

Bijdragen

De exceptie van openbare orde in het internationaal privaatrecht. Een juridisch middel om essentiële waardeconflicten op te lossen en fundamentele cultuurtegenstellingen te overbruggen

L. Willemarck

1 Inleiding

De benaming 'internationaal privaatrecht' is misleidend omdat dit recht in feite nationaal recht is. Het internationale slaat enkel op het voorwerp van de te regelen materie, die immers aanknopingspunten vertoont met de nationale rechtsorde van meer dan één staat. Nemen we als klassiek voorbeeld het huwelijk of de echtscheiding van buitenlanders in een ander land. Het internationaal privaatrecht stelt zich tot doel te bepalen welke regels moeten toegepast worden om een rechtsverhouding te normeren die aanknopingspunten vertoont met meerdere nationale rechtssystemen. Meestal gebeurt dit door een verwijzingsregel die het toepasselijke recht aanwijst. Ieder land heeft daar zijn eigen opvattingen over, zodat hetzelfde probleem dikwijls in het ene land een andere oplossing krijgt dan in het andere. De rechtsverhouding kan immers op meerdere wijzen gekwalificeerd worden, die telkens uitmonden in verschillende verwijzingscategorieën. In het Belgisch IPR onderscheidt men vijf grote categorieën: staat en bekwaamheid, zakelijke rechten, rechtsfeiten (wetten van politie en veiligheid), rechtshandelingen wat de grond betreft (autonomieleer) en rechtshandelingen wat de vorm betreft (*locus regit actum*).¹ Verder zijn er bij de verwijzing meerdere mogelijkheden voor het bepalen van een aanknopingsfactor, meestal ofwel van persoonlijke aard zoals de nationaliteit of van territoriale aard zoals de ligging van een zaak, de plaats waar een handeling wordt gesteld of de rechtbank waar een procedure wordt gevoerd. De keuze van het toepasselijke recht kan ook aan de partijen overgelaten worden zoals in de autonomieleer gebeurt. De kwalificatie leidt er normaal toe

1 R. Vander Elst & M. Weser, *Droit international privé belge*, I, Brussel: Bruylant 1983, p. 59-60.

dat de rechtsverhouding in een bepaalde rechtscategorie ondergebracht wordt waarbij tevens bepaald wordt op basis van welke aanknopingsfactor het toepasselijke recht zal aangeduid worden.

Dit toepasselijke recht zal echter niet in alle gevallen toegepast worden omdat het soms strijdig kan zijn met de openbare orde van de *lex fori*. Het begrip openbare orde is een weinig omljnd vaag begrip met variabele inhoud. Deze vage begrippen met variabele inhoud zijn zeer belangrijk omdat de wetgever slechts een algemeen kader verstrekt dat door de rechtspraak nader bepaald moet worden aan de hand van de concrete gevallen, die grotendeels onvoorzienbaar zijn.

De noodzaak voor de wetgever om slechts een groot kader aan te duiden, wordt overigens steeds dwingender, naarmate de te regelen stof in de moderne postindustriële maatschappij steeds ingewikkelder wordt. Men moet immers met steeds meer aspecten en factoren rekening houden, die niet alle voorzien kunnen worden. In de wetenschap zal men in dergelijk geval om methodologische redenen de complexe realiteit eerst vereenvoudigen en voorlopig slechts enkele goed bepaalde fundamentele variabelen overhouden om pas later steeds ingewikkelder modellen te ontwerpen die de complexe realiteit dichter benaderen.

In het recht is dit echter niet mogelijk omdat het recht niet zoals de wetenschap een cognitieve maar wel een sociaal regulerende functie heeft. Het recht dient in elk geval de gerezen geschillen op te lossen, ongeacht hun complexiteit. De vaagheid en interpreteerbaarheid van de algemene normen verleent de rechter daartoe een zekere vrijheid. Binnen het kader van deze vrijheid kan de rechter aan rechtsschepping doen.

Deze noodzaak van vage normen met variabele inhoud dringt zich in het IPR nog meer op dan in het nationaal recht. Dit treedt bijzonder duidelijk aan het licht bij het begrip van openbare orde. De normale toepassing van het toepasselijk verklaarde buitenlandse recht wordt uitgeschakeld wanneer die toepassing leidt tot een gevolg dat voor de rechtsorde van het forum onaanvaardbaar is. Een lijst opstellen van de gevallen waarin in het IPR de exceptie van openbare orde zal ingeroepen worden is niet mogelijk. Die lijst is immers zelf aan verandering onderhevig omdat de grondbeginselen van de eigen orde ook evolueren. Verder kan men niet alle bepalingen kennen van de talloze buitenlandse wetten, die eventueel met de grondbeginselen van de eigen sociaal-economische, politieke of ethische ordening onverenigbaar zouden kunnen zijn. Hoogstens kan men zeer in het algemeen stellen dat de openbare orde een reactie is die de grenzen

aangeeft van de verdraagzaamheid van de interne rechtsorde tegenover sterk afwijkende opvattingen. De inhoud van het begrip is dus nationaal bepaald en zal van land tot land sterk kunnen verschillen gezien de grote sociaal-economische, politieke en culturele verschillen tussen de natiestaten.

Het is precies ten gevolge van deze grote verschillen dat de pogingen tot éénmaking van het IPR zo weinig succes gekend hebben. De belangrijkste verwezenlijkingen inzake éénmaking van het internationaal privaatrecht zijn waarschijnlijk die van de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht. Deze internationale organisatie heeft geen regionaal karakter, al bestaat een kleine meerderheid van haar leden uit West-Europese landen. Zij telt inderdaad leden uit alle werelddelen (bijvoorbeeld Australië, de Verenigde Staten, Japan, Egypte, Israël, Suriname, Venezuela). Men kan in de geschiedenis van de Haagse Conferentie drie periodes onderscheiden. Vanaf 1893 en tot de eerste wereldoorlog werden met de medewerking van een groep continentale West-Europese landen en Japan verdragen gesloten over familierechtelijke onderwerpen, waarbij onder de toen overheersende invloed van Mancini de nationaliteit de voornaamste aanknopingsfactor was, en over het procesrecht. In de periode tussen de twee wereldoorlogen werden, met de deelneming van het Verenigd Koninkrijk, pogingen ondernomen, die zonder resultaat bleven, inzake erfrecht en koop. Na de tweede wereldoorlog werd de Conferentie geïnstitutionaliseerd.

Hooguit tussen gelijkgezinde staten die voldoende sociaal-economisch en cultureel homogeen zijn is een zekere vorm van harmonisatie mogelijk. Zo kan men bijvoorbeeld binnen de Europese Unie een grotere mate van gelijklopende oplossingen verwachten, hoewel zelfs daar de verschillen in kwalificatie en aanknopingsfactoren nog steeds een rem vormen op het bereiken van uniforme oplossingen. Gezien de homogeniteit van de EU-lidstaten kan men er zich wel aan verwachten dat de invulling van het begrip openbare orde in het IPR voor een groot stuk gelijk zal lopen. De eigenlijke éénmaking ten slotte heeft op Europees vlak reeds enkele resultaten opgeleverd waarvan we hier de twee belangrijkste vermelden: het verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken en het Europees verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

Het is onze bedoeling in dit artikel ons hoofdzakelijk te beperken tot een analyse van de manier waarop de exceptie van openbare orde gehanteerd wordt in het Belgisch IPR. We willen proberen te achterhalen welke de

essentiële waarden zijn die men op deze manier wil veilig stellen. Een andere vraag is of er daarbij een evolutie vast te stellen is in de loop der jaren. Verder is het belangrijk de verschillen aan te duiden naargelang de te regelen materie. Openbare orde houdt andere eisen in wanneer het om personen- en familierecht gaat dan wanneer de vraag rijst op het terrein van de contracten en het economisch recht. We zullen onze beschrijving in dit artikel tot deze twee domeinen beperken. Tenslotte loont het de moeite na te gaan in hoeverre de voorgestelde oplossingen al dan niet wijzen op een éénmaking van de fundamentele maatschappelijke waardeoordelen. Beschermt de openbare orde eerder particularistische en min of meer nationalistische doelstellingen of is er een evolutie in de richting van een groter gemeenschappelijk waardebewustzijn tussen de natiestaten, dat dan ook juridisch tot uiting komt in een meer gelijkmatige invulling van het begrip openbare orde in het IPR.

2 De exceptie van openbare orde en het Belgisch IPR

Vermits de openbare orde een open begrip is dat bewust niet door de wetgever expliciet gedefinieerd wordt, moeten we ons tot de rechtspraak wenden om te zien hoe dit begrip in de rechtspraak ingevuld wordt. Het Hof van Cassatie heeft op dit terrein de bakens uitgezet. Er is een richtlijn in de vorm van een algemene definitie van het kader, die door het Hof van Cassatie gegeven werd, bij arrest van 4 mei 1950.²

Volgens dit arrest bevat het begrip van internationale publieke orde deze beginselen die als essentieel kunnen beschouwd worden voor de morele, politieke en economische gevestigde orde in ons land, zodat het uitgesloten is een vreemde wet toe te passen, die deze beginselen negeert, zelfs wanneer de toepassing van deze wet normaal voorgeschreven wordt door de collisieregels van het IPR. Het is zonder meer duidelijk dat hier ruimte gelaten wordt voor diverse appreciaties, berustend op waardeoordelen over de onaantastbare kern van de Belgische morele politieke en economische orde. Laten we daarom even nagaan hoe de rechtspraak de bakens in feiten gezet heeft om het begrip van de internationale openbare orde te bepalen.

De gegevens over de rechtspraak moeten de lege ferenda aangevuld worden met het ontwerp van codificatie van het IPR. Inderdaad is er momen-

2 Cass. 4 mei 1950, arr. Verbr., 1950, 557. Zie voorts nog de arresten van 25 oktober 1979, Arr. Cass., 1979-80, 258; 2 april 1981, Arr. Cass., 1980-81, 869; 27 februari 1986, Arr. Cass., 1985-86, 887; 17 december 1990, Arr. Cass., 1990-91, 432.

teel een wetsvoorstel aanhangig gemaakt bij het parlement houdende het Wetboek van IPR.³ Het ontwerp regelt in zijn artikel 21 de openbare orde-exceptie als volgt:

‘De toepassing van een bepaling uit het door deze wet aangewezen buitenlandse recht wordt geweigerd voor zover zij tot een resultaat zou leiden dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Bij de beoordeling van deze onverenigbaarheid wordt inzonderheid rekening gehouden met de mate waarin het geval met de Belgische rechtsorde is verbonden en met de ernst van de gevolgen die de toepassing van dat buitenlands recht zou meebrengen. Wanneer een bepaling van buitenlands recht niet wordt toegepast wegens deze onverenigbaarheid, wordt een andere relevante bepaling van dat recht of, indien nodig, van Belgisch recht toegepast.’

In het algemeen kan men stellen dat de notie van openbare orde in het IPR veel restrictiever opgevat wordt dan in het interne recht. In het IPR vervult de openbare orde de rol van een exceptie die belet dat het recht dat door de verwijzingsregel aangewezen wordt, toegepast wordt. Dit houdt geen totale afwijzing in van de buitenlandse wet in kwestie. De afwijking blijft beperkt tot deze gevolgen van de toepassing van de wet die onverenigbaar zijn met de basisbeginselen van de Belgische morele, politieke en economische gevestigde orde. Dit betekent niet noodzakelijkerwijze dat de vreemde wet in elk geval opzij geschoven wordt ten bate van de *lex fori*. Het is best mogelijk dat de oplossing erin bestaat dat de vreemde wet overeind blijft voor de overige bepalingen die wel verenigbaar zijn met de openbare orde.⁴ Bovendien veranderen de opvattingen terzake in de loop van de tijd in functie van de evolutie van de tijdsgeest, die op zijn beurt weerspiegeld wordt in de wetswijzigingen op intern vlak. Vooral op stuk van personen- en familierecht zijn er hier merkwaardige evoluties te signaleren die we verderop zullen bespreken. Hetgeen vandaag nog anathema is kan morgen tot de kern van de gevestigde orde behoren.

2.1 Personen- en familierecht

Het personen- en familierecht is het terrein bij uitstek waar er zich fundamentele waardeconflicten kunnen voordoen, die samenhangen met de bepalingen van de openbare orde. De morele opvattingen over huwelijk en

3 Het wetsvoorstel werd gepubliceerd in Parl. St. Senaat 2001-02, nr. 1225/1.

4 Vander Elst & Weser, *Droit international privé belge*, I, p. 342.

gezin zijn sterk cultuurgebonden en behoren tot de kern van een cultuur die men als fundamenteel beschouwt en dus onverenigbaar bevonden wordt met afwijkende opvattingen. De persoonlijkheid van de mens is min of meer constant en tevens cultureel bepaald. Om die reden voorziet het persoonlijk statuut als verwijzingscategorie een aanknopingsfactor waarbij de persoon als dusdanig onder het gezag blijft van één wet en niet van verschillende wetten van geval tot geval: Batiffol drukt het kernachtig als volgt uit: 'Une personne ne change pas de nature par cela seul qu'elle franchit une frontière: il n'y a donc aucune raison de changer la loi qui lui est applicable.'⁵

De tegenpool voor het personeel statuut vindt men in de territoriale opvatting die de materies van personen- en familierecht laat regelen door de *lex fori*. Deze tendens tot uitholling van het personeel statuut door toepassing van de *lex fori* is het sterkst in de Anglo-Amerikaanse landen wegens hun territorialistische traditie. Dit speelt echter ook in België bijvoorbeeld in geval van echtscheiding. Deze materie valt om redenen van openbare orde grotendeels onder de *lex fori*.

De wetgever heeft zelfs een speciale wet uitgevaardigd op de toelaatbaarheid van de echtscheiding wanneer tenminste één van de echtgenoten een vreemdeling is.⁶ De wet maakt een onderscheid tussen de toelaatbaarheid en de gronden van echtscheiding. Terwijl de gronden altijd door de *lex fori* worden beheerst (art. 3), kan de nationale wet een rol spelen inzake toelaatbaarheid wanneer de beide echtgenoten vreemdelingen zijn. De toepassing van de *lex fori* in afwijking van het personeel statuut gebeurt meestal omdat men van oordeel is dat de wet die aangewezen wordt door het personeel statuut bepalingen omvat die indruisen tegen de morele basisprincipes die men in elk geval veilig wil stellen.

Omwille van de éénheid van de persoonlijkheid, die terecht door Batiffol benadrukt werd, moet men deze afwijkingen van het personeel statuut tot het minimum beperken dat door de openbare orde vereist wordt. De rechtsbetrekkingen van familierecht beroeren het diepst de ganse persoonlijkheid en worden dan ook het best geregeld door een wet waarmee de betrokkene een ernstige en duurzame binding vertoont. De aanknopingsfactor voor het personeel statuut is in België de nationaliteit.⁷ Met de aanstaande codificatie van het IPR, waar we het verder zullen over hebben, wordt aan deze stelling uitvoerig gesleuteld. In de meeste

5 H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Parijs: Dalloz 1956, p. 282.

6 Wet van 27 juni 1960, Stb. 9 juli 1960.

7 Burgerlijk Wetboek, art. 3 lid 3.

Europese landen geldt in tegenstelling tot de Engelssprekende landen de woonplaats als aanknopingspunt.⁸ Het is belangrijk op te merken dat de keuze tussen woonplaats of nationaliteit als aanknopingsfactor niet waardevrij is. Laten we dit aan de hand van enkele voorbeelden illustreren.

De keuze voor de woonplaats kan ingegeven zijn door politieke waardeoordelen, omdat op deze wijze de assimilatie van immigranten bespoedigd wordt. De keuze van de woonplaats als aanknopingsfactor ligt dan weer minder voor de hand in het geval van een zakenman die om professionele redenen enkele jaren in het buitenland verblijft bij een dochtermaatschappij van een multinationale onderneming. Deze zal zich wellicht eerder met zijn vaderland verbonden voelen dan met één of ander land waar hij slechts tijdelijk gevestigd is. Omwille van de zekerheid en vastheid die het personeel statuut moet kenmerken kan men dit echter niet steeds opnieuw ter discussie stellen afhankelijk van de omstandigheden.

Wanneer de betrokken partijen van verschillende nationaliteit zijn rijzen er speciale moeilijkheden, bijvoorbeeld wanneer het gaat om de gevolgen van het huwelijk tussen echtgenoten van verschillende nationaliteit. In dit geval is het verkieslijk een aanknopingspunt te nemen dat gemeenschappelijk is aan beide echtgenoten. Het is immers wegens de principiële gelijkheid van de echtgenoten onmogelijk één van de partijen als het zwaartepunt van de rechtsverhouding te beschouwen, zodat de nationaliteit haar rechtvaardiging als uitgangspunt verliest en men een ander aanknopingspunt moet zoeken zoals bijvoorbeeld de wet van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats.

Dit laatste voorbeeld werpt een goed licht op de eigen aard van de juridische redenering, die niet zuiver deductief en formeel is, omdat er impliciet of expliciet waardeoordelen meespelen die de conclusie beïnvloeden. In het Belgisch IPR vormt de nationaliteit in principe de aanknopingspunt inzake personeel statuut (art. 3 BW). Wanneer de mogelijke toepassing van deze regel echter in botsing komt met een norm die hoger gewaardeerd wordt zoals de principiële gelijkheid van de echtgenoten, leidt dit ertoe dat een ander uitgangspunt moet gezocht worden om het probleem op te lossen.

Daarom sleutelt het ontwerp van codificatie van het IPR aan de aanknopingspunt aan de nationaliteit. Het ontwerp verwijst in zijn artikel 3 onder andere naar de nationaliteit van een natuurlijke persoon die twee of meer nationaliteiten heeft. In principe heeft de Belgische nationaliteit de voorrang, maar

8 G. Van Hecke & K. Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, Gent: Story-Scientia 1989, p. 198-199.

in de andere gevallen de nationaliteit van de Staat waarmee die persoon alle omstandigheden in acht genomen, de nauwste banden heeft, inzonderheid rekening houdend met zijn gewone verblijfplaats. In tegenstelling tot het huidige artikel 3 BW dat bepaalt dat de nationaliteit in principe de aanknopingspunt vormt, streeft men er in de nieuwe codificatie naar een gedifferentieerd systeem uit te werken. Naargelang de materie poogt men in elk geval het meest geschikte aanknopingspunt te bepalen: voor de huwelijksrelatie (hoofdstuk III), voor de afstamming (hoofdstuk V) voor de erfopvolging (hoofdstuk VII), enzovoort. Voor het recht toepasselijk op de totstandkoming van het huwelijk bijvoorbeeld is de nationaliteit het aanknopingspunt (art. 46). Voor het recht toepasselijk op de gevolgen van het huwelijk vormt de gewone verblijfplaats het belangrijkste aanknopingspunt (art. 48).

Belangrijk is dat men van logica verandert om normatieve redenen. Men acht dan het volgen van dezelfde logica onaanvaardbaar, omdat de gevolgen ervan een als correct ervaren probleemoplossing in de weg staan. De logische redenering of juist gezegd het afbreken van de logische redenering en het overschakelen op een andere logica wordt gedicteerd door normatieve eisen. Door deze onderbrekingen van het systematische denken moet men naar nieuwe premissen zoeken die meer aangepast zijn om het concreet probleem op te lossen. In dit probleemdenken staat de zoektocht naar de passende premissen voorop en de logische conclusies die men eruit kan afleiden komen op de tweede plaats. De noodzaak een aanvaardbare oplossing te vinden voor de concrete problemen heeft voorrang op het systeemdenken dat zich aan een gegeven logica wil houden, waarin het probleem echter niet opgelost kan worden. De exceptie van openbare orde berust op dezelfde normatief gefundeerde doorbreking van de normale logische redenering. De normale logische deductie vanuit de verwijzingsregel wordt doorbroken omdat zij tot een conclusie leidt die op normatieve gronden afgewezen wordt.

2.1.1 *Huwelijk en echtscheiding*

De toepassing van de nationale wet van de betrokkenen wordt beperkt door de exceptie van openbare orde en dit in twee richtingen. Men zal in België weigeren rekening te houden met een huwelijksbeletsel dat steunt op godsdienst, ras of nationaliteit. Anderzijds zal in België geen tweede huwelijk kunnen worden gesloten door een man wiens nationale wet de polygamie toelaat. De exceptie van openbare orde tegen de polygamie is echter beperkt tot de rechtshandelingen die op Belgisch grondgebied plaatsvinden. Dit houdt verband met de theorie van de verworven rechten. Zo heeft de

rechter de rechtsgevolgen erkend van het postuum huwelijk door een Belgische vrouw in Frankrijk aangegaan overeenkomstig de Franse wetgeving.⁹ Omwille van de verworven rechten zal een polygaam huwelijk dat in het buitenland rechtsgeldig gesloten is ook in België een bepaalde geldigheid hebben. Zo kan de tweede echtgenote voor een Belgische rechtbank schadevergoeding bekomen naar aanleiding van de dood van haar echtgenoot ten gevolge van een ongeval.¹⁰ Naast het argument van de verworven rechten speelt ook de intensiteit van de band met de *lex fori* een rol. De mate waarin onze rechtsorde de inwerking van gegevens uit een vreemde rechtsorde kan verdragen, hangt af van drie factoren:

- 1 de intensiteit van het contact van dat 'vreemde' met onze rechtsorde;
- 2 de min of meer verre gaande afwijking van dat vreemde tegenover wat in onze rechtsorde geldt: hoe 'vreemd' is het vreemde. Hierbij speelt een correlatie: hoe minder nauw verband het vreemde heeft met onze rechtssfeer, des te groter afwijking kan er worden geduld en omgekeerd;
- 3 de aard (suppletief, imperatief, openbare orde) van de Belgische normering, waarvan 'het vreemde' afwijkt.

In België weigerde men bijvoorbeeld de gevolgen van een tweede rechtsgeldig in het buitenland gesloten huwelijk van een man wiens nationale wet polygamie toelaat, te erkennen omdat zijn eerste huwelijk in België gesloten was met een Belgische vrouw.¹¹ Deze engere band met de *lex fori* was voldoende om de exceptie van openbare orde te laten spelen. Het is belangrijk ook hier op te merken dat de normatieve specificiteit van de juridische redenering de conclusie bepaalt. De algemene regel beperkt de gevolgen van de exceptie van openbare orde tot de rechtshandelingen die in België gesteld worden, maar erkent daarentegen wel de gevolgen van de rechtshandelingen die rechtsgeldig in het buitenland tot stand zijn gekomen. Deze regel wordt echter op zijn beurt opnieuw doorbroken op grond van normatieve overwegingen die berusten op een te eng geachte band met de *lex fori* zoals in het geval van de Marokkaan die in Parijs een eerste huwelijk gesloten had met een Française. Dit huwelijk, dat een enge band vertoont met de Franse rechtsorde, wordt beschermd door de exceptie van openbare orde opnieuw te laten spelen en deze te laten priemen op de in het buitenland verworven rechten.

⁹ Cass. 2 april 1981, R.W., 1982-1983, m.nt. Erauw J.

¹⁰ Liège 23 april 1970, Rev. Crit. Jur. Belge 1971, 5.

¹¹ Rb. Brussel 20 november 1990, J.T., 1991, 283; Rb. Antwerpen 14 september 1998, A.R. 98/3431/A (onuitgeg.).

De problematiek van de echtscheiding levert een goed voorbeeld van de manier waarop fundamentele waardeoordelen uiteindelijk de technische keuzes bepalen die in het IPR gemaakt worden. Er zijn op het stuk van echtscheiding in principe tal van mogelijkheden om het wetsconflict op te lossen wanneer de echtscheiding verschillend gereguleerd wordt in de nationale wet van de echtgenoot en in de nationale wet van de echtgenote. Om te bepalen welke wet toepasselijk is, heeft men de keuze tussen de volgende oplossingen:

- cumul van beide wetten met toepassing van de meest restrictieve van de twee;
- toepassing van de wet van de echtgenoot;
- toepassing van de wet van de echtgenote;
- toepassing van de wet van de eiser;
- toepassing van de wet van de woonplaats;
- toepassing van de wet van het huwelijk;
- toepassing van de wet van de 'onschuldige echtgenoot';
- toepassing van de wet van de *lex fori*.

Het belangrijke nu is te weten op basis van welke criteria een keuze gemaakt wordt. Welnu deze keuze gebeurt meestal niet op zuiver technisch juridische gronden. De achterliggende motieven die meestal niet geëxpliciteerd worden, berusten op extra-juridische waardeoordelen, die bepalen welke het overwegend belang is, dat bescherming verdient.

Zo bepaalt de Belgische wet van 26 juni 1960 dat in geval van huwelijk tussen personen van verschillende nationaliteit, waarvan één Belg is, de toelaatbaarheid van de echtscheiding door de Belgische wet geregeld wordt. De mogelijkheid van echtscheiding wordt blijkbaar aangezien als een essentieel recht voor de Belgische onderdanen, dat hun niet mag ontnomen worden door de speling van een verwijzingsregel. De wet van 1960 maakt een onderscheid tussen de toelaatbaarheid en de gronden van de echtscheiding. De gronden worden altijd door de *lex fori* beheerst (art. 3). De nationale wet speelt slechts een rol inzake toelaatbaarheid als de beide echtgenoten vreemdelingen zijn. Deze 'toelaatbaarheid' slaat uitsluitend op de vraag of het huwelijk al dan niet door een andere oorzaak dan door overlijden kan ontbonden worden. Het algemeen besluit kan dan ook luiden dat de *lex fori* de toepassing van de nationale wet van de echtgenoten in zeer grote mate teruggedrongen heeft. Dit is overigens in de meeste landen zo.

De meeste landen laten zich blijkbaar in het algemeen geen vreemde opvattingen over het huwelijk opdringen en houden dan ook vast aan de eigen morele visie die zijn neerslag vindt in het IPR. Er is echter ook een keerzijde

aan de medaille. Voor de wet van 1960 werden de buitenlandse echtscheidingen van Belgen niet erkend als zij gebaseerd waren op een grond die de Belgische wet niet kende. Nu de Belgische rechter sinds 1960 zelf de nationale wet terzijde schuift ten bate van de *lex fori* kan men moeilijk van de buitenlandse rechter eisen dat hij wel het personeel statuut toepast als het om Belgen gaat. Sindsdien is de rechtspraak geëvolueerd en wordt een buitenlandse echtscheiding van Belgen niet meer als strijdig met de openbare orde beschouwd omdat zij uitgesproken werd op basis van een grond die het Belgisch recht niet erkent.¹²

Ten slotte behandelen we nog het probleem van de verstoting. Er is een vrij constante rechtspraak die onder bepaalde voorwaarden de gevolgen erkent van een verstoting in het buitenland. Een dergelijke erkenning is mogelijk als de verstoting steunt op de nationale wet van de betrokkenen en zij zonder fraude in het buitenland totstandgekomen is. Het belangrijkste punt om de verenigbaarheid met de openbare orde te beoordelen is te weten of de rechten van de vrouw bij deze procedure al dan niet geschonden werden. In het algemeen neemt men aan dat haar rechten niet geschonden zijn als zij de verstoting aanvaardt en a fortiori wanneer zij in feite zelf op verstoting aanstuurt als een aanvaardbare oplossing mits bijvoorbeeld de nodige schadeloosstelling.¹³ Een zuiver eenzijdige verstoting met miskennis van de rechten van de vrouw vastgelegd in een buitenlandse akte is onverenigbaar met de Belgische openbare orde.¹⁴

Opnieuw geven de onuitsproken normatieve argumenten de doorslag bij de juridische redenering. Er zijn blijkbaar meerdere waarden in het geding waartussen zich een keuze opdringt.

Er is de principiële gelijkheid van man en vrouw die door het rechtsinstituut van de verstoting miskend wordt. Bovendien heeft België het VN verdrag van 18 december 1979 tegen alle vormen van discriminatie van vrouwen geratificeerd. Hiertegenover staat de waarde van het nodige respect voor de eigen identiteit van de islamitische cultuur. Blijkbaar is het deze laatste

12 Gent 5 juni 1968, Pas (1968), II, 242, Brussel 12 maart 1974, Rechtskundig Weekblad (1973-1974), 2386, Pas (1974), II, 141; 17 december 1974, J.T. (1975), 279; Leuven 12 juni 1978, Rechtskundig Weekblad (1978-1979), 675.

13 Antwerpen 30 juni 1982, Rechtskundig Weekblad (1983-1984), 1986.

14 Rb. Brussel 25 juni 1980, Rev. Trim. Dr. Fam., 1982, 28; Brussel 30 juni 1981 – 2arr. –, J.T., 1981, 655 en 656 m.nt. Taverne, M., waarin wordt gewezen op de nuancerings die door het hof over het hoofd werden gezien; Vred. Etterbeek 13 oktober 1987, T. Vreemd., 1988, 26; Vred. Tubize 29 oktober 1987, T. Vred., 1988, 125.

waarde die bij de onvermijdelijke waardeafweging het pleit wint met als juridisch gevolg dat de exceptie van openbare orde niet ingeroepen wordt. Dit is echter niet altijd het geval. De band met de *lex fori* kan in sommige gevallen zo intens zijn dat de rangorde van de waarden opnieuw omgekeerd wordt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in strafzaken. Zo velde de correctionele rechtbank te Brussel een vonnis in de zaak van een Iraniër die zijn echtgenote verstoten had. Na zijn vrouw verstoten te hebben was hij opnieuw in het huwelijk getreden.

De verstoten echtgenote echter legde klacht neer wegens onderhoud van bijzit. De Iraniër pleitte dat hij niet kon vervolgd worden wegens onderhoud van bijzit omdat de bijzit in kwestie geen bijzit was, maar wel zijn wettelijke echtgenote met wie hij gehuwd was na de verstoting van zijn eerste vrouw. De geldigheid van dit huwelijk werd door de rechtbank niet aanvaard omdat de verstoting niet kan beschouwd worden als een echtscheiding. Derhalve werd hij correctioneel veroordeeld wegens het misdrijf van onderhoud van bijzit. Er was een antinomie gerezen tussen de nationale wet van de vreemdeling en de Belgische internationale openbare orde, zoals zij door de rechtbank geïnterpreteerd werd.

Het is belangrijk op te merken dat de antinomie gecreëerd werd door de rechter zelf, omdat hij, op ethische gronden, van oordeel was dat de toepassing van de normale collisieregels van het IPR en dus van de Koranwet zou geleid hebben tot onaanvaardbare gevolgen voor de Belgische sociale orde. Dit komt trouwens duidelijk tot uiting in de motivering van het vonnis:

'Que l'ordre public international belge ne s'oppose pas à la reconnaissance des effets de la loi étrangère, dans la mesure où cette reconnaissance et ces effets ne lèsent pas un intérêt social protégé en Belgique ou ne sont pas destructeurs de l'ordre social belge; que si, en vertu de leur statut personnel, il faut reconnaître aux sujets des puissances musulmanes le droit d'avoir légitimement plusieurs épouses de leur race selon leurs mœurs, leur religion et leur droit et éventuellement de les entretenir en Belgique, l'ordre public international belge ne tolère cependant pas qu'ils en abusent pour s'arroger le droit d'avoir et d'entretenir en Belgique plusieurs épouses belges ou sujettes de pays où la bigamie et la polygamie sont des crimes; que ce droit, s'il était reconnu, serait destructeur de l'ordre social belge.'

Zoals hierboven reeds betoogd werd wordt de noodzaak om de Belgische fundamentele waarden met een exceptie van openbare orde te beschermen niet in abstracto bepaald, maar hangt dit af van de intensiteit van de band met de *lex fori* in het concrete geval.

2.1.2 *Afstamming*

Bij de eventuele toepassing van vreemd afstammingsrecht in de Belgische rechtsorde mag men het internationaal recht niet uit het oog verliezen. België heeft immers het Europees verdrag voor de rechten van de mens geratificeerd dat in zijn artikel 8 aan iedereen het recht op afstammingsbanden waarborgt. Een vreemde wet die dit recht miskent of de vaststelling van de afstamming te zeer bemoeilijkt is daarom in strijd met de openbare orde. De tendens die zich in het verwijzingsrecht aftekent is de afstamming steeds te onderwerpen aan het personele recht van het kind.¹⁵ Hierbij rijzen er delicate problemen in geval van buitenhuwelijkse afstamming. Het nagestreefde doel hierbij is de regularisatie van de juridische staat van het kind te vergemakkelijken. Volgens dit criterium zou de rechter zich bij de keuze van het aanknopingspunt, de wet van het kind of de wet van de erkennende ouder, moeten uitspreken voor de wet die de ruimste erkenningsmogelijkheden biedt. De belangrijkste toepassingen betreffen de erkenning van in overspel verwekte kinderen. Eertijds was de Belgische wet zeer restrictief en werd de erkenning en wettiging van in overspel verwekte kinderen krachtens artikel 331 BW aan strenge voorwaarden onderworpen.

Iedere buitenlandse wet die zich soepeler opstelde was dan ook in strijd met de openbare orde. Intussen is de Belgische wet gewijzigd dankzij de rechtspraak van het Hof van Straatsburg over de toepassing van het EVRM en behoort de discriminatie van in overspel verwekte kinderen tot het verleden. Om de tegenstrijdigheid met de openbare orde te vermijden koos de rechter in een dergelijk geval van overspel de Italiaanse wet van de erkennende vader als aanknopingspunt in plaats van de wet van het kind, in casu de Belgische wet, hoewel de overwegende strekking van de rechtspraak de aanknopingsfactor bij de wet van het kind legde. De beslissing was in feite ingegeven door het feit dat de Italiaanse wet de erkenning toeliet en de Belgische niet.¹⁶ Dit is opnieuw een duidelijk voorbeeld van het gewicht van normatieve redeneringen om een passende oplossing voor het probleem te vinden. De keuze van de aanknopingsfactor werd niet door logische maar door ethische gronden bepaald. In sommige rechtspraak gebeurde dit zelfs zeer expliciet door middel van een alternatieve verwijzingsregel, die ertoe strekte te kiezen voor de wet van de erkennende ouder als de wet van het kind de erkenning verbiedt.¹⁷ Hoe dan ook sinds de wetwijziging van 31

15 Van Hecke & Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, p. 238.

16 Brussel 18 februari 1960, *Revue Crit Dr. Int. Pr.* 1960, 577 m.nt. F. Rigaux.

17 Rb. Brugge 27 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, 878, m.nt. L. De Foer.

maart 1987 over de afstamming zijn de zaken nu omgekeerd wat de openbare orde betreft. Vroeger was de liberale buitenlandse wet die de erkenning van in overspel verwekte kinderen toeliet tegen de Belgische openbare orde, nu is dit het geval voor de buitenlandse wet die dezelfde erkenning verbiedt. Zo ook kan de vestiging van de afstamming ten aanzien van een in overspel verwekt kind gedaan voor 1958 hier nu worden erkend, ook al zou dergelijke erkenning niet mogelijk geweest zijn ten tijde van de vestiging van die afstamming.¹⁸

2.1.3 *Onderhoudsplicht*

Gezien de verwantschapsstructuren van land tot land sterk verschillen, is ook de solidariteit tussen de familieleden in deze diverse systemen op zeer verschillende wijze geregeld. In de landen waar de 'extended family' nog een ondersteunende functie heeft ligt dit helemaal anders dan bij ons. Gezien in de Westerse landen de verzorgingsstaat hierbij ook een grote rol speelt, heeft de nationale sociale politiek veel gewicht bij de bepaling van wat vanuit een standpunt van openbare orde aanvaardbaar is en wat niet. Tot de inhoud van deze categorie behoren de vragen tussen welke personen een onderhoudsplicht bestaat, of er een rangorde moet worden gevolgd in het aanspreken van de verschillende onderhoudsschuldenaars, hoe het bedrag van het onderhoudsgeld wordt bepaald, of het vroegere gedrag van de onderhoudsschuldeiser daarbij een rol speelt, of onderhoudsgeld mag worden geëist voor het verleden, of het onderhoud in geld moet worden voldaan dan wel in natura mag worden aangeboden. De grote rol van de openbare orde vloeit hieruit voort dat het probleem van het onderhoud van behoeftige personen ook een overheidsopdracht is. Teneinde de last van de overheid niet te verzwaren is er een algemeen belang mee gemoeid dat de op familiebanden berustende onderhoudsverplichting daadwerkelijk wordt nagekomen.

Vandaar de vaststaande regel dat, met betrekking tot onderhoudsschuldeisers die in België verblijven, de door de Belgische wet opgelegde onderhoudsplicht toepasselijk is, ook al zou de nationale wet van de betrokkenen die onderhoudsplicht niet kennen. De toepassing van vreemd recht dat minder onderhoudsverplichtingen oplegt dan de *lex fori* wordt quasi-syste-

¹⁸ Rb. Brussel 30 juni 1972, J.T., 1973, 143 m.nt. Watte, N., bevestigd bij Brussel 17 december 1974, J.T., 1975, 279; cfr. ook Cass. 27 februari 1986, R.W., 1986-1987, 1388, Rev. Not. B., 1986, 475, m.nt. Vander Elst R.

matisch geweigerd: de Belgische alimentatieverplichtingen worden dan geacht tot de openbare orde te behoren.¹⁹ Een voorbeeld hiervan is de naar Belgisch recht bestaande onderhoudsplicht tussen schoonouders en schoonkinderen, die in talrijke buitenlandse wetten niet bestaat. De regel is dus dat, indien de onderhoudsplicht principieel beheerst wordt door de nationale wet van de betrokkenen, de Belgische wet echter als minimumverplichting geldt, zodat de toepassing van iedere buitenlandse wet die voor de onderhoudsschuldeiser minder voordelig is moet worden uitgesloten wegens strijdigheid met de openbare orde. Zoals altijd bij de exceptie van openbare orde is de redenering gesteund op normatieve argumenten. Hier zijn deze echter politiek van aard en niet algemeen ethisch zoals meestal in het personen- en familierecht.

2.1.4 *Erfrecht*

Ook op dit gebied heeft de rechtspraak van het Hof van Straatsburg over de toepassing van het EVRM grote veranderingen op gang gebracht. Artikel 757 BW bevatte een duidelijke discriminatie tegen de natuurlijke kinderen, die veel minder konden erven dan het deel dat voor wettelijke kinderen voorzien was.

Volgens artikel 762 BW konden in overspel verwekte kinderen slechts aanspraak maken op levensonderhoud en vielen zij buiten de erfopvolging. Het Hof van Straatsburg heeft met het arrest Marckx deze discriminatie van natuurlijke kinderen onverenigbaar verklaard met de bepalingen van het EVRM.²⁰ Deze discriminaties zijn dan ook opgeheven door de hiervoor reeds aangehaalde wet van 31 maart 1978 over de afstamming. Onder het regime van de oude artikelen beperkte de rechtspraak in naam van de openbare orde de werking van de buitenlandse *lex successsionis* ten voordele van buitenhuwelijkse kinderen tot het peil dat door artikel 757 BW voor natuurlijke kinderen toegelaten was. Vreemde wetten die een erfrecht aan in overspel verwekte kinderen toekenden werden in naam van de openbare orde

19 Bijvoorbeeld Brussel 9 mei 1989, Rev. Trim. Dr. Fam., 1990, 37, m.nt. Fallon, M.; Brussel 28 februari 1958, J.T., 1958, 401; Brussel 22 februari 1954, Pas., 1955, II, 118; Rb. Brussel 26 november 1992, Rev. Trim. Dr. Fam., 1993, 121; Rb. Namen 17 mei 1990, Rev. Trim. Dr. Fam., 1990, 431; Rb. Brussel 15 mei 1990, Rev. Trim. Dr. Fam., 1991, 422; Rb. Brussel 31 januari 1989, Rev. Trim. Dr. Fam., 1990, 42, m.nt. Fallon, M. (bevestigt Vred. St. Gillis 5 mei 1988, T. Vred. 1989, 122); Rb. Brussel 10 oktober 1956, A.N.E., 1957, 319, m.nt. Rigaux, F.; Vred. St. Niklaas 3 april 1990, T. Vred., 1990, 372; Vred. Seraing 11 mei 1966, J.L., 1966-67, 13; Vred. St. Gillis 29 januari 1958, J.T., 1959, 601; Heyvaert (1995), 148-149; Lienard-Ligny, M., *Créances alimentaires en droit international privé belge*, in: E. Vieujean (dir.), *Les ressources de la famille*, Brussel: Story-Scientia 1992, 137.

20 Arrest Marckx, *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, Straatsburg 1979, Serie A, 31.

geweerd. Thans is de situatie omgekeerd en moeten de buitenlandse wetten die de discriminaties van de oude artikelen 757 en 762 BW behouden hebben wijken voor de dwingende bepalingen van de intussen geëvolueerde Belgische openbare orde.

De gronden van onwaardigheid die leiden tot de uitsluiting uit de nalatenschap vallen onder de toepasselijke *lex successionis*. Hier speelt de openbare orde in twee richtingen. Artikel 727 geeft een opsomming van de onwaardigen naar Belgisch recht. Het gaat om personen die veroordeeld zijn voor misdrijven gericht tegen de persoon van de erflater. Een buitenlandse wet die minder streng is zal in België geen toepassing vinden. Anderzijds sluit de exceptie iedere vreemde wet uit die de onwaardigheid laat afhangen van de politieke en religieuze overtuigingen of het ras van de kandidaat-erfgenaam.²¹

2.2 Contractenrecht

Op dit gebied spelen normatieve overwegingen die samenhangen met de nationale politiek ter bescherming van de eigen sociaal-economische belangen. De wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop bepaalt dat haar regels altijd moeten worden toegepast door de Belgische rechter wanneer de alleenverkooprechten het geheel of een deel van het Belgische grondgebied betreffen. Deze techniek van de toepassing van materiële regels, zoals bij deze wet over de alleenverkoop, is minder soepel dan het samenspel van verwijzingsregel en exceptie van openbare orde.

Dit laatste systeem laat veel meer vrijheid aan de rechter om de exceptie van openbare orde al dan niet in te roepen. Dit zal dan telkens afhangen van een concrete waardeafweging, die op haar beurt beïnvloed wordt door de enge of losse band met de *lex fori*. In feite geeft het systeem de rechter een ruime normatieve appreciatievrijheid.

De normale spelregel is deze van de autonomie van de partijen die vrij de wet kiezen waaronder hun overeenkomst zal vallen, de *lex contractus*. Niettemin zijn er ook hier beperkingen op bepaalde gebieden zoals in het consumentenrecht en het arbeidsrecht, waar dwingende bepalingen kunnen gelden tot bescherming van consumenten en werknemers. Nu kan men twee modaliteiten onderscheiden bij het inroepen van de exceptie van openbare orde.

21 Van Hecke & Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, p. 287.

In het ene geval dient de exceptie om bepaalde bepalingen van de wet die door de verwijzingsregel aangeduid wordt ontoepasselijk te verklaren. In het andere geval dient zij om de verbintenissen van een contract onafdwingbaar te verklaren omdat ze tegen de openbare orde indruisen. De problematiek van de kritische afweging van de waarden van de buitenlandse wet tegenover de essentiële waarden van de binnenlandse rechtsorde werd hierboven reeds uitvoerig behandeld bij de bespreking van de problemen van personen- en familierecht. Dit vormde op dit terrein de hoofdbrok omdat de contractuele vrijheid op gebied van personen- en familierecht nu éénmaal zeer beperkt is, tenzij en dan nog binnen vrij enge wettelijke perken op het gebied van huwelijkscontracten. Op het terrein van het contractenrecht is de situatie net omgekeerd. Hier is de normale regel deze van de autonomieeler, waarbij de partijen de *lex contractus* vrij kiezen. In de meeste rechtsstelsels heerst er een grote contractuele vrijheid. In het Belgisch BW bepaalt artikel 1134: 'Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, strekken degenen die deze hebben aangegaan tot wet.' De weinige beperkingen van deze regel worden in algemene termen verwoord door artikel 6, artikel 900 en artikel 1133 BW. Deze artikelen omschrijven in zeer algemene bewoordingen de eisen van de openbare orde en de goede zeden. Het is aan de rechter om in elk concreet geval uit te maken hoe dit moet ingevuld worden.

We zullen ons voor het contractenrecht dan ook concentreren op de problematiek van de verenigbaarheid van de internationale contracten met de openbare orde. Vooreerst is er de internationale openbare orde in de strikte zin van het woord. Het gaat hier om bepaalde essentiële beginselen die voor alle staten verbindend zijn. Deze kunnen samengevat worden onder het volkenrechtelijk begrip van *ius cogens*. Het verbod van piraterij en slavernij vallen hieronder. Deze internationale openbare orde is de uitdrukking van deze fundamentele waarden die als gemeenschappelijk voor de ganse mensheid kunnen beschouwd worden.

Om te beletten dat dit begrip zou geïnfiltererd worden door opvattingen die aan één of andere nationale opvatting over openbare orde ontleend zijn, moet men de elementen ervan baseren op universele instrumenten zoals het handvest van de VN, de VN pacten over de mensenrechten en enkele belangrijke VN conventies zoals deze over genocide van 1948, deze over de betugeling van de mensenhandel van 1950 en deze over de uitschakeling van alle vormen van rassendiscriminatie van 1965. Contracten die indruisen tegen deze internationale openbare orde zijn absoluut nietig en de uitvoering ervan kan dus niet afgedwongen worden.

In de meeste gevallen echter beschermt de openbare orde niet deze universele waarden maar wel de waarden en opvattingen van individuele staten, die deze tot uiting brengen in hun eigen wetgeving. Welnu uit de rechtspraak blijkt dat de *lex contractus* ook toelaat bepaalde contractuele verbintenissen die ertoe strekken bepaalde buitenlandse reglementeringen van openbare orde bewust te omzeilen en te overtreden onwettig en onafdwingbaar te verklaren, omdat zij op een ongeoorloofde oorzaak berusten. Op die wijze kan de openbare orde van een bepaalde staat ook in een andere staat effectief beschermd worden. Het gaat bijvoorbeeld over de organisatie van smokkel, de systematische overtreding van de wisselreglementering en van de bepalingen over deviezencontrole. Het illegaal uitvoeren van kunstwerken valt ook in deze categorie.

Zo weigerde de rechtbank van Brussel uitvoering te verlenen aan een contract dat ertoe strekte een deviezenzwendel te organiseren tussen Zaïre en België, opgezet door Belgische contractanten. Dit contract werd nietig bevonden omdat het strijdig was met de contractuele openbare orde (art. 6 en 1133 BW) ook al ging het om de overtreding van de Zaïrese en niet van de Belgische wetgeving.²² Op dezelfde gronden weigerde een Duitse rechtbank uitvoering te verlenen aan een contract waarbij kunstwerken illegaal uit Nigeria uitgevoerd werden. De Duitse verzekeraar werd namelijk voor een Duitse rechtbank gedagvaard omdat de kunstwerken tijdens het transport verloren gegaan waren en hiervoor schadevergoeding geëist werd. Ook de Duitse rechter beriep zich op de contractuele openbare orde om het contract nietig te verklaren, hoewel het om een overtreding niet van de Duitse maar van de Nigeriaanse wet ging.²³ In feite kan men stellen dat deze beslissingen niet alleen steunen op de bescherming van een buitenlandse openbare orde, maar eerder op een soort contractuele goede zeden die onder andere het verbod inhouden het omzeilen en ondergraven van een buitenlandse wetgeving contractueel te organiseren.

Overigens wordt dit verbod soms ook verdragsrechtelijk vastgelegd en is het daardoor sterker want onafhankelijk van de soms wisselvallige jurisprudentiële evaluatie van de openbare orde en de contractuele goede zeden. Dit is onder andere het geval voor monetaire kwesties. Met betrekking tot de deviezenreglementeringen van Staten die lid zijn van het Internationaal Monetair Fonds heeft artikel VIII-2B van het verdrag van Bretton Woods, zoals op authentieke wijze geïnterpreteerd door de Raad van Gouverneurs

22 Rb. Kooph. Brussel 19 april 1968, *Jur. Comm. Belge* (1968), IV 765, m.nt. Rigaux.

23 BGH 22 juni 1972, *BGHZ* 59, 83 en *Zeitschrift für ausl. öffentl. Recht und Völkerrecht* (1974), p. 42-132.

van het Fonds, niet afdwingbaar ('unenforceable') verklaard de overeenkomsten die strijdig zijn met de reglementering van het land waarvan de deviezenreserves beïnvloed worden.²⁴

Opnieuw willen we erop wijzen dat de rechterlijke evaluatie uiteindelijk gebaseerd is op de normatieve afweging in concreto van de waarden die in het geding zijn. De erkenning van de buitenlandse orde als het beschermen waard in naam van wat de Engelse rechtspraak 'deference to international comity' noemt, zal hierbij niet altijd de bovenhand halen. Men kan namelijk nog een onderscheid maken tussen een onwettige en een immorele oorzaak. Zo zijn er meerdere vonnissen die een buitenlandse deviezen reglementering niet erkennen omdat het in de woorden van F. Rigaux gaat om 'une réglementation des changes jugée spoliatrice'. Dezelfde auteur citeert beslissingen in dezelfde zin die een uitvoerverbod negeren wanneer het gaat om emigranten die om politieke redenen hun goederen niet mogen uitvoeren.²⁵ Om dezelfde soort redenen kan een schuldeiser de normaal ontvankelijke exceptie van openbare orde niet inroepen tegen zijn schuldenaar die zijn verbintenis niet kan nakomen ten gevolge van een buitenlandse overheidshandeling. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de eigenaar van een gebouw in het buitenland die geen betaling van zijn huurder kan krijgen omdat het gebouw door de overheid opgeëist is. Ook al was de opeising tegen de openbare orde omdat zij in feite op een verbeurdverklaring neerkomt, toch bevrijdt zij de huurder van zijn verbintenis, zonder dat de eigenaar een exceptie van openbare orde kan inroepen.²⁶

Ten slotte zijn er de transnationale contracten tussen grote maatschappijen en tussen filialen van multinationals die er in feite in slagen zich aan de rechtsorde van de individuele staten te onttrekken, omdat eventuele betwistingen niet aan een nationale rechter voorgelegd worden maar door arbitrage opgelost worden. Welnu de scheidsrechters zijn hierbij niet gebonden aan de openbare orde van één of andere staat en zelfs als dit wel het geval zou zijn is het niet meteen duidelijk welke openbare orde dit zou zijn. Volgens sommigen zouden de scheidsrechters enkel rekening moeten houden met de internationale openbare orde, die immers de essentiële beginselen van *ius cogens* bevat die altijd moeten gerespecteerd worden, ook door elke staat.²⁷ Dankzij de arbitrage kunnen de partijen erin slagen de imperatieve wetten van een land te omzeilen op voorwaarde weliswaar dat de beslissing van de scheidsrechters vrijwillig uitgevoerd wordt.

24 *Revue Crit. Dr. Int. Pr.* 1951, 586.

25 F. Rigaux & M. Fallon, *Droit international privé*, Brussel: Larcier 1993, p. 535; *Pres. Rb. Den Haag* 17 september 1982, *Sensor Nederland, Revue* (1983), 473, m.nt. B. Audit.

26 Rigaux & Fallon, *Droit international privé*, p. 360.

27 Rigaux & Fallon, *Droit international privé*, p. 365.

Als dit niet gebeurt moet men inderdaad langs gerechtelijke weg een executur bekomen om tot gedwongen uitvoering van de scheidsrechterlijke uitspraak te kunnen overgaan. De rechtbank onderzoekt daarbij ambtshalve of de uitspraak niet strijdig is met de openbare orde. Op die wijze is er dan toch een minimale controle mogelijk op het domein van de transnationale contracten, die uiteraard een belangrijk element vormen van de internationale economische betrekkingen.

3 Evolutie van het begrip ‘openbare orde’ in het Belgische IPR

In het voorgaande is het voldoende duidelijk geworden dat het onmogelijk is het begrip van de openbare orde in een algemene definitie te vatten die altijd en overal zou opgaan. Men kan hooguit enkele ontwikkelingstendenzen aanduiden en wellicht toch ook enkele kernpunten aanduiden waar rond een steeds grotere consensus groeit. Zolang de tegenstellingen tussen de natiestaten op sociaal-economisch, politiek en cultureel gebied blijven bestaan, zal dit zijn weerspiegeling vinden in verschillende rechtssystemen met verschillende opvattingen over openbare orde en verschillende methodes om deze onderscheiden rechtssystemen door middel van het IPR te coördineren.

Na de bovenstaande beschouwingen is het bijna triviaal op te merken dat de openbare orde in het IPR naar haar inhoud strikt nationaal is. Wat in ons rechtssysteem een fundamenteel beginsel is voor de handhaving van de maatschappelijke orde, is het daarom nog niet in het rechtssysteem van een andere staat. Iedere staat heeft zijn eigen, van die van de andere staten verschillende opvattingen over hoe met de openbare orde omgesprongen wordt in het IPR. Het is dan ook een onmogelijke opgave een opsomming te geven van Belgische wetten en rechtsregels die van openbare orde zijn en derhalve ook van vreemde ermee strijdige regels die moeten geweerd worden. Men kan wel zoals J. Meeusen onderzoeken of en in welke mate men in België werkelijk openstaat voor de toepassing van vreemd recht.²⁸ Meeusen maakt hierbij een onderscheid tussen een internationalistisch en een nationalistisch conflictenrecht. Een internationalistisch conflictenrecht staat open voor de toepassing van buitenlands recht en drukt geen principiële voorkeur uit voor toepassing van de *lex fori* als zodanig. Een nationalistisch conflictenrecht daarentegen heeft een voorkeur voor en streeft naar

²⁸ J. Meeusen, *Nationalisme en internationalisme in het IPR. Analyse van het Belgische conflictenrecht*, Antwerpen: Intersentia 1997, p. 565.

toepassing van de *lex fori*. Uit het onderzoek blijkt dat er vooral op gebied van personen- en familierecht meerdere selectief nationalistische verwijzingsregels totstandgekomen zijn. Dit geldt bijvoorbeeld voor de problematiek van de alimentatie, de echtscheiding en de afstamming zoals blijkt uit de rechtspraak die hierboven besproken werd. Een verdere conclusie luidt dat de bestaande bewust internationalistische verwijzingsregels bevestigd werden en dat hun werking zelden verstoord wordt door het gebruik van de exceptie van openbare orde.

Uiteindelijk is dit resultaat te verklaren vanuit de politieke houding die de Belgische (wetgevende en rechterlijke) overheid aanneemt tegenover het vreemde en dus tegenover vreemdelingen en buitenlands recht. Deze houding is wellicht best te kenschetsen als deze van een selectief nationalisme. De laatste stand van de rechtspraak terzake wordt bondig samengevat in het hoofdstuk over de openbare orde in het IPR in het handboek van A. Heyvaert.²⁹

In de doctrine hebben invloedrijke auteurs als H. Batiffol geprobeerd een vaste kern te omschrijven van essentiële waarden die altijd en overal zouden moeten gerespecteerd worden en die herleidbaar zouden zijn tot een soort natuurrecht. Hij is er zich echter wel van bewust dat het positieve recht niet zonder meer uit dit natuurrecht kan afgeleid worden. In elk geval beperkt het zich tot enkele essentiële persoonsrechten. We citeren hier de essentie van zijn redenering.

*'Autrement dit la notion d'un droit naturel est apparue avec netteté et vigueur quand il s'est agi du respect de la personne. Mais l'élaboration des droits positifs existants ne paraît pas pouvoir se ramener à une déduction intégrale à partir de l'analyse de la nature de l'homme. D'autres éléments, et notamment la structure des rapports sociaux entrent en jeu dans lesquels la nature de l'homme n'est qu'un facteur. Il est bien clair que la réaction de défense de l'ordre national intervient sur tous les points essentiels ou sensibles de cet ordre.'*³⁰

We hebben nagegaan of er in de Belgische rechtspraak beslissingen te vinden zijn die zich eveneens uitdrukkelijk op het natuurrecht beroepen. In een merkwaardig vonnis van de correctionele rechtbank van Brussel wordt de inhoud van dit natuurrecht zelfs op negatieve wijze bepaald. Een vreemde-

29 A. Heyvaert, *Belgisch internationaal privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2002, p. 11-18.

30 Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, p. 159-162.

ling zonder domicilie in België had zich burgerlijke partij gesteld en vroeg lijfswang tegen de beklaagde. De vreemdeling had de diplomatieke wederkerigheid niet ingeroepen voorzien door artikel 11 BW. Daaruit leidde de rechtbank af dat hij enkel over de zogenaamde natuurlijke rechten beschikte die in de beschaafde landen aan ieder mens toegekend worden. Verder zegt de rechtbank dat de lijfswang waarop de Belgische schuldeiser recht heeft geen natuurrecht is: het is immers op zich zelf een aanslag op de individuele vrijheid.³¹

Het bereik van dit positief natuurrecht zoals men het zou kunnen noemen omdat het uit de rechtspraak voortspuit is in elk geval zeer beperkt en gaat niet verder dan het formuleren van enkele regels die het ethische minimum uitmaken dat nodig is om de waardigheid van de persoon te beschermen.

Ook op het gebied van de internationale openbare orde bevat het *ius cogens* in de allereerste plaats normen die verband houden met de essentiële mensenrechten waarvan ook bij verdrag niet kan afgeweken worden. Het gaat hier om de verdragen tegen piraterij, slavernij, mensenhandel, rassendiscriminatie en genocide. Enkel op dit gebied dat verband houdt met de fundamentele mensenrechten is er in de loop der jaren over de grenzen van staten en culturen heen een gemeenschappelijk ethisch bewustzijn gegroeid dat de politieke en economische tegenstellingen tussen de staten overstijgt en normen formuleert die voor de ganse mensheid afdwingbaar horen te zijn. De VN-pacten van 16 december 1966 over de mensenrechten zijn dan ook geratificeerd door tal van landen die onderling zeer verschillen op stuk van cultuur, ontwikkeling en politiek stelsel. De VN-normen gelden heden ten dage als Universele normen die zonder onderscheid des persoons gerespecteerd moeten worden, zeker als het om de integriteit van de persoon gaat.

Tussen gelijkgezinde staten zoals de lidstaten van het EVRM is een grotere eensgezindheid mogelijk. We stellen dan ook vast dat de opvattingen over openbare orde op het gebied van personen- en familierecht ook in België zoals in de andere lidstaten van de Raad van Europa geëvolueerd zijn onder invloed van de rechtspraak van het Hof van Straatsburg, die een grotere éénheid van visie tot stand gebracht heeft. Dit is duidelijk het geval voor de problemen van erfrecht en afstamming. Natuurlijke kinderen werden qua erfrecht na het arrest Marckx gelijkgeschakeld met wettelijke kinderen. Terwijl de exceptie van openbare orde vroeger diende om de Belgische discriminatie van natuurlijke kinderen niet te laten ondergraven, is de situatie

31 *Journal des tribunaux* 1956, p. 70.

nu omgekeerd en dient dezelfde exceptie om discriminerende buitenlandse wetten te weren. Voor de afstamming van overspelige kinderen is er een analoge evolutie. Onder de oude wetgeving werd de exceptie van openbare orde ingeroepen om de vreemde wet te weren die ruimere mogelijkheden voorzag dan de Belgische wet voor de vordering tot erkenning en de vordering tot uitkering van onderhoud van overspelige kinderen. Thans is de wettelijke norm gelijke rechten toe te kennen aan alle kinderen zowel bij huwelijkse als bij buitenhuwelijkse afstamming. De exceptie is nu gericht tegen buitenlandse wetten die de oude discriminaties nog instandhouden. Buitenlandse bepalingen die strijdig zijn met de gelijkheid van man en vrouw in het huwelijk zijn nu wellicht onverenigbaar met onze internationaal privaatrechtelijke orde, terwijl zij dit niet waren voor de wet van 30 april 1958, die de rechtspositie van de echtgenote verbeterd heeft.

Tenzelfdertijd gaat de evolutie ook in de richting van een ruimere erkenning van vreemde rechtsculturen voorzover het gaat om de gevolgen in België van rechtshandelingen die in het buitenland rechtsgeldig totstandgekomen zijn.

Oorspronkelijk werd de mogelijkheid van echtscheiding bepaald door de gecumuleerde toepassing van de nationale wet van beide echtgenoten, zodat een Belg die gehuwd was met een vreemdeling van een land dat de echtscheiding niet toestond niet kon scheiden. Sinds de invoering van de wet van 27 juni 1960 valt de materie bijna volledig onder de *lex fori*, zodat Belgen steeds een echtscheiding kunnen krijgen. Hier staat dan tegenover dat men zich ook soepeler gaan opstellen is tegenover analoge evoluties in het buitenland. Voor 1960 werden de buitenlandse echtscheidingen van Belgen niet erkend wanneer zij steunden op een grond die de Belgische wet niet kende. Na 1960 kan men deze eerbiediging van het personeel statuut niet meer eisen van de buitenlandse rechter, gezien de Belgische rechter zelf met miskennis van het personeel statuut systematisch de *lex fori* toepast. Een buitenlandse echtscheiding van Belgen is dan ook niet meer strijdig met de openbare orde om de enige reden dat zij uitgesproken werd op een grond die door het Belgisch recht niet erkend wordt.

In gevallen van polygamie is de tendens om de gevolgen van een in het buitenland rechtsgeldig gesloten tweede huwelijk ook in België binnen bepaalde perken te erkennen. Dit is een gevolg van de in het buitenland verworven rechten. Die rechten zullen dan weer niet meer in aanmerking genomen worden als de band met de *lex fori* zo eng bevonden wordt dat men opnieuw op de exceptie van openbare orde beroep doet om de essentieel geachte eigen waarden te beschermen. De vraag wat de doorslag geeft, de

verworven rechten of de enge band met de *lex fori*, wordt aan de wijsheid van de rechter overgelaten. Het is duidelijk dat hierbij normatieve argumenten de doorslag geven met de bedoeling een oplossing te kiezen die in de concrete probleemsituatie als aangepast en ethisch gerechtvaardigd kan beschouwd worden.

De regel van de band met de *lex fori* is overigens niet typisch voor het personen- en familierecht. Het gaat om een algemeen leerstuk dat ook in andere rechtstakken toepassing vindt, bijvoorbeeld bij de evaluatie van buitenlandse overheidshandelingen zoals nationalisaties. De rechtbank van Antwerpen erkende een Mexicaanse nationalisatie omdat het optreden van de Mexicaanse overheid op behoorlijke internationale bevoegdheidsgronden berustte en de band met de Belgische rechtsorde niet eng genoeg was om de openbare orde geschonden te achten. Het Mexicaanse recht werd dan ook toegepast als de *lex rei sitae* op het ogenblik van de nationalisatie. De nationalisatie van de goederen zonder vergoeding zou wellicht heel anders beoordeeld zijn als de eigenaars van de goederen Belgen zouden geweest zijn. In dit geval zou er wel een engere band met de Belgische rechtsorde geweest zijn en zou men wellicht toch zijn toevlucht genomen hebben tot de exceptie van openbare orde.³²

In het contractenrecht liggen de zaken duidelijk anders dan in het personen- en familierecht. Van natuurrechtelijk geïnspireerde regels is in de rechtspraak geen spoor te vinden. Ook in het *ius cogens* zijn geen beginselen en geen verdragen aan te wijzen die betrekking hebben op de materie van het contractenrecht. Dit is ook begrijpelijk omdat de wereld op sociaal-economisch gebied nog steeds veel meer verdeeld is dan wanneer het over mensenrechten gaat. Over de essentiële mensenrechten bestaat een principiële universele eensgezindheid die juridisch tot uitdrukking komt in de VN pacten. Dat de mensenrechten en de verdragen terzake zeer dikwijls met de voeten getreden worden en in feite nauwelijks afdwingbaar zijn, tenzij in het geval van het EVRM, is een andere zaak. Er bestaat echter geen analoge principiële regelgeving op sociaal-economisch gebied. Dit is ook begrijpelijk omdat de ethische eensgezindheid, die op het terrein van de mensenrechten heerst, nog helemaal niet bereikt is wanneer het over sociaal-economische kwesties gaat. Daarvoor is de wereld nog veel te veel in invloedssferen verdeeld die er elk hun eigen ideologie op nahouden. Dit heeft voor gevolg dat de sociaal-economische politiek van land tot land verschilt en dikwijls andere accenten legt over de essentiële waarden die door een exceptie van openbare orde beschermd moeten worden.

32 Van Hecke & Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, p. 69.

Natuurlijk is er groepsvorming tussen gelijkgezinde landen met een vergelijkbare graad van economische ontwikkeling. Het voor de hand liggende voorbeeld is dit van de Europese Unie die trouwens in 1957 als een economische gemeenschap opgericht werd. De Europese verdragen bevatten een uitgebreide regelgeving op monetair en economisch gebied die de soevereiniteit van de lidstaten beperkt. Dit is bijvoorbeeld het geval voor het kartelrecht. Artikel 85 van het EEG verdrag van 1957 verordent de nietigheid van elke contractuele regeling die ingaat tegen het verbod van overeenkomsten die de mededinging beperken en de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. De nietigheid is beperkt tot de clausule die de beperking inhoudt. De invloed van de nietigheid van die clausule op de al of niet geldigheid van de overige bepalingen van de overeenkomst blijft door de *lex contractus* te beoordelen.

De EU regelgeving oefent dus net als het EVRM verdrag een unificerende invloed uit die ertoe leidt dat de betrokken staten ertoe genoopt worden de inhoud van hun openbare orde op een gelijkaardige manier te definiëren. Een stap in deze richting werd gezet door het Europees verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Artikel 16 behandelt het punt van de openbare orde en luidt als volgt: 'De toepassing van een bepaling van het door dit verdrag aangewezen recht kan slechts terzijde worden gesteld indien deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter.' Volgens de toelichting bij het verdrag is het de bedoeling het begrip openbare orde restrictief te interpreteren en de exceptie slechts toe te passen als de gevolgen van de toepassing in het concrete geval inderdaad onaanvaardbaar zijn.

Dit houdt in dat de rechter de exceptie zorgvuldig moet motiveren. Net als inzake personen- en familierecht bestaat er ook in de economische sfeer een tendens om de situaties die in andere landen rechtsgeldig ontstaan zijn te erkennen en er ook in eigen land binnen bepaalde perken gevolgen aan te verbinden. Op deze wijze helpen de staten elkaars openbare orde te beschermen in naam van de 'deference to international comity' die het onderling rechtsverkeer tussen de staten zo vlot mogelijk wil laten verlopen. We hebben hiervoor voorbeelden geciteerd van smokkel, wisselfraude en illegale uitvoer. Opnieuw is er echter een normatieve afweging te maken tussen onwettige en immorele oorzaken. Wanneer de buitenlandse wetgeving immoreel bevonden wordt zal de exceptie van openbare orde toch spelen.

Ten slotte is er het domein van de transnationale contracten die grotendeels aan iedere nationale rechtsorde blijken te ontsnappen dankzij de vrije

keuze van de *lex* of zelfs *leges contractus* en de praktijk van de arbitrage die de geschillen aan de nationale rechter onttrekt. Deze toestand is de juridische weerspiegeling van het feit dat de soevereine natiestaten weliswaar nog steeds de hoofdrolspelers zijn in het systeem van de internationale betrekkingen, maar zeker niet de enige spelers. Multinationals hebben een gewicht dat het gewicht van vele kleine landen overstijgt. Zij slagen erin hun onderlinge relaties op te bouwen op basis van de zuivere wilsautonomie en zich daardoor effectief aan de greep van iedere nationale rechtsorde te onttrekken. Strikt juridisch bestaat er echter geen transnationale rechtsfeer. Men zou het transnationale niveau kunnen beschrijven als een juridisch vacuüm tussen de nationale rechtssferen die hun onderlinge relaties bij middel van het IPR regelen enerzijds en het volkenrecht anderzijds. Er is hier dus duidelijk een rechtslacune die zou moeten opgevuld worden. Men probeert deze lacune op te vullen door het opstellen van gedragscodes. Deze gedragscodes zijn echter niet reëel afdwingbaar en kunnen dan ook hoogstens als 'soft law' bestempeld worden. Uiteraard is deze problematiek slechts zijdelings juridisch omdat het in de eerste plaats om de ongelijke machtsverhoudingen binnen het internationaal systeem gaat.

4 Besluiten

De bedoeling van dit artikel was na te gaan hoe men er in het IPR bij middel van de notie van openbare orde in slaagt de soms zeer heterogene rechtstelsels van de natiestaten op elkaar te laten inspelen met zo weinig mogelijk wijzigingen, om het onderling rechtsverkeer ondanks de soms fundamenteel verschillende opvattingen zo vlot mogelijk te laten verlopen. Het normatief en pragmatisch aspect van de juridische redenering is daarbij zeer belangrijk. Om een normatief verantwoorde oplossing te vinden aangepast aan de concrete noden van iedere probleemsituatie kan men niet steeds dezelfde logica van een bepaald systeemdenken volgen.

Wanneer de oplossing die door het systeem van een bepaalde verwijzingsregel, een bepaalde verwijzingscategorie of een bepaalde aanknopingsfactor aangereikt wordt op ethische en/of politieke gronden als onaanvaardbaar en niet voldoende gerechtvaardigd afgewezen wordt, schakelt men op een andere logica over om het gewenste resultaat te bekomen. Een passende probleemoplossing is belangrijker dan het consequent volgen van een bepaalde logica, zelfs als dit niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid.

Om deze soepelheid te garanderen is het begrip openbare orde een weinig omljnd vaag begrip met variabele inhoud. Het overzicht van de rechtspraak toont aan dat het begrip inderdaad evolueert. Er zijn hierbij opmer-

kelijke verschillen naargelang de rechtstak en naargelang het niveau nationaal, regionaal of universeel. Op het gebied van het personen- en familerecht is de onderlinge toenadering het grootst. Op het universele niveau van de VN bestaan er een aantal juridische instrumenten die de fundamentele integriteit van de persoon veilig stellen en tot het *ius cogens* kunnen gerekend worden dat altijd en overal moet nageleefd worden. Dit is de juridische uitdrukking van het feit dat op dit terrein van de fundamentele mensenrechten de ethische opvattingen in de ganse wereld gelijklopend zijn. Op regionaal niveau is er een hechtere samenwerking mogelijk zoals tussen de lidstaten van de Raad van Europa, die er mede door de rechtspraak van het Hof van Straatsburg toe gekomen zijn hun onderscheiden opvattingen gelijk te schakelen en hun begrip van openbare orde te richten op de waarden die door het EVRM beschermd worden. Op nationaal vlak ten slotte streeft men een normatief bepaald evenwicht na tussen de erkenning van de rechtsgeldig in het buitenland totstandgekomen rechtshandelingen en de bescherming van de eigen essentiële waarden.

Op sociaal-economisch gebied is er nog altijd meer versnippering en minder onderlinge toenadering. Dit is de juridische weerspiegeling van de veelheid aan verschillende ideologisch geïnspireerde opvattingen over politieke en economische thema's. Hier is het waardepluralisme veel groter. Daardoor zijn er op het universele VN niveau nauwelijks normen die altijd en overal zouden moeten gerespecteerd worden. Op het regionale niveau is er uiteraard veel meer toenadering. De EU verdragen en het afgeleid recht hebben er veel toe bijgedragen de normen van de sociaal-economische openbare orde onder de lidstaten gelijk te schakelen bijvoorbeeld op het gebied van kartelrecht. In deze onderlinge toenadering speelt het Hof van Luxemburg een grote rol zoals het Hof van Straatsburg voor het EVRM. Net als in het personen- en familierecht zal men proberen de buitenlandse rechtsorde als feit te erkennen voorzover ze in haar concrete gevolgen niet al te zeer indruist tegen de fundamentele waarden van de eigen rechtsorde. Tenslotte is er het niveau van de transnationale betrekkingen dat grotendeels aan de greep van iedere nationale rechtsorde blijkt te ontsnappen. De gedragscodes vormen voorlopig het gebrekkige want onafdwingbare antwoord op deze lacune.