPR. Voor een deel hebben zij betrekking op de vraag naar de internationale bevoegdheid (rechtsmacht) van nationale rechtsprekende instanties, voor een ander deel op de vraag naar de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen en authentieke akten. Eveneens tot het formele IPR behoort het onderwerp ‘internationale rechtshulp’, d.w.z. de samenwerking tussen justitiële en/of administratieve autoriteiten uit verschillende landen wanneer een ambtelijke handeling (bijvoorbeeld de betekening van een gerechtelijk stuk, het horen van een getuige, het opsporen van een ontvoerd kind) in het buitenland moet worden verricht.

Voorals het internationaal bevoegdheidsrecht is sterk in de belangstelling komen te staan sinds de inwerkingtreding van het EEG-executieverdrag 1968, dat niet alleen betrekking had op de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen afkomstig van gerechten in de verdragsluitende staten, maar vooral ook op de internationale bevoegdheid van die gerechten in vermogensrechtelijke zaken. Bij een apart Protocol was de uitleg van dit verdrag, waartoe alleen EG-lidstaten konden toetreden, opgedragen aan het Hof van Justitie EG. Sinds de inwerkingtreding van het verdrag, in 1973, heeft het Hof in een groot aantal prejudiciële beslissingen de inhoud van de verdragsbepalingen verduidelijkt en genuanceerd. Deze rechtspraak is verwerkt in de verschillende wijzigingen die het verdrag heeft ondergaan bij toetreding van nieuwe staten tot de EG, totdat het op 1 maart 2002 vervangen werd door de thans geldende Verordening ‘Brussel I’, in Nederland beter bekend als de ‘EEX-verordening’.²¹ De laatste versie van het EEX-verdrag, die met de noodzakelijke aanpassingen en aanvullingen in de verordening is overgenomen, heeft de Nederlandse wetgever tot

20. Buiten het personen- en familierecht treft men dit type conflictregel minder vaak aan. Een voorbeeld is art. 10:159 BW, waarin Nederlands recht van toepassing wordt verklaard op verbintenissen uit onrechtmatige daad ‘voortvloeiend uit de uitoefening van Nederlands openbaar gezag’. Van een ander kaliber is art. 10:164 BW dat naar de *lex fori* verwijst ‘voor zover de aansprakelijkheid ter zake van een aanvaring in volle zee niet wordt bestreken door de Verordening Rome II’. De verwijzing naar de *lex fori* is hier niet bepaald door het openbare orde-karakter van het aanvaringsrecht, maar door het ontbreken van een geschiktere aanknopingsfactor.

21. Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel, 22 december 2000, *PbEG* 2001, L 12/1.

voorbeeld gediend bij het opstellen van een geheel nieuwe regeling van het internationaal bevoegdheidsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.²² Daarin zijn sommige EEX-bepalingen vrijwel letterlijk overgenomen, maar belangrijker is waarschijnlijk dat het Nederlandse commune IPR op dit punt in overeenstemming is gebracht met de beginselen die aan het Europese internationaal bevoegdheidsrecht ten grondslag liggen.²³

4.1. *Beginselen van internationaal bevoegdheidsrecht*

De uitgangspunten waarop de Europese rechtsmachtregels zijn gebaseerd, tonen in sommige opzichten verwantschap met de hiervoor beschreven aanknopingsbegin-selen. Dat blijkt allereerst uit bevoegdheidsbepalingen die partijen de vrijheid bieden de bevoegde rechter zelf aan te wijzen (forumkeuze) en dus berusten op het beginsel van de (procesrechtelijke) partijautonomie. Van andere bepalingen is de strekking vergelijkbaar met de ratio van conflictregels die in het teken van bescherming of begunstiging staan. Structureel zwakkere procespartijen worden beschermd door bevoegdheidsregels die rechtsmacht toekennen aan de rechter van hun woonland in gevallen waarin zij als eisende partij optreden (*forum actoris*). Omdat zij daarnaast ook kunnen procederen in het land waar de gedaagde gevestigd is (*forum rei*), worden zij in zekere zin ook begunstigd ten opzichte van de gedaagde, die een dergelijke keuzemogelijkheid niet heeft. Bescherming ontleen zij voorts aan bevoegdheidsregels die paal en perk stellen aan de geldigheid van een forumkeuze die hun door de sterkere partij kan zijn opgedrongen. In dat opzicht kent de procesrechtelijke partijautonomie grenzen die vergelijkbaar zijn met de beperkingen die in het conflictenrecht aan de *rechtskeuzevrijheid* worden gesteld: doorslaggevend is de onderliggende dispositievrijheid van partijen. Het beginsel van de nauwste verbondenheid, ten slotte, heeft een procesrechtelijke equivalent in regels die in het belang van de proces-economie bevoegdheid toekennen aan de rechter die geografisch het dichtst bij de oorzaak van het geschil staat, zoals de rechter van het land waar een contractuele verbintenis had moeten worden uitgevoerd of het land waar een onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan. Als gevolg van deze parallellie tussen de grondslagen van het internationaal bevoegdheidsrecht en het conflictenrecht zal zich betrekkelijk vaak *Gleichlauf* voordoen tussen bevoegdheid en toepasselijk recht, d.w.z. dat de criteria voor bevoegdheid en toepasselijk recht samenvallen, hetgeen impliceert dat de *lex fori*, het recht van de rechter, toepasselijk is.

Getransponeerd naar het personen- en familierecht hebben deze uitgangspunten ook betekenis voor de bevoegdheidsregels die in verordeningen en verdragen op dit

22. Boek 1, titel 1 Rv (art. 1-14), in werking sinds 1 januari 2002, *Stb.* 2001, 580.

23. Dat blijkt niet alleen uit de tekst van art. 1-14 Rv, maar ook uit het schrappen of inperken van enkele bevoegdheidsgronden die internationaal niet (langer) gangbaar zijn, zoals de bevoegdheid van het *forum actoris* (de rechter van het land waar de eisende partij woonplaats heeft) in art. 126 sub 3 (oud) Rv of van het *forum arresti* (de rechter van het land waar beslag gelegd is), dat sinds de wijziging van art. 767 Rv (al in 1992) sterk aan betekenis heeft ingeboet.

terrein zijn neergelegd.²⁴ Dat blijkt onder meer uit de relatie tussen dispositievrijheid en partijautonomie, die hier tot een aanzienlijke beperking van de (forum)keuzevrijheid dwingt. In het algemeen is een forumkeuze niet toegestaan als de zaak niet ter vrije bepaling van partijen staat. Derhalve zal een forumkeuze in beginsel wel gehonoreerd kunnen worden in procedures tussen echtgenoten of geregistreerde partners, met name als het gaat om hun vermogensrechtelijke betrekkingen of partneralimentatie, maar niet op terreinen waar partijen geen dispositievrijheid hebben, zoals in procedures betreffende de naam, afstamming, echtscheiding of adoptie.²⁵ Voorts dringt een vergelijking met het beschermingsbeginsel zich op als de procedure betrekking heeft op ouderlijke verantwoordelijkheid of meerderjarigenbescherming. In deze categorieën wordt rechtsmacht in principe gekoppeld aan de gewone verblijfplaats van het kind c.q. de te beschermen meerderjarige. Waar dat niet het geval is, moet steeds de vraag gesteld worden of het aannemen van bevoegdheid hun belang ten goede komt. De procesrechtelijke bescherming en begunstiging van alimentatiebehoefte heeft in de Alimentatieverordening gestalte gekregen in een bevoegdheidsbepaling die hun een keuze biedt uit verschillende fora, waaronder het *forum actoris*, en de regel dat de onderhoudsplichtige die een wijziging van de hem opgelegde alimentatie verlangt, zich doorgaans zal moeten wenden tot de rechter van de gewone verblijfplaats van de alimentatiegerechtigde, het *forum rei*. Een nauwe verbondenheid met de forumstaat, ten slotte, speelt een rol in regels die een accessoire bevoegdheid koppelen aan bevoegdheid in de hoofdzaak, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid van de echtscheidingsrechter om kennis te nemen van een nevenverzoek betreffende een gezags- of omgangsrecht (alleen op bepaalde voorwaarden) of betreffende alimentatie.

Voor zover geen verdrag of verordening van toepassing is, zal de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid ter zake van personen- of familierechtelijke kwesties in de meeste gevallen moeten baseren op art. 3 Rv. Een uitzondering daarop betreft de bevoegdheid ter zake van ouderlijke verantwoordelijkheid, die bestreken wordt door art. 4 lid 3 en art. 5 Rv. Voorts zal in zaken die ter vrije bepaling van partijen staan bevoegdheid ontleend kunnen worden aan art. 8 lid 1 of art. 9 sub a betreffende de (stilzwijgende) forumkeuze. In noodgevallen, waarin een gerechtelijke procedure buiten Nederland 'onmogelijk blijkt te zijn, kent art. 9 sub b de Nederlandse rechter rechtsmacht toe als *forum necessitatis*.²⁶ De hoofdregel van art. 3 lid 1 – in verzoekschriftprocedures is de Nederlandse rechter bevoegd als de verzoeker of een van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden zijn woon- of verblijfplaats in Nederland heeft – berust op de veronderstelling dat Nederland nauw bij de

24. Met name: het Haags verdrag inzake de bescherming van meerderjarigen (hierna: hoofdstuk 3), de Verordening 'Brussel II-bis' (hoofdstuk 6 en 7), de Haagse Kinderbeschermingsverdragen van 1961 en 1996 (hoofdstuk 7) en de Alimentatieverordening (hoofdstuk 8).

25. Dit geldt in principe ook voor de ouderlijke verantwoordelijkheid, zij het dat zowel de Verordening Brussel II-bis (art. 12) en het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 (art. 10) een uitzondering toestaan als voldaan is aan zeer strenge eisen. Zie hierna, hoofdstuk 4.

26. Zie: F. Ibili, *Gewogen rechtsmacht in het IPR, Over forum (non) conveniens en forum necessitatis*, diss. VU, 2007, p. 107-135.

zaak betrokken is, met name als de verzoeker in Nederland woonachtig is en het verzoek gericht is op een maatregel die in Nederland moet worden uitgevoerd. Is dat niet het geval, dan loopt de in Nederland wonende verzoeker het risico dat de Nederlandse beschikking in andere landen niet zal worden erkend. Een van de gangbare criteria voor de erkenning van buitenlandse beslissingen betreft namelijk de bevoegdheid van de instantie van wie de beslissing afkomstig is: het enkele feit dat de eiser of verzoeker woonachtig is in de forumstaat, wordt internationaal niet beschouwd als een acceptabele bevoegdheidsgrond, en dat kan reden zijn om erkenning te weigeren. In dit opzicht behoeft het Nederlandse internationaal bevoegdheidsrecht misschien nog wel enige aanpassing aan de internationale geldende normen.

4.2. *De rolverdeling tussen rechter en partijen in internationale gevallen*

De regels van het Nederlandse IPR komen voor toepassing in aanmerking als de casus grensoverschrijdende aspecten vertoont. Daarmee rijst al dadelijk de vraag waarin precies het verschil zit tussen internationale en interne gevallen. Welk grensoverschrijdend aspect is bepalend voor het al dan niet toepassen van de regels van internationaal bevoegdheidsrecht en, in het verlengde daarvan, de regels van conflictenrecht? Bijvoorbeeld: in een echtscheidingsprocedure wordt een ouderschapsplan overgelegd waaruit blijkt dat de in Nederland wonende ouders van een eveneens in Nederland wonend kind het eens zijn over co-ouderschap, verzorging en omgang. Moet dit beschouwd worden als een IPR-geval als blijkt dat een van de ouders een buitenlandse nationaliteit bezit? Of is daarvan pas sprake als een van de ouders of het kind niet (meer) in Nederland woont? De theorie van het IPR heeft op dit soort vragen geen sluitend antwoord.²⁷ In het algemeen kan gezegd worden dat een casus als een IPR-geval moet worden behandeld als de feiten aanleiding geven tot de veronderstelling dat bevoegdheid *wellicht* (ook) toekomt aan een buitenlandse rechter c.q. dat buitenlands recht *wellicht* voor toepassing in aanmerking komt. Belangrijke indicatoren zijn hierbij: het feit dat een van partijen of belanghebbenden zijn of haar gewone verblijfplaats in het buitenland heeft, het feit dat een van hen een buitenlandse nationaliteit bezit, het feit dat de gevraagde maatregel alleen effect zal kunnen sorteren in het buitenland, het feit dat een relevant rechtsfeit zich in het buitenland heeft voorgedaan, of dat erkenning van een dergelijk rechtsfeit wordt gevraagd. Als deze feiten worden afgezet tegen de criteria die in de voor de casus relevante IPR-regels zijn neergelegd – zowel op het terrein van het internationaal bevoegdheidsrecht als dat van het conflictenrecht – zal al gauw blijken of daaraan enige IPR-betekenis toekomt. Zo is de nationaliteit van de ouders niet relevant als het gaat om een kwestie van ouderlijke verantwoordelijkheid, maar weer wel als het gaat om de bevoegdheid en het toepasselijk recht ter zake van echtscheiding. Als

27. Zie: L. Strikwerda, *Partij-autonomie en het internationale geval*, Studiekring Prof. mr. J. Offerhaus, reeks IPR, nr. 12, 1981.

vuistregel geldt dat in twijfelgevallen het beste een verkennende IPR-test kan worden uitgevoerd, waaruit kan blijken of een van de gestelde feiten de casus tot een 'internationaal geval' bestempelt waarop de regels van IPR moeten worden toegepast.

De volgende vragen hangen nauw samen met het voorafgaande: bestaat er een *verplichting* tot toepassing van IPR-regels, ook als partijen zich niet hebben uitgelaten over de internationaliteit van de casus? Zijn de regels van het IPR rechtsgronden in de zin van art. 25 Rv? Kan van partijen worden verlangd dat zij alsnog feiten stellen die relevant zijn voor de toepassing van een regel van internationaal bevoegdheidsrecht of conflictenrecht? Het antwoord op al deze vragen luidt bevestigend. De rolverdeling tussen rechter en partijen in internationale gevallen brengt mee dat de regels van het IPR ambtshalve moeten worden toegepast.²⁸ De regels van het internationaal bevoegdheidsrecht worden als regels van openbare orde beschouwd, hetgeen impliceert dat de rechter niet mag afgaan op de stellingen van partijen maar ambtshalve zal moeten vaststellen of aan de eisen betreffende zijn rechtsmacht is voldaan. Dat geldt ook in hoger beroep, zelfs buiten de grieven om.²⁹ Conflictregels zijn niet van openbare orde maar moeten wel als rechtsgronden in de zin van art. 25 Rv worden beschouwd. Dat is nog eens uitdrukkelijk vastgelegd in art. 10:2 BW³⁰, dat gezien kan worden als een reactie op de theorie dat conflictregels niet voor toepassing in aanmerking komen als geen van beide partijen zich op de toepasselijkheid daarvan beroept.³¹ De leer van het 'facultatieve conflictenrecht' wordt daarmee expliciet verworpen. Om de rechter in staat te stellen een IPR-regel (ambtshalve) toe te passen, zullen de door partijen gestelde feiten zo nodig moeten worden aangevuld

28. Zie: P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht*, diss. UvA, 1996; Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, *Rapport aan de Minister van Justitie, Algemene Bepalingen Wet Internationaal Privaatrecht*, Uitgave van het Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage, 2003, p. 21-29.

29. Vgl. de conclusie van A-G Strikwerda, nrs. 19 e.v., voor HR 18 februari 2011, *LJN* BO7116.

30. Zie: A.E. Oderkerk, Art. 1-9 Boek 10 BW: Titel 1 Algemene Bepalingen, in: P. Vlas e.a., *Hoofdlijnen Boek 10 BW (Internationaal Privaatrecht)*, SDU, Den Haag 2011, p. 11-19, p. 12-13 = *WPNR* 6826 (2010), p. 25-29, p. 25-26.

31. Deze leer is in Nederland met name verdedigd door Th.M. de Boer, 'Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law', *Recueil des Cours* Vol. 257 (1996), p. 227-427; *id.*, 'Facultative Choice of Law in Extrajudicial Proceedings', in: *Mélanges Fritz Sturm* (red. J.-F. Gerfkens e.a.), Editions Juridiques de l'Université de Liège, 1999, p. 1411-1424. Zie voorts: L.Th.L.G. Pellis, 'Ambtshalve toepassing van recht: Daag de wetgever uit nu het nog kan! Artikel 2 Algemene Bepalingen van de Wet Internationaal Privaatrecht', *WPNR* 6537 (2003), p. 449-454; H.Boonk, 'Ambtshalve toepassing van het IPR en processuele rechtskeuze', *NIPR* 2005, p.20-29. *Contra*: L. Strikwerda, 'Naar een facultatief conflictenrecht?', *NJB* 1997, p. 1970-1971; P.M.M. Mostermans, 'Bedenkingen tegen het facultatief conflictenrecht', in: *Voorkeur voor de lex fori, Symposium ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. Th.M. de Boer als hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Universiteit van Amsterdam*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 37-57; *id.*, 'Optional (Facultative) Choice of Law? Reflections from a Dutch Perspective', *NILR* 2004, p. 393-410.

met de voor de bepaling van rechtsmacht of de aanwijzing van het toepasselijk recht relevante gegevens.³²

Art. 10:2 BW verplicht de rechter (en andere ambtsdragers) niet alleen de conflictregel maar ook het door die regel aangewezen buitenlands recht ambtshalve toe te passen. Dit impliceert dat partijen niet gedwongen kunnen worden informatie over de inhoud van buitenlands recht te verstrekken op straffe van een afwijzing van het gevorderde of verzochte. Dit laat onverlet dat de rechter partijen wel mag *uitnodigen* de benodigde informatie te verschaffen. Waar rechtskeuze is toegestaan kan hij hen ook in de gelegenheid stellen zich daarover alsnog uit te spreken, zij het dat hun keuzevrijheid op het terrein van het personen- en familierecht tamelijk beperkt is. Mocht dit alles geen resultaat opleveren, dan zal de Nederlandse rechter de inhoud van het toepasselijke buitenlandse recht zelf moeten achterhalen. Daartoe kan hij – als daar budget voor is – gebruik maken van de diensten van het Internationaal Juridisch Instituut in Den Haag. Veel informatie over buitenlands personen- en familie-recht is overigens te vinden in de losbladige uitgave *Internationales Ehe- und Kind-schaftsrecht (mit Staatsangehörigkeitsrecht)*.³³ Als ondanks de inspanningen die redelijkerwijs van een rechtstoepasser geveerd mogen worden de inhoud van het buitenlandse recht toch niet kan worden vastgesteld, zal er naar een alternatief moeten worden gezocht. De oplossingen die in de (al wat oudere) literatuur zijn voorgesteld, zijn weinig overtuigend, enerzijds omdat zij berusten op de aanvechtbare premisse dat buitenlands recht op gelijke voet met het eigen recht voor toepassing in aanmerking komt, anderzijds omdat het alternatief doorgaans gezocht wordt in de aanwijzing van een ander buitenlands recht dat ofwel verwant zou zijn met het oorspronkelijk aangewezen recht, ofwel voor toepassing in aanmerking komt op grond van een subsidiaire conflictregel.³⁴ De eerste methode gaat ervan uit dat de meeste rechtsstelsels hun wortels hebben in een bepaald ‘moederrecht’ en dat het als toepasselijk aangewezen maar onvindbare ‘dochterrecht’ inhoudelijk wel niet veel zal verschillen van het recht waaruit het is ontstaan. In de andere methode wordt de oorspronkelijk gehanteerde aanknopingsfactor (bijvoorbeeld nationaliteit) vervangen door een subsidiair criterium (bijvoorbeeld woonplaats). Beide methoden zijn bewust blind voor de gedachte dat buitenlands recht niet voor de *lex fori* hoeft te wijken als

32. Mostermans, *supra* noot , p. 95 e.v., maakt een onderscheid tussen ‘materieelrechtelijk en conflictenrechtelijk relevante feiten’. De laatste ‘raken ... niet de omvang van het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt’ en vallen daarom buiten het verbod op het aanvullen van feiten als bedoeld in art. 24 en 149 lid 1 Rv.

33. Onder redactie van Alexander Bergmann, Murad Ferid en (thans) Dieter Henrich; uitgegeven door Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main.

34. Een rechtsvergelijkend overzicht van de verschillende oplossingen is te vinden in een artikel van Katharina Boele-Woelki, ‘De toepassing van een surrogaatrecht’, in: *Het NIPR geannoteerd, Annotaties opgedragen aan Dr. Mathilde Sumampouw* (red. Guus E. Schmidt & Judith A. Freedburg-Swartzburg), T.M.C. Asser Instituut, 's-Gravenhage, 1966, p. 3-12, naar aanleiding van een vonnis van Rb. Alkmaar 14 maart 1985, *NIPR* 1985, 365b, waarin de *lex fori* werd toegepast in plaats van het eigenlijk toepasselijke Vietnamese huwelijksgoederenrecht. Zelf spreekt zij een voorkeur uit voor (1) toepassing van eenvormig recht en algemene rechtsbeginselen voor zover zij eenvoudig zijn te achterhalen, en (2) de *lex fori*.

daarvoor geen goede reden bestaat. Betoogd kan worden dat die goede reden hoe dan ook ontbreekt wanneer de inhoud van het door onze conflictregel aangewezen recht niet kan worden achterhaald en dat in dat geval de *lex fori* dus niet hoeft te wijken voor buitenlands recht. Steun voor deze opvatting is te vinden in een uitspraak van de Hoge Raad waarin het als toepasselijk aangewezen Marokkaanse echtscheidingsrecht wegens strijd met de openbare orde niet voor toepassing in aanmerking kwam.³⁵ De aldus ontstane lacune werd niet gevuld met een aangepaste Marokkaanse regel, en evenmin met behulp van een subsidiaire verwijzingsregel, maar – zonder omwegen – met Nederlands recht. Hieruit laat zich afleiden, ook voor gevallen waarin de inhoud van het toepasselijke recht zich niet laat vaststellen, dat de *lex fori* het eerst aangewezen recht is om onbruikbaar of onvindbaar buitenlands recht te vervangen.

5. Nationaliteit en domicilie

Tot de kernbegrippen van het IPR behoren twee factoren die zowel in het internationaal bevoegdheidsrecht als in het conflictenrecht een nauwe band tussen een persoon en een bepaald land indiceren. In veel IPR-regels wordt verwezen naar het land waar iemand woont of waar een rechtspersoon gevestigd is, terwijl er met name in de sfeer van het personen- en familierecht betrekkelijk vaak verwezen wordt naar iemands nationaliteit. Beide begrippen, nationaliteit en domicilie, zijn enigszins problematisch. Zo zal niet direct duidelijk zijn wat nu precies onder ‘domicilie’ of ‘woonplaats’ of ‘plaats van vestiging’ moet worden verstaan. ‘Nationaliteit’ is geen eenduidig criterium, en dus niet goed bruikbaar, als iemand meer dan één nationaliteit bezit of afkomstig is uit een land waar verschillende rechtssystemen naast elkaar bestaan. Gaat het om staatlozen dan kan de nationaliteit hoe dan ook geen maatstaf zijn waaraan de verbondenheid met een bepaald land kan worden getoetst, en in het geval van vluchtelingen is die maatstaf dubieus. In het IPR zijn daarom enkele hulpregels ontwikkeld die de begrippen nationaliteit en domicilie nader omlijnen.

5.1. Woonplaats en gewone verblijfplaats

In het internationaal bevoegdheidsrecht wordt een enkele keer gerefereerd aan de ‘woonplaats’ van een der procespartijen. Zo kent art. 2 EEX-verordening aan de rechter van een EU-lidstaat rechtsmacht toe indien de verweerder ‘woonplaats’ heeft op het grondgebied van die lidstaat. Art. 59 voegt daaraan toe dat de rechter zijn eigen recht moet hanteren om vast te stellen of iemand woonplaats heeft in de forumstaat, en als dat niet het geval blijkt te zijn, bepaalt het recht van een andere

35. HR 9 november 2001, *LJN* AD4011, *NJ* 2002/279, m.nt. Th.M. de Boer (*Marokkaanse echtscheiding*).

lidstaat of de betrokkene dáár woonplaats heeft.³⁶ Hieruit volgt dat het begrip ‘woonplaats’ een juridisch begrip is waarvan de inhoud bepaald wordt door het recht van de beweerde woonplaats. In andere bevoegdheidsbepalingen wordt echter alleen (of mede) gerefereerd aan de ‘gewone verblijfplaats’.³⁷ Dat begrip heeft zich in de loop van de 20^e eeuw ontwikkeld als een autonoom IPR-criterium, aanvankelijk vooral in het conflictenrecht, maar intussen wint het ook veld als bevoegdheidscriterium. Onder de gewone verblijfplaats verstaan we de plaats waar iemand *feitelijk* zijn hoofdverblijf heeft. Bepalend daarvoor zijn dus niet de juridische criteria die in Nederland zijn neergelegd in art. 10-15 Boek 1 BW, maar de concrete omstandigheden: in welk land verblijft de betrokkene *de facto*, waar houdt hij een bankrekening aan, waar werkt hij, waar worden zijn abonnementen bezorgd, waar gaan zijn kinderen naar school, waar staat zijn computer, waar doet hij zijn dagelijkse boodschappen, waar bezoekt hij een stamcafé, club of sportschool? Het totaal van deze omstandigheden geeft een indicatie van zijn integratie in een bepaalde omgeving, en bij de bepaling van iemands gewone verblijfplaats komt het op dit soort feitelijkheden aan. Voorts kan rekening gehouden met de duur van het verblijf in een bepaald land, met de reden waarom iemand in een bepaald land verblijft, met de intentie om het verblijf in een bepaald land al dan niet voor onbepaalde tijd voort te zetten, en met het onderwerp van de verwijzingsregel. Zo zullen in de categorie erfrecht zwaardere eisen aan de gewone verblijfplaats gesteld worden dan in de categorie ouderlijke verantwoordelijkheid. Wie enkele maanden in het buitenland gaat werken of studeren, verliest daarmee nog niet zijn gewone verblijfplaats in het land van herkomst, maar van iemand die zijn huis in Nederland verkoopt en voorgoed naar Nieuw Zeeland emigreert mag worden aangenomen dat hij zijn gewone verblijfplaats van Nederland naar Nieuw Zeeland heeft willen verleggen. Kortom, het begrip ‘gewone verblijfplaats’ is puur feitelijk en wordt niet bepaald aan de hand van nationaalrechtelijke criteria, maar aan de hand van alle concrete omstandigheden in relatie tot de IPR-kwestie die met behulp van dit criterium moet worden opgelost.

5.2. Nationaliteit

In het IPR wordt de nationaliteit – evenals de gewone verblijfplaats – niet alleen gebruikt als criterium voor de aanwijzing van het toepasselijk recht maar ook als bevoegdheidscriterium. Dat kan problemen veroorzaken in vier situaties: (1) de

36. De ‘woonplaats’ van vennootschappen en rechtspersonen wordt in art. 60 EEX-verordening autonoom gedefinieerd als de plaats van (a) hun statutaire zetel, of (b) hun hoofdbestuur, of (c) hun hoofdvestiging. Volgens art. 53 EEX-verdrag moest dit probleem nog worden opgelost aan de hand van het IPR van het aangezochte gerecht. In Nederland betekende dit dat rechtspersonen alleen ‘woonplaats in Nederland’ konden hebben als zij hier statutair gevestigd waren, niet als zij hier hun werkelijke zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging hadden.

37. Zie bijvoorbeeld: art. 2 Rv. In hoofdstuk II van de Verordening Brussel II-bis (betreffende de bevoegdheid ter zake van echtscheiding en ouderlijke verantwoordelijkheid) wordt als domiciliair criterium uitsluitend naar de ‘gewone verblijfplaats’ verwezen. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheidsbepalingen van de Alimentatieverordening.

betrokkene hééft geen nationaliteit; (2) de betrokkene is een vluchteling die liever niet meer met het (recht van het) land van zijn nationaliteit geconfronteerd wil worden; (3) de betrokkene heeft de nationaliteit van een land waar verschillende rechtstelsels naast elkaar bestaan; (4) de betrokkene heeft meer dan één nationaliteit. De vraag óf iemand een bepaalde nationaliteit bezit, moet beantwoord worden aan de hand van het recht van het land van de beweerde of veronderstelde nationaliteit. Nederlands nationaliteitsrecht bepaalt dus of iemand al dan niet de Nederlandse nationaliteit bezit, en ook of iemand die vrijwillig een buitenlandse nationaliteit verkrijgt, op die grond de Nederlandse verliest. Het Nederlandse nationaliteitsrecht heeft echter niets te zeggen over de vraag of, en op welke voorwaarden, iemand een buitenlandse nationaliteit verkrijgt of verliest. Die vraag kan alleen door het nationaliteitsrecht van het betrokken land worden beantwoord.

Nationaliteit wordt voornamelijk gebruikt als criterium voor de aanwijzing van het toepasselijk recht, en dan nog alleen in verwijzingscategorieën op het terrein van het personen- en familierecht. In het vermogensrechtelijk conflictenrecht komt de nationaliteit als aanknopingsfactor niet voor. In de voor Nederland geldende regels van *internationaal bevoegdheidsrecht* wordt slechts bij uitzondering naar de nationaliteit van (een der) partijen verwezen, en ook hier alleen als het gaat om een kwestie van personen- of familierecht. Zie met name: art. 3 lid 1 sub b Verordening Brussel II-bis (de Nederlandse echtscheidingsrechter is bevoegd als beide echtgenoten Nederlanders zijn), art. 3 lid 1 sub a (de Nederlandse echtscheidingsrechter is bevoegd als de verzoeker Nederlander is en zijn gewone verblijfplaats sinds zes maanden in Nederland heeft); art. 4 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 (de Nederlandse rechter mag zich bevoegd verklaren als een in een andere verdragsluitende staat wonend kind de Nederlandse nationaliteit bezit); art. 6 Alimentatieverordening (de Nederlandse rechter is bevoegd als geen enkel gerecht van een andere lidstaat bevoegd is en beide partijen Nederlanders zijn). Daarnaast kan nationaliteit nog een rol spelen als partijen een forumkeuze willen doen. Zo bepaalt art. 4 lid 1 sub b Alimentatieverordening dat partijen kunnen kiezen voor de gerechten van de staat waarvan zij de nationaliteit bezitten.

Veel vaker fungeert de nationaliteit als aanknopingsfactor in *verwijzingsregels* op het terrein van het personen- en familierecht.³⁸ Dat valt te verklaren uit de populariteit van dit concept als samenbindend element in de opkomende natiestaten na de Napoleontische overheersing. In continentaal Europa werd tegen het einde van de 19^e eeuw alom aanvaard dat een persoon het nauwst is verbonden met het land waarvan hij onderdaan is. De eerste verdragen van de Haagse Conferentie voor IPR (die huwelijk, huwelijksgevolgen en voogdij betroffen) waren dan ook gebaseerd op

38. Dat geldt zowel voor 'subjectieve' verwijzingsregels, die het door partijen gekozen recht toepasselijk verklaren, als voor 'objectieve' conflictregels, die het toepasselijk recht aanwijzen als een (geldige) rechtskeuze ontbreekt of als een rechtskeuze niet is toegestaan. Waar dat wel het geval is, zijn de keuzemogelijkheden hoe dan ook beperkt, maar het nationale recht van (een der) partijen wordt genoemd in alle verwijzingsregels op het terrein van het familie- en erfrecht die op het beginsel van de partijautonomie berusten. Zie met name: art. 3 en 6 Huwelijksvermogensverdrag 1978, art. 8 Haags Alimentatieprotocol 2007 en voor wat betreft de echtscheiding art. 10:56 lid 2 BW.

het nationaliteitsbeginsel: kwesties van personen- en familierecht zijn in beginsel onderworpen aan de nationale wet van de betrokkene. Daartegenover staat de opvatting dat op dit soort kwesties de *lex fori* moet worden toegepast, doorgaans samenvallend met het domiciliaire recht van de betrokkene. Deze opvatting werd met name in Scandinavië en landen die behoren tot de rechtsfamilie van de common law gehuldigd. Zo ontstond er een tegenstelling tussen ‘nationaliteitslanden’ en ‘domicilielanden’ die in de eerste helft van de 20^e eeuw onoverbrugbaar leek, maar sindsdien sterk aan betekenis heeft ingeboet. Die kentering is met name het gevolg van het inzicht – sterk bevorderd door een toenemende migrantenstroom – dat de nationaliteit in veel gevallen een minder betrouwbare betrokkenheidsindicatie is dan de gewone verblijfplaats. In Nederland heeft dit inzicht geleid tot een relativering van het nationaliteitsbeginsel, die onder meer tot uitdrukking kwam in de zgn. ‘realiteitstoets’ van art. 1 lid 2 Wet conflictenrecht echtscheiding (nu art. 10:56 lid 2 sub b BW).³⁹

Dit neemt niet weg dat Nederland nog altijd geldt als een ‘nationaliteitsland’, waar een groot aantal kwesties van personen- en familierecht nog steeds wordt onderworpen aan het nationale recht van de betrokkene(n). Ook in Boek 10 BW fungeert de nationaliteit als de primaire aanknopingsfactor in tal van bepalingen betreffende het internationaal personen- en familierecht. Drie van de vier vragen die bij toepassing van dit criterium kunnen rijzen, worden in de eerste titel van Boek 10 in het algemeen beantwoord (staatlozen, vluchtelingen, meervoudig rechtstelsel). De oplossing van het probleem van de meervoudige nationaliteit (bipatrië) varieert per verwijzingscategorie en kon daarom niet in een algemene bepaling worden neergelegd. Per verwijzingsregel is nu aangegeven wat onder de nationaliteit van een bipatrië moet worden verstaan.

5.2.1. Staatlozen

Als aanknopingsfactor is de nationaliteit onbruikbaar indien de betrokkene geen nationaliteit bezit, dus staatloos (apatride) is, of als zijn nationaliteit niet kan worden vastgesteld.⁴⁰ Voor beide gevallen biedt art. 10:16 BW een oplossing, die ontleend is aan het VN Staatlozenverdrag 1954. Art. 12 van dit verdrag onderwerpt de persoonlijke staat van een staatloze aan het recht van zijn woonplaats of, als hij geen woonplaats heeft, aan het recht van zijn verblijf. Art. 10:16 breidt deze oplossing uit tot gevallen waarin de nationaliteit niet kan worden vastgesteld en vervangt de aanknopingsfactor van het verdrag (woonplaats of verblijf) door het tegenwoordig meer gangbare criterium gewone verblijfplaats.⁴¹ Het tweede lid, eveneens overgenomen uit het

39. Vgl. Strikwerda, *supra* noot , nr. 96.

40. Vgl. C.W. Wernink, Art. 15-17 boek 10 BW: Meervoudige rechtstelsels, staatlozen en vluchtelingen, in: P. Vlas e.a., *Hoofdpijnen Boek 10 BW (Internationaal Privaatrecht)*, SDU, Den Haag 2011, p. 31-38 = *WPNR* 6830 (2010), p. 111-114; Strikwerda, *supra* noot , nr. 92.

41. In feite is art. 10:16, voor zover het de persoonlijke staat van staatlozen bestrijkt, overbodig; vgl. art. 10:1. Zie: Wernink, *supra* noot , p. 35. Over de discrepantie tussen de aanknopingsfactor van het verdrag en die van art. 10:16, zie: H.U. Jessurun d’Oliveira, De artikelen 4, 5 7 en 17 van het Ontwerp, *WPNR* 6537 (2003), p. 454-460, p. 456;

Staatlozenverdrag, heeft dezelfde strekking als de zgn. *fait accompli*-exceptie⁴² van art. 10:9, zij het beperkt tot het probleem van de apatridie: de rechten die iemand aan zijn persoonlijke staat kon ontnemen voordat hij staatloos werd, worden geëerbiedigd. Bijvoorbeeld: iemand die op grond van zijn nationale recht een geldig huwelijk heeft gesloten, kan niet met terugwerkende kracht huwelijksontbevoegd worden verklaard als hij zijn nationaliteit verliest en zijn persoonlijke staat daarna beheerst wordt door het strengere recht van zijn (nieuwe) woon- of verblijfplaats.

5.2.2. Vluchtelingen

Vluchtelingen hebben meestal wél een nationaliteit, maar juist omdat zij de banden met hun nationaliteitsland kennelijk hebben willen verbreken, gaat het niet aan hun personeel statuut aan de nationale wet te onderwerpen. Daarom is er ook hier aanleiding de nationaliteit als aanknopingsfactor te vervangen door een domiciliair criterium.⁴³ Het VN Vluchtelingenverdrag 1951 geeft in art. 12 dan ook een oplossing die overeenstemt met die van het Staatlozenverdrag: de persoonlijke staat van een vluchteling wordt beheerst door het recht van zijn woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats, het recht van zijn verblijf. De vraag wie als vluchteling moet worden aangemerkt, wordt beantwoord in art. 1 van het verdrag: een vluchteling is 'een persoon die uit gegronde vrees voor vervolging wegens zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of zijn politieke overtuiging, zich bevindt buiten het land waarvan hij de nationaliteit bezit'. Onder deze definitie vallen niet de asielzoekers die om andere redenen hun land ontvlucht zijn. Strikt genomen zou hun persoonlijke staat dus nog steeds, ook na hun asielaanvraag, aan hun nationale recht zijn onderworpen. Art. 10:17 BW bevat echter een ruimere omschrijving dan die van het verdrag: iedere vreemdeling aan wie een verblijfsvergunning als bedoeld in art. 28 of art. 33 van de Vreemdelingenwet 2000 is verleend (d.w.z. een 'verblijfsvergunning asiel' voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd), of een vreemdeling die een overeenkomstige verblijfsstatus in het buitenland heeft verkregen, valt onder de werking van deze bepaling. Dit impliceert dat de persoonlijke staat van een vreemdeling beheerst wordt door Nederlands recht of door buitenlands recht, afhankelijk van de vraag waar hij zijn woon- of verblijfplaats heeft.⁴⁴ Met betrekking tot verkregen rechten geldt voor asielgerechtigden hetzelfde als voor apatriden: art. 10:17 lid 2.

42. Zie hierna, hoofdstuk 2, § 4.4.

43. Vgl. Strikwerda, *supra* noot , nr. 93; Wernink, *supra* noot , p. 36 e.v.

44. De al in art. 113 Vreemdelingenwet 2000 opgenomen regel die naar Nederlands recht verwijst (voor vreemdelingen die in Nederland asiel hebben gekregen) is hiermee gebilateraliseerd. Na invoering van Boek 10 BW kon art. 113 vervallen. Vgl. Jessurun d'Oliveira, *supra* noot , p. 460.

5.2.3. *Onderdanen van een staat met een meervoudig rechtsstelsel*

In sommige landen bestaan verschillende rechtsstelsels naast elkaar, hetzij omdat zo'n land uit een aantal deelstaten of provincies bestaat waaraan wetgevende bevoegdheid toekomt, hetzij omdat er in dat land voor verschillende bevolkingsgroepen verschillende rechtsregimes bestaan. In beide gevallen is er sprake van een meervoudig rechtsstelsel.⁴⁵ De meervoudigheid is territoriaal bepaald in landen als de Verenigde Staten, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en het Koninkrijk der Nederlanden. Personele meervoudigheid bestaat in veel landen waar – met name op grond van religie – sterke scheidslijnen tussen verschillende bevolkingsgroepen zijn getrokken, zoals in Marokko, Israël of India. Conflictregels waarin de nationaliteit als aanknopingsfactor fungeert, bieden geen oplossing als de betrokkene de nationaliteit van een meervoudig rechtsstelsel bezit. Een verwijzing naar het nationale recht van een Amerikaan of Marokkaan geeft immers geen antwoord op de vraag welk deelstelsel binnen de Verenigde Staten of Marokko moet worden toegepast. Dat geldt trouwens ook als de conflictregel verwijst naar iemands gewone verblijfplaats en de betrokkene verblijft in een land waar verschillend recht voor verschillende bevolkingsgroepen geldt. Ook dan zal bepaald moeten worden welk deelstelsel toepasselijk is. Hulpregels die dit probleem moeten oplossen zijn te vinden in de meeste Haagse verdragen op het terrein van het conflictenrecht. Zij hebben kennelijk ook de Nederlandse wetgever geïnspireerd bij de formulering van art. 10:15 BW.

Het eerste lid heeft betrekking op de nationaliteitsaanknopning. Verwijst onze conflictregel naar een land met een territoriaal of personeel meervoudig rechtsstelsel, dan moeten de interregionale of interpersonele verdeelregels van dat recht zelf gevolgd worden. Als dergelijke regels geen oplossing bieden of als zij ontbreken, zo zegt lid 3, moet aan de hand van de concrete omstandigheden bepaald worden met welk deelstelsel de betrokkene het nauwst verbonden is. Omdat de meeste verwijzingsregels die op het nationaliteitsbeginsel zijn gebaseerd naar het *gemeenschappelijke* nationale recht van partijen verwijzen, zal deze werkwijze voor ieder van hen moeten worden gevolgd. Soms zal dan blijken dat zij aan verschillende deelstelsels zijn onderworpen. In dat geval werkt de nationaliteitsaanknopning niet en zal men moeten terugvallen op een subsidiair aanknopingspunt, doorgaans de (gemeenschappelijke) gewone verblijfplaats. Dat geldt ook als niet kan worden vastgesteld met welk deelstelsel (ieder van) de betrokkene(n) de nauwste banden heeft.

Het tweede lid van art. 10:15 betreft de aanknopning aan de gewone verblijfplaats van een natuurlijk persoon en geeft dezelfde oplossing als het eerste lid, zij het dat die oplossing hier beperkt blijft tot het probleem van de personele meervoudigheid. Als de betrokkene zijn gewone verblijfplaats heeft in een land dat verschillend recht kent voor verschillende gebiedsdelen, kan er immers geen twijfel over bestaan welk

45. Vgl. Strikwerda, *supra* noot , nr. 95; Wernink, *supra* noot , p. 31 e.v.; Jessurun d'Oliveira, *supra* noot , p. 458 e.v.

deelrecht onze conflictregel heeft aangewezen. Toepassing van de interregionale verdeelregels van het recht van de woonplaats is dan niet nodig.⁴⁶

5.2.4. Meervoudige nationaliteit

Een meervoudige nationaliteit (bipatridie) kan op verschillende manieren ontstaan, maar komt het meest voor als gevolg van het feit dat een kind geboren wordt uit ouders die van nationaliteit verschillen. In een groot aantal landen waar de nationaliteitsverkrijging op afstamming berust, wordt tegenwoordig aanvaard – als uitvloeisel van het beginsel van gelijkheid van man en vrouw – dat een kind de nationaliteit van dat land zowel aan zijn vader als aan zijn moeder kan ontlenen. In het IPR zorgt bipatridie voor problemen als de nationaliteit als aanknopingsfactor of als bevoegdheidscriterium fungeert. Dan rijst immers de vraag *welke* nationaliteit doorslaggevend is voor de aanwijzing van het nationale recht of de rechtsmacht van het *forum patriae*. Dit probleem kan op verschillende manieren worden opgelost.⁴⁷ Zo kan de nationaliteit van de forumstaat beslissend worden geacht, of de nationaliteit van het land waar de betrokkene zijn gewone verblijfplaats heeft. Ook wordt wel een zgn. ‘effectiviteitstoets’ aangelegd, waarbij wordt onderzocht met welk van de verschillende nationaliteitslanden het leven van de betrokkene het nauwst verbonden is. Bij toepassing van regels die naar een *gemeenschappelijke* nationaliteit verwijzen, kan het al voldoende zijn *dát* zij een gemeenschappelijke nationaliteit bezitten, ook al is dat voor geen van beiden de ‘effectieve’ nationaliteit.

De Staatscommissie voor het IPR heeft in haar advies betreffende de algemene bepalingen die aan Boek 10 BW vooraf zouden moeten gaan, ook een voorstel gedaan voor een algemene bepaling met betrekking tot bipatridie.⁴⁸ Daarin wordt primair een samenvatting verlangd van nationaliteit en gewone verblijfplaats. Bijvoorbeeld: een Duits/Japanse vrouw die in Duitsland woont, wordt voor toepassing van de IPR-regel als Duitse beschouwd. Voor gevallen waarin de gewone verblijfplaats niet ligt in een land waarvan de betrokkene (mede) de nationaliteit bezit, stelde de Staatscommissie een effectiviteitstoets voor. Bijvoorbeeld: een Duits/Japanse vrouw die in Nederland woont maar in Duitsland is geboren en getogen, heeft als effectieve nationaliteit de Duitse. De wetgever heeft deze voorstellen niet overgenomen. In Boek 10 BW is geen algemene bepaling met betrekking tot bipatriden te vinden. In plaats daarvan wordt in alle bijzondere conflictregels waarin nationaliteit als criterium is opgenomen een aanwijzing gegeven voor de oplossing van het probleem van de meervoudige nationaliteit. Die aanwijzingen zijn soms uiterst subtiel. Zo bepaalt art. 10:56 lid 2 dat op de echtscheiding ‘het recht van de staat van een gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten’ wordt toegepast als beide echtgenoten dat willen of als aan de voorwaarde van lid 2 sub b is voldaan. De woorden ‘*een* gemeenschappelijke nationaliteit’ – en niet: ‘*hun* gemeenschappelijke

46. *Contra*: H.U. Jessurun d’Oliveira, *supra* noot , p. 459.

47. Vgl. Strikwerda, *supra* noot , nr. 94; Jessurun d’Oliveira, *supra* noot , p. 455.

48. Rapport van de Staatscommissie, *supra* noot , p. 34-39.

nationaliteit' – geven aan dat een beroep mag worden gedaan op het recht van ieder land waarvan de echtgenoten beiden de nationaliteit bezitten. Zo zullen een Turks/Duitse man en zijn Duits/Turkse vrouw een rechtskeuze kunnen doen voor hetzij Turks recht, hetzij Duits recht. Dezelfde formulering wordt gebruikt in art. 10:35 lid 2 sub a (rechtskeuze ter zake van persoonlijke betrekkingen tussen echtgenoten). Haaks daarop staan bepalingen waarin, naar voorbeeld van art. 15 lid 2 Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978, de nationaliteitsaanknoping wordt uitgeschakeld in gevallen waarin beide partijen onderdanen zijn van twee of meer landen.⁴⁹ In een relatief groot aantal bepalingen wint de Nederlandse nationaliteit het van alle andere nationaliteiten.⁵⁰ Begunstiging van een wenselijk geacht resultaat bepaalt de voorkeur voor de ene of de andere nationaliteit in de conflictregels met betrekking tot de afstamming⁵¹, respectievelijk de toestemming voor een erkenning of een adoptie.⁵² Waar verwezen wordt naar de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen, is soms een 'nominale' gemeenschappelijke nationaliteit voldoende.⁵³ Verwijzingen naar het nationale recht van één persoon verlangen dat de betrokkene woont in het land waarvan hij (mede) de nationaliteit bezit, terwijl een effectiviteitstoets geboden is als die landen niet met elkaar samenvallen.⁵⁴

In het internationaal bevoegdheidsrecht geldt als uitgangspunt dat niet hoeft te worden onderzocht of een bipatride de nationaliteit heeft van de forumstaat of van het land van zijn gewone verblijfplaats, en ook niet met welk nationaliteitsland hij het sterkst verbonden is. De rechtvaardiging daarvoor schuilt in overwegingen van doelmatigheid en rechtszekerheid. Kortom: voor toepassing van internationale bevoegdheidsregels die berusten op het nationaliteitscriterium is het voldoende dat de betrokkene formeel ('nominaal') onderdaan is van de forumstaat. Dat geldt ook als de bevoegdheidsregel verlangt dat partijen een gemeenschappelijke nationaliteit bezitten. Ook dan volstaat de constatering dat beide partijen (nominaal of effectief) dezelfde nationaliteit bezitten. Hebben zij meer dan één nationaliteit gemeenschappelijk, dan zou de procedure gevoerd kunnen worden in ieder land waarvan zij de nationaliteit bezitten, aangenomen dat in ieder van die landen rechtsmacht toekomt aan het *forum patriae*.⁵⁵

49. Zoals de Turks/Duitse vrouw die met een Duits/Turkse man is gehuwd of de Nederlands/Duitse moeder van een Duits/Nederlands kind. Zie: art. 10:37, 10:43, 10:92 lid 2, 10:97 lid 2, 10:93 lid 3.

50. Zie: art. 10:20 (naam), 10:28 sub a (huwelijksbevoegdheid), 10:43 (huwelijksgoederenrecht), 10:95 lid 2 (erkenning), 10:95 lid 4 (toestemming voor erkenning), 10:98 lid 3 (wetting) en 10:105 lid 2 (toestemming voor adoptie).

51. Art. 10:94 lid 1 (betrekkingen tussen moeder en onwettig kind) en 10:95 lid 1 (erkenning).

52. Art. 10:95 lid 4 (toestemming voor erkenning), resp. art. 10:105 lid 2 (toestemming voor adoptie).

53. Art. 10:37 (betrekkingen tussen echtgenoten), 10:92 lid 2 (betrekkingen tussen ouders en kinderen); 10:97 lid 2 (gerechtelijke vaststelling vaderschap), 10:99 lid 3 (inhoud betrekkingen tussen ouders en kinderen).

54. Art. 10:11 lid 1 (handelingsbekwaamheid) en 10:19 lid 2 (naam).

55. Vgl. HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-169/08, *Jur.* 2009, p. I-06871, *NJ* 2011, 347, m.nt. Th.M. de Boer (*Hadadi/Mesko*).